

# EL COVID-19, LA BUENA FE Y EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS A NIVEL CONTRACTUAL

Jairo Cieza Mora<sup>1\*</sup>  
Micaela Braul Anaya<sup>2</sup>  
Sofía Ruth Callirgos Silva<sup>3</sup>

*Paneloux tendió en ese momento los brazos en la dirección del atrio, como si se señalase algo tras la cortina movediza de la lluvia: "Hermanos míos -dijo con fuerza-, es la misma caza mortal la que se corre hoy día por nuestras calles. Vedle, a este ángel de la peste, bello como Lucifer y brillante como el mismo mal. Erguido sobre vuestros tejados, con el venablo rojo en la mano derecha a la altura de su cabeza y con la izquierda señalando una de vuestras casas. Acaso en este instante mismo, su dedo apunta a vuestra puerta, el venablo suena en la madera, y en el mismo instante, acaso, la peste entra en vuestra casa, se sienta en vuestro cuarto y espera vuestro regreso. Está allí paciente y atenta, segura como el orden mismo del mundo. La mano que os tenderá, ninguna fuerza terrestre, ni siquiera, sabedlo bien, la vana ciencia de los hombres podrá ayudaros a evitarla. "La peste", Albert Camus*

## Resumen

El artículo examina la naturaleza del COVID-19 como un evento extraordinario e imprevisible. Se destaca que la pandemia causada por el virus ha tenido un impacto significativo en la vida, la salud, la economía y las relaciones sociales a nivel mundial. Se compara la situación con una especie de "tercera

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Civil en la Universidad Antonio Ruíz de Montoya (UARM), en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima, Investigador del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC), Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en. Socio del Estudio Cieza Abogados. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima.

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad Nacional de San Marcos. Asistente de la cátedra de Responsabilidad Civil en la misma casa de estudios. Abogada asociada en el Estudio Cieza Abogados. Miembro del Grupo de Estudios de Derecho Inmobiliario.

<sup>3</sup> Bachiller por la Facultad de Derecho de la Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya.

guerra mundial” en la que el enemigo es una enfermedad desconocida y agresiva que se originó en Wuhan, China. Se menciona que el aislamiento social obligatorio se implementó en Perú debido a la falta de capacidad del sistema de salud para atender a un gran número de enfermos. Se explica la clasificación de los coronavirus y cómo pueden afectar tanto a los humanos como a los animales.

El artículo argumenta que el COVID-19 califica como un evento extraordinario e imprevisible, lo que se refleja en la falta de preparación y en la incapacidad de predecir su impacto. Se mencionan las normas legales relacionadas con casos fortuitos y fuerza mayor, y se concluye que la pandemia se ajusta a estas categorías. Además, se plantean preguntas sobre cómo abordar legalmente las situaciones derivadas de la pandemia, incluyendo la posibilidad de renegociar contratos debido a circunstancias imprevistas y excesivamente onerosas. Se resalta la importancia de estas cuestiones en el contexto del COVID-19.

## **Introducción: ¿EL COVID-19 es un evento extraordinario e irresistible?**

Desde hace aproximadamente tres años, hasta la publicación de este artículo, la población mundial viene siendo azotada (ahora con mucho menor intensidad) por el Coronavirus, microorganismo cuya expansión se convirtió en pandemia (estado formalizado así por la Organización Mundial de la Salud) y ha atacado a la vida, la salud, la economía y todas las relaciones sociales de la especie humana. Es como si estuviésemos ante una tercera guerra mundial, sino que en este caso no nos ataca una potencia mundial con ojivas o armas nucleares, sino lo hace una enfermedad desconocida y agresiva que tiene como hospedante al hombre y que ha nacido en la ciudad de Wuhan, en la República Popular de China, específicamente en un mercado de mariscos.

En el caso del Perú se ordenó el aislamiento social obligatorio mediante el Decreto Supremo N.º 040-2020-PCM, del 15 de marzo de 2020. Esto implica que debido al virus y para no generar el caos en los establecimientos de salud el Estado decidió que las personas no salgan de sus hogares o lo hagan solo para temas esenciales de alimentación, salud o bancarios. Bien sabemos que un número alto de enfermos en estado crítico no podrían ser atendidos por un Estado que por décadas ha descuidado su sistema de salud y no le ha dado la prioridad que debería tener. La imagen sería de horror si es que los pacientes ya no pueden tener acceso a la ventilación mecánica o a camas en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI).

Bibliografía médica especializada<sup>4</sup> ha señalado que: “Los coronavirus (CoV) en sentido amplio son un grupo de virus de ARN de cadena simple con envoltura. Estos pertenecen a la subfamilia *Orthocoronavirinae*, familia *Coronaviridae*, en el orden *Nidovirales*. Se clasifican en cuatro géneros: alfa, beta, gamma y Deltacoronavirus. Los dos primeros pueden infectar al ser humano”<sup>5</sup>. Además, “los CoV son agentes patógenos que pueden ser transmitidos a los animales y al hombre; tienen una distribución mundial. La infección por CoV en animales particularmente en bovinos, cerdos, perros, entre otros, es conocida desde hace muchas décadas; (...); de modo especial las aves desarrollan compromiso respiratorio semejante a una bronquitis. Los coronavirus, singularmente los de tipo beta, son zoonóticos, es por ello que una completa vigilancia epidemiológica debería incluir también a los animales, ya que son hospedadores susceptibles”<sup>6</sup>.

En el caso de las personas ha señalado que la literatura científica “(...) en los humanos los CoV pueden originar diferentes enfermedades, desde resfriados frecuentes, hasta otras más graves como el síndrome respiratorio agudo grave (causado por el SRAGCoV) y el síndrome respiratorio del oriente medio (causado por el MERS-CoV) (Figura 1). El SARS fue identificado por primera vez a finales del 2002 en Guangzhou (Guangdong, China), cuando provocó 8.422 casos y 916 muertes en 29 países de los cinco continentes, por consiguiente, se denominó la primera pandemia del siglo XXI”<sup>7</sup>.

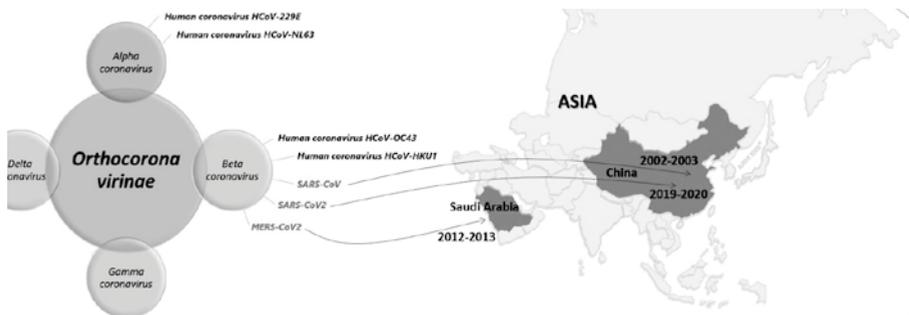


Figura 1.

- <sup>4</sup> BONILLA-ALDANA, D. Katterine, *et al*, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, en IATREA, *Revista Médica Universidad de Antioquia*, Facultad de Medicina, Antioquia, 2020. Versión online: <https://bit.ly/2V1HZFa>.
- <sup>5</sup> BONILLA-ALDANA, D. Katterine, *et al*, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 2.
- <sup>6</sup> BONILLA-ALDANA, D. Katterine, *et al*, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 2.
- <sup>7</sup> BONILLA-ALDANA, D. Katterine, *et al*, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 3.

Finalmente: “La Organización Mundial de la Salud declaró al problema como una emergencia sanitaria de preocupación internacional y, además, le denominó “enfermedad por Coronavirus 2019” (COVID-19). Posteriormente, el Grupo de Estudio de Coronavirus le asignó al virus el nombre de SARS-CoV2. El enfoque de intervención de COVID-19 debe hacerse bajo la óptica de One Health”<sup>8</sup>.

Sobre el origen del COVID 19 se ha señalado que: “(...) Esto si se tiene en cuenta que un animal tan importante como el murciélago, tenga pocos estudios de prevalencia para identificar la presencia del SARS-CoV2. Si se fortalece la vigilancia de estos animales podemos intervenir de manera importante, su ocurrencia en la población de humanos susceptibles, esto se puede lograr al entender que este COVID-19 es una enfermedad zoonótica”<sup>9</sup>. A la fecha de escribir este artículo el COVID 19 afecta a más de un millón de personas en todo el mundo, miles de las cuales han muerto.

Habiendo mencionado lo anterior tenemos que el impacto del COVID-19 en las relaciones económicas ha sido y es indiscutible: contratos que no se pueden cumplir, la economía paralizada, la industria detenida, las bolsas de valores afectadas gravemente, la minería reducida a su mínima expresión, la actividad petrolera atravesando por una grave crisis por el precio del barril y el impacto de la pandemia; en fin, todas las actividades económicas que desarrollan los mercados se encuentran afectadas de suma gravedad por esta crisis sanitaria mundial.

Sobre el peligro para el mundo del control de nuestras identidades y datos personales, así como una intervención en nuestras vidas y relaciones sociales se ha señalado con alarma, pero no sin menos precisión que: “Se ponen en servicio tecnologías inmaduras e incluso peligrosas, porque los riesgos de no hacer nada son mayores. Países enteros sirven como conejillos de indias en experimentos sociales a gran escala. ¿Qué sucede cuando todos trabajan desde casa y se comunican solo a distancia? ¿Qué sucede cuando escuelas y universidades enteras se conectan?” Esta escena me hace recordar a la película 1984 basada en el libro profético de George Orwell en donde el ser humano y su mente está completamente dominado por una autoridad superior centralizada que controla la vida de cada sujeto y sus datos personales.

Sobre la exposición de la intimidad de las personas a la vigilancia del Estado y de corporaciones privadas se señala que: “Uno de los problemas que enfrentamos al determinar dónde estamos parados en la vigilancia es que ninguno de nosotros sabe exactamente cómo estamos siendo vigilados

<sup>8</sup> BONILLA-ALDANA, D. Katterine, *et al*, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, *cit.*, p. 3.

<sup>9</sup> BONILLA-ALDANA, D. Katterine, *et al*, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, *cit.*, p. 3.

y qué nos depararán los próximos años. La tecnología de vigilancia se está desarrollando a una velocidad vertiginosa, y lo que parecía ciencia ficción hace 10 años son hoy viejas noticias”<sup>10</sup>.

¿Cómo, desde el Derecho, podemos abordar esta problemática tan grave? ¿Qué pasa cuando los deudores no pueden realizar las contraprestaciones a sus acreedores? ¿Qué sucede cuando las circunstancias originarias en las que se ha celebrado un contrato ahora son completamente distintas y hacen que cumplir con la prestación en estas condiciones sea excesivamente oneroso y perjudicial para el deudor? ¿Hay que exigir el cumplimiento de los contratos bajo el criterio del brocardo *pacta sunt servanda* o habremos de adecuar las situaciones a las variaciones exógenas que se han presentado en la ejecución de los contratos recordando el brocardo *rebus sic stantibus*? ¿El acreedor puede exigir a su deudor el cumplimiento estricto de lo pactado o el derecho puede intervenir en las relaciones contractuales privadas y constituir o reconstituir la situación a criterios de equidad?

Estas preguntas son necesarias para justificar un artículo como este.

En primer término, me gustaría indagar si ante el COVID-19 estamos ante un acontecimiento extraordinario o imprevisible, como lo señala el artículo 1441 del Código Civil peruano que analizaremos más adelante. Es bueno hacer un *disclosure* al señalar que el enfoque de este artículo ha podido ser realizado desde la perspectiva del caso fortuito, fuerza mayor o desde la mirada de la excesiva onerosidad de la prestación. Por razones de opción y de características de los contratos (de ejecución instantánea o de ejecución diferida) me dedicaré a analizar la segunda de las perspectivas<sup>11</sup>.

Ante la pregunta de si estamos, por la aparición del COVID-19, ante un hecho extraordinario e imprevisible, debemos señalar que sí lo estamos<sup>12</sup>. Considero adecuadas las valoraciones de algunos docentes en el sentido que estamos ante un *Factum Principis* o hecho del príncipe y que el hecho

<sup>10</sup> HARARI, Yuval Noah, “Yuval Noah Harari: the world after coronavirus”, en *Financial Times*, 2020. Versión online: <https://bit.ly/3b5jrRs>.

<sup>11</sup> Es importante señalar que “podrían concurrir los conceptos de fuerza mayor y de onerosidad, debiendo la parte perjudicada escoger cuál de ambas figuras le es más conveniente”, TAMANI, Carlos, “Los remedios frente al desequilibrio contractual sobreviniente” en *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N.º 32, febrero, Lima, 2016, p. 90, citando a Instituto para la Uniformización del derecho Privado, Editorial Aranzadi, España, 2007, pp. 189-190.

<sup>12</sup> Ninamancco considera que es el aislamiento social obligatorio el hecho fortuito o extraordinario, pienso que en ese caso estaríamos ante un supuesto de *Factum Principis*. *Más bien el aislamiento social obligatorio es una consecuencia o una respuesta del Estado frente a una pandemia que era completamente extraordinaria e imprevisible*. NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “El caso «Canal de Craponne» y el covid-19 (el cumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio)”, en *LP Pasión por el Derecho*, marzo, Lima, 2020. Versión online: < <https://bit.ly/2V8FQI1>>.

extraordinario e imprevisible sería el decreto de urgencia dado por el Estado Peruano que decreta el aislamiento social obligatorio. El argumento también aduce que el COVID 19 no sería imprevisible y por tanto la pandemia no sería una causa no imputable. Discrepo de esta posición. Hacía poco era imposible pensar que nos podíamos encontrar en una situación como la del COVID-19. Por ejemplo, en nuestro caso, empezamos a escribir este texto un sábado por la mañana en el que no podemos salir ni asomarnos a la calle porque es el turno de las mujeres. Nadie, por más previsor que fuere o que tenga la mayor diligencia posible, podía prever una situación como ésta, con aislamiento total y toque de queda por las noches. Esta aparición del virus en la escena mundial era totalmente imprevisible en nuestra realidad. Dejo sentado que alguien me puede decir que en la historia de las pandemias ya se había presentado el ataque del coronavirus en el 2002 y en el 2009 en Asia. Antes estuvo la gripe N1H1 (gripe porcina) y el temible ébola en el África. A pesar de la atingencia mencionada, por el avance de la ciencia epidemiológica, así como por la distancia con los continentes de origen de estas epidemias, no era posible advertir con un grado razonable de información que el COVID -19 iba a variar todos los hábitos del ser humano a nivel mundial. Por este motivo considero que la extraordinariedad de la situación es perfectamente aplicable a este caso.

Considero que no es, de ninguna manera, un hecho normal, ordinario, o que suceda cotidianamente. Esta pandemia, de esa dimensión, no estaba avizorada o representada por ninguna nación o corporación a nivel planetario.

Con respecto a la imprevisibilidad, efectivamente estamos ante una situación que no se podía prever ni siquiera utilizando un grado de previsión alto y más allá del promedio. La imprevisibilidad se demuestra en el hecho de que, hasta ahora, no existe aún una cura para el COVID-19. Un hecho es imprevisible cuando escapa de la esfera de control del sujeto. La esfera de control es el instrumento que utilizamos en el derecho para determinar si un supuesto de hecho podía ser previsto por la parte en el contrato. Si está en su esfera de control el sujeto debe cumplir con la obligación o con el resarcimiento. Si el acontecimiento escapa de la esfera de control entonces el sujeto no podía prever los efectos de tal acontecimiento. En este caso el sujeto no estará obligado a ejecutar la prestación y la obligación se extinguirá en concordancia con el artículo 1315 y 1316 del Código Civil.

Así, estas normas prescriben:

"Art. 1315º. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Art. 1316°. La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere”.

Otra forma de abordar la extraordinariedad y la imprevisibilidad de los acontecimientos, así como la extinción de las obligaciones es la señalada por el profesor Fernando De Trazegnies Granda quién en su *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*, nos habla de estudiar el caso concreto y plantearnos una interrogante luego de que se haya producido un evento que genere el daño. El autor indica que la pregunta para resolver esta interrogante debe ser ¿el daño que se ha generado ha sido efectuado dentro de la actividad habitual que realiza el dañante? Esta pregunta nos lleva a la siguiente ¿qué sucede si el daño se produce como consecuencia de un acontecimiento que está fuera de la actividad habitual que realiza el dañante? El profesor citado nos indica que si el perjuicio desborda o va más allá de la actividad habitual que realiza el dañante, entonces puede ser considerado un caso fortuito o de fuerza mayor (el autor equipara estos dos conceptos y considera anacrónica su distinción). La teoría de la actividad habitual propuesta por el profesor De Trazegnies se ve complementada por la teoría de la *esfera de control* de raigambre anglosajona. El criterio de extraordinariedad del autor citado se expresa cuando señala: “Para calificar de extraordinario un hecho creemos que es más interesante rescatar, en otra clave, la distinción propuesta por Theodor SÜS entre el riesgo típico y el riesgo atípico, que antes hemos mencionado. En realidad, estas categorías no eran adecuadas –al menos dentro del orden jurídico peruano– para distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, como quería SÜS. Pero, en cambio, pueden resultar muy útiles para calificar el carácter extraordinario de un hecho que se presenta como caso fortuito; al punto que la diferenciación de SUS resulta más interesante con este propósito que la clásica de EXNER”<sup>13</sup>.

Siguiendo con esta categoría De Trazegnies indica que: “Esta referencia privilegiada, implica que lo extraordinario significa algo más que lo

<sup>13</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, 8va edición, corregida y aumentada, ARA Editores, t. I, Lima, 2016, p. 333.

imprevisible e irresistible: implica además (y sobre todo) lo **atípico** y lo notorio o de alcance general (objetivamente extraordinario). La irresistibilidad supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible<sup>14</sup>.

La pregunta sería ¿El COVID 19 estaba en la esfera de control de los sujetos en su vida de relación? ¿El COVID -19 era parte del escenario habitual y formaba parte de la representación que los sujetos se hacían dentro de su actividad económica? La respuesta a estas dos interrogantes es que no y por lo tanto es COVID 19 es definitivamente un evento extraordinario e imprevisible que está comprendido dentro de la causa no imputable<sup>15</sup>.

## El equilibrio contractual y la operación económica

Otro aspecto que es importante resaltar en este trabajo es si el derecho privado puede intervenir en la autonomía de la voluntad (autonomía privada) de las partes y modificar el programa contractual o eventualmente resolver el contrato ante un cambio de circunstancias con respecto al contexto originario del contrato. ¿Este cambio de circunstancias puede justificar que el derecho varíe las condiciones del contrato o eventualmente lo resuelva, es decir lo deje sin efecto? Consideramos que desde esta perspectiva hay que tomar en cuenta un principio importante, el de la equidad y a su vez llenarlo de contenido. Por criterio de equidad es pertinente que ante una situación de cambio total o parcial de las circunstancias el juez o el árbitro pueda variar los términos contractuales a contrapelo de los señalado en el artículo 62 de la Constitución. Este artículo preceptúa:

“Art. 62. Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en

<sup>14</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, *La Responsabilidad Extracontractual*, cit., p. 335.

<sup>15</sup> Ninamancco coincide al señalar que “Es evidente que la pandemia del COVID-19 califica como un hecho extraordinario. Sostener que las pandemias virales “son parte de la historia del mundo” (como las devastadoras “peste negra” o “gripe española”) y, por ende, ordinarias y previsibles, sería manejar un enfoque totalmente caduco, como el que manejó la Corte de Casación francesa en pleno siglo XIX o las cortes italianas de hace un siglo.” Se refiere al caso Crapone. NINAMANCCO CÓRDOVA, “El caso «Canal de Craponne» y el covid-19 (el cumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio)”, cit.

la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Este artículo grafica o representa lo que conocemos como *pacta sunt servanda*, el contrato es ley entre las partes y no puede ser modificado por ninguna norma del espectro jurídico. Sobre el particular se ha producido hace ya algunos lustros una polémica en el sector académico, al final de la cual concordamos con la tesis del profesor Carlos Cárdenas Quiroz<sup>16</sup>, quien tiene una interpretación restrictiva del artículo 62 de la Carta Fundamental del Estado. Esta consiste en señalar que cuando la Constitución se refiere a “leyes o disposiciones de cualquier clase” se está refiriendo a normas supletorias que obviamente no van a poder variar lo concertado por las partes. Sin embargo, el profesor citado considera que cuando estén de por medio normas imperativas que responden a un interés social, público o ético, estas sí pueden modificar el contenido de los contratos como lo establece el artículo 1355 del Código Civil. Efectivamente este artículo establece:

“Art. 1355. La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

Volviendo a lo señalado líneas arriba considero que es pertinente que los operadores jurídicos nos preguntemos si es justo que el derecho intervenga en el contrato si se aprecia que la ejecución de las prestaciones, en las condiciones que se obliga el deudor, son completamente altas y perjudiciales para este<sup>17</sup>, dado que las circunstancias o el contexto han variado completamente y el escenario es completamente distinto al que se presentó cuando concertaron el contrato.

Es por esta razón que es necesario tocar el aspecto relacionado al **equilibrio contractual**.

El equilibrio contractual es la equiparación que existe entre los intereses de las partes que se manifiesta en una justa ecuación entre las prestaciones realizadas por cada una de ellas. ¿Podemos señalar, entonces, que equilibrio contractual se asimila al equilibrio entre las prestaciones de las partes en un contrato determinado? Los intereses de las partes en un contrato son distintos, pero finalmente esta aparente contradicción de intereses se

<sup>16</sup> CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, *Contratación contemporánea*, Teoría general y principios, Palestra – Temis, 2000, Lima, pp. 255 y ss.

<sup>17</sup> Puede ser que el valor de las contraprestaciones haya disminuido sustancialmente también.

concluye en un acuerdo o común intención, que se consolida como única y autónoma frente los intereses de cada uno de los sujetos intervinientes.

El equilibrio contractual no significa que las partes tengan los mismos intereses ni que las prestaciones de las partes tengan que ser de igual valor. De ninguna manera. Cada prestación tiene un valor diferente, que es el valor que le asigna cada parte a la prestación a ejecutar. Sin embargo, el equilibrio en el contrato implica que la ejecución contractual será efectuada en el mismo contexto socio económico y bajo las mismas o similares circunstancias que estuvieron presentes en el momento en que se gestó y concertó el contrato, situación que no toleraría una injusticia en contra del sujeto que no esperaba una variación absoluta de las condiciones y que hace completamente onerosa la prestación o disminuida la contraprestación.

Una variación radical y profunda de las circunstancias con respecto a las que se presentaron al inicio haría imposible que una de las partes pueda cumplir o que le sea absolutamente perjudicial cumplir en esas nuevas condiciones. Para que haya equilibrio contractual es importante que las circunstancias en la ejecución sean similares o las mismas que se dieron al momento de la celebración del contrato. Junto con esta aseveración tiene que concurrir el hecho que sea excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación o infravalorada el cumplimiento de la contraprestación. Una alteración a esas circunstancias que haga injusto o inequitativo el cumplimiento de las prestaciones haría que estemos ante una situación arbitraria o injusta y obliguemos, bajo un lírico *pacta sunt servanda*, a una de las partes a cumplir sus prestaciones en situaciones que la perjudicarían y generarían una situación grave de inequidad.

Es por eso que, el derecho plantea algunos remedios cuando se presente una situación como la mencionada. Estos remedios pueden ser la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación o la imposibilidad sobreviniente. En este artículo solamente nos reservaremos de opinar sobre la excesiva onerosidad de la prestación y cómo se aplica esta institución a la actual coyuntura bajo el COVID-19.

Autorizada doctrina señala que "se busca o debe buscarse (entre las partes) la existencia de una composición o un equilibrio conceptual entre los respectivos intereses que las partes tratan de satisfacer mediante la celebración del contrato. Este equilibrio no significa equilibrio entre las prestaciones que son el contenido de la relación jurídica obligacional nacida del contrato, ni, menos aún, equivalencia en el sentido de igualdad en el valor patrimonial, entre dichas prestaciones"<sup>18 19</sup>.

<sup>18</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en general*, Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil, t. II, Palestra Editores., Lima, p. 559.

<sup>19</sup> El autor citado (de la Puente) señala que: "Es así como se llega a formar el equilibrio contractual, que no es necesariamente económico, de tal manera que el contrato es el

Para reciente doctrina: "(...) sostenemos que un contrato será equilibrado cuando el acuerdo de ambas partes tienda a la realización de un intercambio económico que responda a los intereses y necesidades de estas, generando una situación de beneficio mutuo. Generándose el desequilibrio contractual cuando, producto de un hecho imprevisto se genera una modificación en el intercambio económico que lo desnaturaliza, lo que lleva a revisar o extinguir el vínculo contractual; así también, se produce el desequilibrio producto de la celebración de un contrato desproporcionado, debido al aprovechamiento del estado de necesidad de una de las partes"<sup>20</sup>.

En cuanto a la **operación económica** se ha señalado que es "una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada"<sup>21</sup>.

Quien de una manera enjundiosa estudia estos conceptos desde la perspectiva moderna del contrato es el profesor Enrico Gabrielli quien partiendo de la jurisprudencia de su país desarrolla con amplitud el tema de los contratos coligados, señalando sobre la operación económica lo siguiente: "Dos encomiables resoluciones de la Corte de Casación (una puntual y bien motivada decisión y una articulada resolución de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea) confirman, con la solidez de su planteamiento argumentativo, aquella tendencia —que en los últimos tiempos ha ganado crédito en la jurisprudencia de legitimidad— que valoriza la noción de operación económica como categoría ordenadora del derecho de los contratos"<sup>22</sup>.

---

instrumento jurídico utilizado para crear un equilibrio entre lo que ambas partes desean realizar a través de él. Las prestaciones pueden en algunos casos ser lo más dispares entre sí, pero, en tales casos esta disparidad es precisamente la manera de alcanzar el propósito de las partes, que constituye el equilibrio de sus intereses, ósea lo que el contrato representa o significa para ellas", DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en general*, cit., p. 559.

<sup>20</sup> TAMANI, Carlos, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", en *Actualidad Civil*, Instituto Pacífico, vol. 12, Lima, 2015, p. 208.

<sup>21</sup> TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 200. También se ha señalado que: "La concepción del contrato como operación económica, se basa en la comprensión de este como norma jurídica, ya que "son normas de la relación, no solo los enunciados verbales contenidos en las cláusulas contractuales, sino también el mismo orden económico de la relación: el equilibrio de intereses en que consiste la operación económica"; TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 208.

<sup>22</sup> GABRIELLI, citado en CIEZA, Jairo, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, Jurista Editores, Lima, 2016.

Sobre la noción de operación económica del contrato la doctrina que vengo siguiendo ha señalado lo siguiente: “La noción de operación económica identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan con este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada”<sup>23</sup>.

Sobre la operación económica como concepción de contrato que emerge del reglamento convencional y que encuentra su justificación en el contexto en el cual surge el acuerdo se ha señalado: “Es así como madura una concepción distinta, según la cual el contrato es una operación económica: esta última existe en cuanto es un contrato: Si el contrato también es consentimiento, la operación misma no llega a existir sin el acuerdo: antes de este, solo existe un proyecto de negocio. Y si el contrato es también un acto normativo, la misma operación económica extrae su propio modo de ser, su propia estructura de aquella regulación convencional. La operación sería amorfa, y ni siquiera sería concebible, sea en términos económicos, sea en términos jurídicos, sin el orden concretizado por la regulación convencional”<sup>24</sup>.

Debe reconocerse en consecuencia, que “la regulación contractual es un elemento imprescindible del plano económico”, y que “la regulación jurídica de la relación no es el ropaje formal con que se viste el negocio, sino el esqueleto de la estructura misma de la operación”<sup>25</sup>.

Por lo antes señalado, la operación económica “se trata de una tendencia que valora los efectos concretos del resultado económico conseguido por las partes, independientemente del aparente ropaje formal y de los instrumentos negociales mediante los cuales aquel resultado es perseguido y que por tanto acoge la idea de que más allá del esquema formal del tipo, el contrato es operación económica, es decir, concreta disciplina del autoreglamento de los privados intereses”<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> CIEZA, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, cit., p. 672.

<sup>24</sup> CIEZA, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, cit., p. 672

<sup>25</sup> GABRIELLI, citado en CIEZA, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, cit., p. 673.

<sup>26</sup> GABRIELLI, citado en CIEZA, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, cit., p. 674. Sobre un caso tributario en la jurisprudencia italiano que utilizó la categoría de operación económica se ha señalado: “La Corte, con una motivación digna de ser apreciada por la claridad argumentativa y la concatenación lógica de su razonamiento siguiendo a una consolidada jurisprudencia (Cass.7 de junio 2003, n.10660, Cass.25 de febrero de 2002, en *Diritto e pratica tributaria*, Padua, 2003, núm.2, p.1007, con nota de GIULIANI), precisa que, en la búsqueda de la naturaleza intrínseca y de los efectos jurídicos de los actos—que representa el presupuesto y el criterio fijado por la ley para la aplicación del impuesto de registro— “debe atribuirse relevancia preeminente a su causa real y a la reglamentación

De lo expuesto podemos concluir que el contrato y la operación económica son inseparables, es más el contrato es una operación económica y como tal debe ser abordado. Debe quedar claro que no es aplicable la doctrina que equipara equilibrio contractual con la equivalencia de las prestaciones. El contrato se constituye por preceptos que se basan en la autonomía privada y la operación económica justifica o explica la existencia y operatividad del mismo.

Acerca de la intervención del Estado en los contratos privados debo ser enfático en que el Estado no solo puede, sino que debe intervenir en el programa contractual cuando se presente una situación de interés social, público o ético (art. 1355 del cc.). Situaciones como las presentadas en el caso de los arrendatarios o en el caso de las pensiones de los colegios, deben ser abordadas mediante la intervención estatal en los contratos preestablecidos. Esto por varias razones, en primer término, por la aplicación inmediata de la ley por la cual ésta se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, como lo prevé tanto el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Como el artículo 103 de la Constitución Política. Las normas imperativas (casualmente las que corresponden a un interés social, público o ético) deben aplicarse a las consecuencias de las relaciones jurídicas o situaciones jurídicas existentes, que son efectivamente las que emanan del

---

de los intereses efectivamente perseguidos por los contratantes, aunque mediante una pluralidad de pactos no contextuales” y que “donde la operación económica es unitaria, más allá de las formas jurídicas con las que se le haya revestido no puede darse valor preeminente a la diversidad de objeto y de causa relativos, por ejemplo, a dos contratos, para negar su coligación y permitir un propósito elusivo de un hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] tributario”[963]. Así finalmente se señala, sobre el particular, lo siguiente: “En definitiva, la Corte confirma, enunciando el relativo principio que más allá del aparente tipo contractual o de la coligación, o del fraccionamiento entre contratos, o de la consideración de circunstancias parciales o de algunos comportamientos negociales, lo que cuenta sobre el plano de la interpretación del acto de autonomía, es la consideración de la unidad de la operación económica creada por las partes y del efecto que en concreto se ha querido realizar con esta”[964]. (GABRIELLI, citado en CIEZA, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, cit., p. 674). Respecto a la operación económica en los contratos coligados se ha señalado: “Sobre la noción de operación económica como categoría conceptual se señala que “identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada[974]. Asimismo se señala que “el negocio, así como es construido por los privados, debe ser considerado en su unidad formal, esto es como ‘operación económica’, independientemente del tipo individual o del conjunto de tipos —aun cuando se encuentren coligados entre ellos o sean dependientes— que las partes han utilizado para construir su organización de intereses”[975]. GABRIELLI, citado en CIEZA, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, cit., p. 680.

contrato ya constituido o concluido y por tanto estas normas imperativas deben recaer sobre las consecuencias jurídicas emanadas del contrato, es decir sobre las obligaciones emergentes de la ejecución contractual. El Estado no puede abdicar de su *ius imperium*, máxime en circunstancias como estas en donde la población vulnerable se encuentra desprotegida por un evento que evidentemente escapaba a su esfera de control.

## Los supuestos del desequilibrio contractual

Para analizar los supuestos de desequilibrio contractual es pertinente delinear las teorías que lo explican y que han tenido un gran desarrollo en la doctrina comparada.

Ante de explicar las teorías del desequilibrio contractual es interesante tomar en consideración la distribución del riesgo del incumplimiento en el sentido que el tipo contractual “se convierte en, precisamente en cuanto modelo de organización de intereses, también en un plano de distribución de riesgos contractuales: de modo que su elección es ya de por sí un signo revelador de cómo las partes quieren distribuir el riesgo del incumplimiento y de la sobreviniencia relevante, es decir, de cómo quieren regular la economía de su contrato”<sup>27</sup>.

Los riesgos del incumplimiento o de la sobreviniencia de situaciones exógenas que varían las circunstancias en la que fue celebrado el contrato, deben ser correctamente asignados o mejor, equitativamente asignados. Veamos, pues, algunas de las teorías y su aplicación en las relaciones jurídicas de los sujetos.

### Teoría de la presuposición

Se ha señalado por autorizada doctrina que “la presuposición (...) es una condición no desarrollada; una limitación de la voluntad que no se desenvuelve hasta el punto de transformarse en una condición”<sup>28</sup>. Esto implica que “en realidad, se trata de circunstancias, presentes o futuras, que actúan sobre el ánimo del agente, llevándolo a contratar –pero a diferencia de la condición, que puede no llegar a verificarse– el ánimo del agente es de certidumbre, de tal manera que presupone que tales circunstancias se

<sup>27</sup> TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 202.

<sup>28</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 562.

van a presentar, y, por ello celebra el contrato”<sup>29</sup>. Esto implica que el sujeto se ha representado, se ha determinado mentalmente una determinada circunstancia la misma que se mantendrá o se desarrollará, pero con el convencimiento del individuo que esto será así indefectiblemente. Si este acontecimiento o circunstancia, no se presenta o se presenta de una forma totalmente contraria a la prevista por el sujeto contratante entonces estaremos antes una situación de desequilibrio contractual y se tendrá que adoptar algunos remedios al respecto.

Si vamos a describir esta teoría es necesario mencionar a Bernhard Windscheid quien “trabajó en la elaboración de una teoría alrededor de la cláusula que pudiera brindarle una fundamentación más objetiva y que pudiera solucionar el problema concreto de la alteración de circunstancias. Así elaboró la teoría de la presuposición entendiéndola como “una limitación de la voluntad exteriorizada en el supuesto hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez solo para el caso, que el declarante considera cierto, y por tanto, no puso como condición (en sentido técnico jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia”<sup>30</sup>.

Sobre la voluntad efectiva versus la verdadera se ha señalado que “si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera”, es decir, se trata de “una condición no desenvuelta y, al igual que la condición típica, una ‘autolimitación de la voluntad’, no de la voluntad efectiva, consciente, sino de la voluntad verdadera”<sup>31</sup>.

Entonces, en la presuposición, casualmente, el sujeto “presupone” que las circunstancias se van a mantener de determinada manera o que se va a presentar una condición que el sujeto da por cierta, no probable, cierta. Hay pues, una representación mental del sujeto que considera, con certeza, que se van a generar ciertas condiciones y estas van a persistir, no se representa de ninguna manera que las condiciones bajo las cuales se ha representado el contrato van a cambiar o no se van a dar. En eso estriba la teoría de la presuposición<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 563.

<sup>30</sup> WINDSCHEID, citado por TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 81.

<sup>31</sup> LARENZ, citado por TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 81.

<sup>32</sup> Es importante tener en cuenta la diferencia entre la presuposición con el motivo. Otto Lenel, cuestionó esta teoría ya que consideraba que no existía diferencia entre la presuposición y el motivo.

## Teoría de la base jurídica del negocio jurídico

Esta teoría corresponde al jurista alemán Oertmann quien “replanteó la teoría tratando de diferenciar la presuposición del motivo para superar la crítica de Lenel, partiendo desde lo avanzado por Windscheid. Realiza un cambio terminológico y emplea la expresión “base del negocio jurídico” (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Así, la base del negocio es “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial”<sup>33</sup>.

Sobre la base del Negocio, señala el autor alemán Karl Larenz: “La expresión ‘base del negocio’ puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la **base ‘subjctiva’** de la determinación de la voluntad de una o de ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la **base ‘objetiva’** del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato—sépanlo o no los contratantes—, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’” (resaltado nuestro)<sup>34</sup>.

La teoría de la base del negocio surge entonces para tratar de disipar las dudas en cuanto a la teoría de la presuposición y en particular a las que planteaba la identificación entre la presuposición y los motivos. En esta teoría se distingue entre una base subjetiva que es propiamente la voluntad de una o ambas partes y la representación mental que éstas se hacen de las circunstancias en que se desarrollará el negocio; y una base objetiva comprendida como las circunstancias en que se lleva a cabo el negocio y que los sujetos intervinientes esperan que se mantengan o no se vean alteradas<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 81.

<sup>34</sup> Todas las posiciones sobre la base del negocio pueden revisarse directamente del texto alemán “*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*” de LARENZ, Karl, Editorial Comares, SL, 2002, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 83.

<sup>35</sup> Se ha señalado que “la base subjetiva es un supuesto de error en los motivos”, mientras que “la base objetiva es formulada por Larenz a través del análisis del Derecho comparado (Suiza, Francia y Reino Unido), entendiéndola como: “las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido” (TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 83. La “desaparición de la base negocial y la desaparición de la base, es decir la

Acerca de los remedios ante el cambio en la base del negocio se dice que: "(...) 2) obliga a la renegociación del contrato antes de la recurrencia a un proceso judicial. Si la otra parte no llega a aumentar la contraprestación, la parte afectada puede resolver o denunciar (desistirse) el contrato. Esta solución hace que la parte afectada tenga las armas necesarias para obligar a la renegociación del contrato y por ende a su conservación"<sup>36</sup>. El asunto de los remedios frente a la alteración de la base del negocio es esencial para apreciar que mecanismos tiene el derecho frente a una modificación de las circunstancias que varía la base subjetiva y objetiva del negocio. La idea es que el contrato no se extinga, es decir que el contrato se conserve con un cambio sustancial en las prestaciones pero que finalmente continúe la ejecución contractual. Esto implica necesariamente la previa renegociación del contrato antes de recurrir a la jurisdicción judicial o arbitral. Solamente si ya no hay posibilidad de acuerdo entre las partes para una renegociación contractual ante la alteración de la base negocial se pensará en la extinción del contrato mediante la resolución o apartamiento de la relación. La regla debe ser la conservación del contrato.

La legislación alemana, que es la que recoge la teoría de la base del negocio establece en primer término que ante el cambio de circunstancias que han afectado la base del negocio es pertinente la adecuación o modificación del contrato tomando en consideración sustancialmente la distribución del riesgo. Asimismo, señala la normativa alemana que equivale a una modificación de las circunstancias el hecho que los presupuestos esenciales, que son la base del negocio, sean falsos. En su tercer apartado la norma alemana indica que si no es posible modificar el contrato la parte perjudicada podrá resolverlo, entendiéndose, cuando se trata de relaciones continuadas, como un desistimiento.

---

ruptura de la equivalencia se daría cuando "a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto que ya no puede hablarse de 'contraprestación', de un equivalente que pueda considerarse como tal" (TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 84). Sobre el valor subjetivo respecto a los intercambios económicos se ha indicado que: "Respecto de los remedios frente a la desaparición de la base del negocio, señala lo siguiente: a) Si desaparece la base subjetiva del negocio, el contrato es ineficaz. b) Si se destruye la relación de equivalencia debido a la alteración de las circunstancias, la parte perjudicada puede negarse al cumplimiento en tanto la otra parte aumenta la contraprestación. Si no se diera el aumento, la parte perjudicada puede resolver o denunciar (desistirse) del contrato. Si ya se ha realizado la prestación se puede reclamar una indemnización. c) Si la finalidad del contrato resulta inalcanzable, por motivos ajenos al acreedor, puede rechazar la prestación y negarse a prestar la suya en lo que sobrepase a los gastos realizados por la otra parte para la preparación y ejecución del contrato. (TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 84).

<sup>36</sup> TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 84.

El autor citado sobre esta teoría manifiesta: “Consideramos que dicha regulación continúa dejando vacíos, por ejemplo: respecto de si se debe o no suspender el cumplimiento interpuesta la acción (como lo sugiere Larenz) o si se puede contestar solicitando una renegociación contractual, entre otras situaciones. En todo caso, el remedio nos parece adecuado, ya que evita una desproporción, en las posibilidades de defensa de ambas partes, ocurrido el evento que altera las circunstancias”<sup>37</sup>.

## El cambio de circunstancias y la adaptación al cambio sobrevenido de la base del negocio

Ante circunstancias nuevas que modifican el contexto en el que se debe ejecutar la prestación se ha señalado que “por su parte, en los casos de desequilibrio sobrevenido resulta de mayor complejidad el instrumento revisorio puesto que los eventos sobrevenidos han alterado profundamente la economía de la operación siendo así que el valor inicial de las prestaciones, si bien correcto, no resulta equitativo frente a las nuevas circunstancias que rodean la ejecución, de manera que la revisión del contrato asume aquí más bien la forma de adaptación al cambio sobrevenido de las bases del negocio. En estos casos la parte afectada puede: 1) pedir directamente la revisión del contrato (art. 868 C. Co.) o la forma de renegociación o adecuación (§ 313 (1) BGB; art. 6.2.3. Unidroit); 2) o de reducción o aumento de la prestación (art. 1440 C. C. Perú); 3) o puede pedir directamente la resolución, que podrá ser evitada, también aquí, con oferta de modificación equitativa por parte del demandado (art. 1467 C. C. ital.; arts. 581 C. C. boliv.; arts. 478 y 479 C. C. bras.)”<sup>38</sup>.

Considero que ante la demanda de resolución de contrato la parte demandada sí puede contestarla planteando la modificación contractual. No veo ningún problema en esta opción ya que permitiría que el demandado evalúe si es posible conservar el contrato y si es que la modificación conviene a sus intereses. Nos parece una medida adecuada pues, como se ha dicho, evita una desproporción en las posibilidades de defensa de ambas partes. Es decir, tanto el accionante como el demandado tendrán la posibilidad de discutir si el contrato se modifica por el cambio de circunstancias que alteran la base del negocio o si procede la resolución del contrato ante la imposibilidad del cumplimiento de las prestaciones o que estas resulten excesivamente onerosas para la parte que las ejecuta o el valor de la

<sup>37</sup> WERNER, Flume, citado por TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 85.

<sup>38</sup> CHAMIE, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, art. cit., p. 135.

contraprestación habría disminuido de manera ostensible. Por supuesto, consideramos, como incidiré más adelante, que antes, inclusive, del planteamiento de la demanda debe darse la renegociación contractual para sí evitar los costos de transacción que implica un proceso judicial o inclusive un proceso arbitral.

Una reciente doctrina ha señalado criticando al artículo 1440 de nuestro Código Civil y su inutilidad lo siguiente:

“Por otro lado, si de por sí ya es cuestionable que se haya otorgado al deudor el derecho a demandar la adaptación del contrato, el hecho que se haya invertido el procedimiento de la excesiva onerosidad la hace inútil en la práctica. El artículo 1440 del Código Civil peruano señala en su literalidad que el juez podrá dar por resuelto el contrato «si lo solicitara el demandado». En otras palabras, el legislador peruano le otorga al acreedor demandado el derecho a solicitar la resolución del contrato. En términos procesales, el acreedor demandado puede reconvenir y presentar una pretensión de resolución del contrato.

¿Para qué sirve la excesiva onerosidad en el Perú si el demandado puede solicitar la resolución del contrato? ¿No bastaría con que el juez declare infundada la demanda de adaptación del deudor, y en consecuencia, ordene que se siga ejecutando el contrato? ¿Por qué optar por la resolución en favor del acreedor?”<sup>39</sup>

Coincidimos con lo que señala la doctrina citada en el sentido de que nuestro legislador quiso “innovar” y hacer una variación “al revés” de su fuente de inspiración (el código civil italiano) para lo cual colocó en primer término la posibilidad judicial de solicitar la modificación del contrato excesivamente oneroso por el cambio de circunstancias y en segundo lugar impuso la posibilidad judicial de resolver el contrato por parte del acreedor. Como ya ha señalado la doctrina citada esto vuelve inútil la figura, pues se le da la potestad al demandado acreedor de resolver el contrato lo que seguramente hará. Sabemos que la motivación (interpretación psicológica) del legislador era dar la posibilidad al juez para que modifique el contrato con un afán que algunos consideran intervencionista, pues es solamente el juez quien puede ordenarlo, pero si el demandado acreedor tiene la posibilidad jurídica de resolver el contrato ¿de qué habrá servido esta voluntad intervencionista del legislador?

Es probablemente por eso que, como señala Leysser León, en una reciente entrevista, no se conocen de muchos casos en sede judicial (no llegarían ni

<sup>39</sup> GARCIA LONG, Sergio, “El cambio de circunstancias en el derecho de contratos, Desequilibrio económico” Ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la PUCP. Mayo, 2019.

a diez) en donde sea utilizada la excesiva onerosidad de la prestación para cumplir con su finalidad.

## Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*

Esta teoría consiste en que cuando cambien las circunstancias, por equidad, se debe también modificar el contrato. Cuando una de las partes no se ha representado de manera razonable este cambio de circunstancias y resulta gravemente oneroso para ella cumplir con el contrato en esas nuevas condiciones, es que tiene la potestad para solicitar la adecuación del contrato a las circunstancias sobrevenidas. Actuar de distinta manera, es decir mantener las prestaciones tal como fueron pactadas originalmente, **resultaría contrario a la buena fe y al principio de equidad**. Repulsaría al derecho una actuación como esa en la cual el acreedor resulte desproporcionadamente beneficiado y el deudor excesivamente perjudicado. **El derecho tiene que intervenir en este tipo de situaciones anómalas.**

En concordancia se ha señalado que esta teoría "(...) Descansa en que los contratos a largo término y con sucesivas prestaciones llevan implícita siempre la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, que su cumplimiento queda subordinado al mantenimiento del estado de cosas existente en el momento de la celebración del contrato"<sup>40</sup>.

Esta cláusula implica un límite a la cláusula *pacta sunt servanda* que representa la obligatoriedad de los contratos y el cumplimiento de la palabra empeñada. La legislación y la jurisprudencia francesa reconocieron por mucho tiempo la aplicación de la cláusula *pacta sunt servanda*, a pesar de haberse presentado casos en donde era evidente el cambio de circunstancias y la variación de las condiciones contractuales. Se hizo valer o se respaldó el cumplimiento estricto del contrato, no interesando mayormente la falta de equidad o el perjuicio a una de las partes. El sentido de la jurisprudencia francesa evolucionó en el tiempo y hoy, con las modificaciones introducidas en el libro de obligaciones y contratos (2016), es factible un remedio por excesiva onerosidad de la prestación ante el cambio de circunstancias, como veremos más adelante.

## Teoría de la imprevisión

Se ha señalado con acierto que "el fundamento de la teoría de la imprevisión descansa en que las partes, al celebrar el contrato, lo hacen tomando en

<sup>40</sup> DE LA PUENTE Y LVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 563.

consideración las circunstancias existentes en ese momento y es en base a ello que estipulan la relación jurídica obligacional, cuyo contenido son las prestaciones de las partes. Si por devenir un acontecimiento imprevisible tales circunstancias varían, la relación jurídica creada deja de corresponder a la nueva realidad, dando lugar a que las prestaciones pactadas deban ejecutarse de manera distinta a la querida por las partes al celebrar el contrato, lo que justifica la intervención del juez para decidir sobre quien debe recaer el riesgo de esta modificación"<sup>41</sup>.

La previsión consiste en que no se ha tomado en cuenta (y era razonable no tomar en cuenta) una variación importante de las condiciones en que concluyó el contrato. El hecho o acontecimiento que ha modificado sustancialmente las condiciones en que el contrato nació, ha sido totalmente imprevisto para las partes. Estas no podían representárselo ni preverlo en ninguna situación, por lo que se considera que ni la parte se puede ver gravemente perjudicada por esta situación imprevisible ni la otra parte se puede ver excesivamente beneficiada por la variación de las condiciones. Esta situación atentaría contra la equidad en los contratos e inclusive con una asignación eficiente de los recursos.

## Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación

Es la teoría que acoge nuestro Código Civil. La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación "(...) se caracteriza en que, para lograr la resolución o revisión del contrato, según el caso, se requiere que se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida y que el acontecimiento extraordinario e imprevisible ocasione que una de las prestaciones se convierta en excesivamente onerosa, sin llegar a ser imposible"<sup>42</sup>.

Es importante entrar a analizar el criterio o equidad al que lo tenemos en varios artículos de nuestro Código Civil constituyéndose en una cláusula general normativa. Por ejemplo, para el caso de fijar el resarcimiento ante situaciones complejas o ambiguas se debe utilizar este principio. Así lo señala el artículo 1322 de nuestro Código Civil:

"Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

La equidad ha sido definida como "el criterio de adaptación de la justicia a los casos particulares, para evitar que una norma abstractamente

<sup>41</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 564.

<sup>42</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 565.

justa pueda resultar injusta en un caso determinado, por las especiales circunstancias de hecho que lo rodean”<sup>43</sup>.

El profesor De La Puente se pregunta: ¿es justo que si el equilibrio se rompe debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que determinan que la prestación a cargo de una de las partes se convierta en excesivamente onerosa para ella, deba restablecerse ese equilibrio?”<sup>44</sup> La respuesta no puede dejar de ser afirmativa.

Con acierto el profesor citado señala “estas consideraciones me llevan a opinar que, para celebrar todo contrato, cualquiera que sea su clase, debe alcanzarse un equilibrio entre los intereses de las partes. Si ello no se logra, ósea si el interés de una de las partes prima sobre el de la otra, se desnaturaliza el contrato, cuya función es, precisamente, la conjugación de los intereses de las partes a través de la declaración conjunta de una voluntad común”.

Acertadamente señala: “Lo que tiene importancia es la naturaleza del interés y no la cualidad o cuantía de las prestaciones cuya ejecución es necesaria para satisfacerlo, de tal manera que las prestaciones necesarias para satisfacer el interés de una parte puedan, cualitativa y cuantitativamente, ser diferentes. Lo que sí se requiere es que el conjunto de las prestaciones que constituyen el contenido del interés de una parte determinen que este interés guarde equilibrio con el interés de la otra parte, aun cuando el conjunto de prestaciones que constituyen el contenido de este último interés sea distinto. Desde luego, ambos conjuntos de prestaciones guardan entre sí, por existir, una cierta proporcionalidad”<sup>45</sup>.

Finalmente se señala que “como conclusión de lo anteriormente expuesto puede opinarse que es justo que mediante la revisión o resolución de la relación jurídica obligacional creada por el contrato se alcance la recuperación del equilibrio original entre los intereses de las partes, desde que la ausencia de ese equilibrio frustra el propósito buscado al contratar. Es, además, contrario a la buena fe que, al amparo del principio de obligatoriedad del contrato, se pretende ejecutar éste de manera que no

<sup>43</sup> BADENES, Gasset, citado por DE LA PUENTE Y LVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 568.

<sup>44</sup> DE LA PUENTE Y LVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 572.

<sup>45</sup> DE LA PUENTE Y LVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 573. Como, según se ha visto, la existencia de tal equilibrio es la razón determinante de la celebración del contrato, la ruptura del mismo justifica, que, en primer lugar, se reduzca la prestación o se aumente la contraprestación, con lo cual la prestación y la contraprestación volverán a recobrar la proporcionalidad original con la consiguiente recuperación del equilibrio de intereses de las partes. En caso que, por las circunstancias, no fuera posible aumentar la prestación o disminuir la contraprestación, o si lo solicitara el demandado, se justifica también que se resuelva el contrato a fin de que, al dejar de existir la relación jurídica obligacional creada por éste, desaparezca el interés de las partes en ejecutar dicha relación, siendo ésta una segunda manera, más drástica de evitar el desequilibrio mediante la supresión de los intereses”. DE LA PUENTE Y LVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 574.

guarda una relación razonable con los previsto por las partes al celebrarlo”<sup>46</sup>.

En materia comparada del derecho continental sobre este supuesto, se ha señalado, para el caso holandés: “En el sistema comparado europeo también se prevé un marco regulatorio que neutraliza la excesiva onerosidad de la prestación al señalarse que “la excepción está presente también en otros ordenamientos de civil law. Así ocurre en Holanda, donde por aplicación del art. 3:296 BW, y en concreto del límite a la pretensión de cumplimiento que supone la ley, puede ser denegado el cumplimiento específico sobre la base de existencia de una excesiva onerosidad (art. 6:248 BW, buena fe y art. 0:238 BW)”<sup>47</sup>.

## La teoría de la frustración del contrato

Sobre el particular una atenta doctrina ha indicado que “la *doctrine of frustration* se entiende como la imposibilidad de realizar la finalidad del contrato a causa de la incidencia de eventos externos, marcando así la diferencia con el incumplimiento (*breach of contract*), que depende de la voluntad o de la culpa de una de las partes o de ambas; la esencia de *la frustration* estaría entonces en su independencia respecto del comportamiento de las partes”<sup>48</sup>.

Sobre la historia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, como opinaba Rodolfo SACCO debían analizarse las instituciones, reciente doctrina ha estudiado comparatísticamente el caso inglés y norteamericano<sup>49</sup>.

Así tenemos el caso de **La Frustration en Inglaterra**: “En el caso *Paradine v. Jane*, Paradine había suscrito un contrato de arrendamiento de un predio con Jane, esta última se comprometía a pagar una renta por el concepto del usufructo del predio. Tiempo después, Paradine demandó a Jane por el pago de dicha renta. Jane, frente a dicha situación, se defendió alegando que al haber sido despojada del mencionado predio por el príncipe Rupert, enemigo del rey y el reino, no había podido disfrutar del referido predio por tres años. El Tribunal (*King’s Bench*) “consideró obligado en todo caso el pago y enunció el llamado principio de los *absolute contracts*: las obligaciones contractualmente asumidas deben cumplirse a pesar de la supervivencia de

<sup>46</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 575.

<sup>47</sup> PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, *Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado*, Editorial Aranzadi, 2014, p. 98.

<sup>48</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La doctrine of frustration, ¿Es posible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?* Instituto Pacífico, Actualidad Civil, N. 49, Julio, 2108, p. 131.

<sup>49</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, Mijail F., “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N.º 72, junio 2019, pp. 201-250.

*an accident by inevitable necessity*, si el obligado no ha tomado precauciones introduciendo cláusulas específicas en el contrato”<sup>50</sup>.

Una de las teorías de la *frustration* que ha tenido mayor acogida y que significa que el propósito del negocio ya no se puede realizar, por lo tanto; sería abusivo y contrario a la buena fe su implementación es **la doctrina de la frustración (*of purpose*) y la aparición de los *Coronation Cases***.

“La reinterpretación y la extensión de la doctrina de la imposibilidad, forjada de los cimientos del *Taylor principle*, fue desarrollada por los *Coronation Cases*. Al respecto, Mignault (1943) señaló lo siguiente:

Eduardo VII heredó el trono a la muerte de la reina Victoria, en las primeras semanas del siglo XX. Su coronación debía tener lugar a fines de junio de 1902. Es bien sabido que la coronación de un Rey y una Reina en Inglaterra es la ocasión para las festividades entre las más notables de las cuales destacan las procesiones de coronación. En la ruta a seguir por estas procesiones, ventanas, habitaciones e incluso apartamentos completos se alquilan a precios altos de acuerdo con su ubicación. En esta ocasión se celebraron una gran cantidad de contratos y, en general, el precio se pagó por adelantado o se proporcionó un depósito para garantizar el pago del saldo del alquiler. Dos días antes de la fecha fijada para la coronación y las procesiones, Eduardo VII inesperadamente se enfermó gravemente, y la coronación y las procesiones se pospusieron *sine die*. Como los contratos se hicieron sobre la base de que habría procesiones, los tribunales sostuvieron que los contratos habían sido frustrados. La dificultad surgió simplemente en cuanto a los efectos de la frustración. ¿Se vería obligado el arrendatario a pagar la considerable renta que había prometido? O, cuando hizo un depósito, o un pago por adelantado, ¿podría recuperarlo por una falta total de consideración?

<sup>50</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 218. Orígenes de la doctrina de la frustración. - Se suele afirmar que “fue en *Taylor v. Caldwell* donde, por primera vez, el efecto liberatorio de eventos sobrevinientes fue conocido” (Firoozmand, 2007, p. 174). En efecto, la decisión de dicho caso resolvió la siguiente controversia: Caldwell había arrendado a Taylor una sala de música y un jardín por un número determinado de días, por una renta específica, para una serie de conciertos. Lamentablemente, días antes del primer concierto, la sala fue totalmente destruida por fuego y los conciertos planeados fueron abandonados. Taylor demandó a Caldwell por los gastos que había incurrido en la preparación de los futuros conciertos. La pretensión de Taylor fue denegada por el Tribunal (*Court of Queen's Bench*) con fundamento en el principio de que “en los contratos cuyo cumplimiento depende de la existencia de una persona o de una cosa, una condición es implícita, la imposibilidad del cumplimiento surgida de la desaparición de la persona o la cosa deberá excusar el cumplimiento” (Wladis, 1987, p. 1596). Dicho principio fue conocido como el *Taylor principle*. 218). (CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., pp. 220-221).

El resultado de dichos eventos desembocó en numerosas demandas. En esos casos se reconoció y aplicó por primera vez la doctrina de la *frustration of purpose*, es decir, la pérdida de la finalidad por la cual se habría suscrito un contrato, conocida como la frustración por *non occurrence of a particular event* (Beatson, Burrows y Cartwright, 2016)<sup>51</sup>.

Como se puede apreciar este caso implicó un cambio en las maneras de resolver los casos en el sistema inglés, dejándose de lado el cumplimiento estricto del contrato a ciegas de lo ocurrido en la realidad y se tomó en cuenta la frustración del contrato por no poder realizarse su finalidad o propósito. Esta es pues la *frustration of purpose*<sup>52</sup>.

En los **Estados Unidos** "es importante señalar que, en el Derecho estadounidense, el concepto de *impracticability* se forma sobre los cimientos de la doctrina de *impossibility of performance*, el cual es aplicado frente a situaciones de eventos inesperados y sobrevenidos a la celebración de un contrato que incide negativamente en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes. Asimismo, es oportuno indicar que en Estados Unidos se consideran las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis de eventos sobrevenidos a la celebración del contrato que afectan su cumplimiento (Chamie, 2010). En ese sentido, cabe afirmar que

---

<sup>51</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 221.

<sup>52</sup> **Características del sistema de la frustration** Asimismo, en *J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV, the Super Servant Two*, se establecieron diversas características de la doctrina de la frustración, las cuales pueden resumirse en (Phang, 1992):

La frustración mitiga el rigor del cumplimiento de las promesas absolutas en el *common law*.

La doctrina opera para eliminar el contrato y liberar a las partes de la responsabilidad del incumplimiento.

La frustración finaliza la relación contractual automáticamente.

Para aplicar la frustración, un evento extraño, imprevisible e irresistible a las partes deberá cambiar la situación del contrato.

El evento que logra frustrar el contrato no deberá ser por culpa de la parte, por ejemplo, no puede ser autoinducido (*self-induced*).

Así, es importante señalar que la doctrina de la frustración se ha ido aplicando a los siguientes tipos de casos: "1) ilegalidad; 2) imposibilidad; 3) muerte, respecto a los contratos de servicios personales; 4) destrucción del objeto; 5) no ocurrencia de un cierto evento, y, más frecuentemente; 6) frustración de la aventura" (Lui, 1988, p. 257).

Finalmente, se afirma que los casos de la frustración pueden ser clasificados por referencia a los tipos diferentes de eventos de la frustración (tales como un cambio en el derecho o ilegalidad sobreviviente, **estallido de guerra**, cancelación o demora de un evento esperado), o por referencia a las categorías particulares de los contratos (...)". (CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 222).

dichas doctrinas se encuentran presentes en la jurisprudencia y en la legislación del derecho norteamericano de los contratos<sup>53</sup>. Es interesante diferenciar entre la *impossibility* y la *impracticability*. Así se afirma con claridad que “adicionalmente, se puede señalar que cuando la prestación es imposible se hace referencia a la imposibilidad física o jurídica (*doctrine of impossibility*) y cuando la prestación es excesivamente difícil o costosa de cumplir se hace referencia a una imposibilidad económica (*doctrine of commercial impracticability*)”<sup>54</sup>.

Con respecto al *hardship* comprendido como el esfuerzo y gasto no razonable o excesivo en la prestación se ha señalado por doctrina española: “Como ya hemos señalado en otra sede el **Hardship u onerosidad de la prestación** en el *common law* se ha desarrollado casuísticamente lo “que hace irrazonable el cumplimiento específico. Así, con razón se ha explicado que “en definitiva, dado que la tutela específica puede suponer en ocasiones una medida demasiado contundente, se limita su procedencia en atención al parámetro de la razonabilidad. (...) En el Derecho anglo-americano, los tribunales pueden denegar la tutela específica sobre la base de la existencia de ‘severo hardship’ para el deudor demandado, y ello es predicable en general tanto para la medida de *specific performance* como para *la injunction* [Wrotham Park Estate Co Lid v. Parkside Homes, (1974)]”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 224.

<sup>54</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 224. Al respecto, Hubbard (1982) indica lo siguiente: “La doctrina de la *frustration of purpose* está íntimamente vinculada a la doctrina de la *impracticability*. Existe, sin embargo, una importante distinción con respecto al evento que desencadena su aplicación. En lugar de centrarse en eventos sobrevinientes que impiden el cumplimiento (imposible o excesivamente oneroso), la doctrina de la frustración se centra en eventos sobrevenidos que hacen que el intercambio sea inútil para una de las partes. (CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 228).

<sup>55</sup> PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento*, cit., p. 93. “El problema principal que se ha planteado en la práctica forense es dilucidar qué constituye ‘severe hardship’ a los fines del rechazo de la pretensión de cumplimiento. Y ello porque no puede fundamentar la denegación del remedio la mera dificultad financiera [*Francis v. Cowcliffe* (1976)]; y si bien el hardship debe ser suficientemente grave como para justificar tal efecto [*Wedgwood v. Adams*, (1843)], no puede serlo hasta tal punto que suponga la frustración del contrato”. En el sistema de *common Law*, el remedio específico será también denegado si el coste del cumplimiento es absolutamente desproporcionado respecto del beneficio que obtiene con ello el acreedor [*Tito v. Waddel (No 2)*, (1977), *Co-operative Insurance v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* (1998)].

## Diferencia entre el *common law* inglés y el norteamericano

En cuanto a la diferencia entre el sistema norteamericano y el inglés referidos a las causales sobrevinientes a la celebración del contrato que lo pueden modificar o resolver (...) se ha señalado bajo una visión comparatística que "el modelo estadounidense se caracteriza por ser menos rígido que el modelo inglés en la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* y la consiguiente intangibilidad del contrato. Por ello, mientras en el *common law* inglés las cortes no se cansan de señalar que no tienen el poder de modificar el contrato (dando así soluciones que no llegan a ser equitativas a causa del binomio cumplimiento o resolución), en caso de eventos sobrevinidos que alteren el equilibrio de la operación, en el *common law* estadounidense, caracterizado por la atenuación del mencionado principio, tiene gran relevancia la constante búsqueda por parte del juez (como *rule maker*) de mecanismos que le permitan llegar a soluciones más equitativas para una apropiada distribución del riesgo derivado de eventos sobrevinidos no imputables a los contratantes"<sup>56</sup>.

## Distinción entre la *impossibility* y la *impracticability* y su relación con la *frustration*

Acerca de la distinción entre la *impossibility*, la *impracticability* y su incidencia en la *frustration* se ha señalado con erudición que: "Sobre la huella de la doctrine of *frustration of contract* elaborada originariamente en área británica, se forma en el *common law* estadounidense el concepto de *impracticability*, aplicado en las decisiones sobre casos de imposibilidad sobrevinida. Conviene afirmar desde un principio, que el *common law* estadounidense considera las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis en las que el juez califica una de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral y determina su alcance respecto de un específico evento sobrevinido; en términos generales, la *impossibility* comprende los supuestos tradicionales ya analizados en el área británica de la *destruction of the subject-matter*, la *supervening illegality* y la *death or illness* del deudor, casos en los cuales desaparece un estado de cosas cuya *continued* existente constituía una *precedent constructive condition* de la obligación del promitente. Sin abordar aquí en detalle la evolución jurisprudencial de la *impracticability*, debe recordarse cómo la idea de inexigibilidad, que permitía desvincularse del rigor de la imposibilidad como

<sup>56</sup> CHAMIE, José, "Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense", en *Revista de Derecho Privado*, (18), Colombia, 2010, pp. 97-9.

única causa eximente de responsabilidad, maduró en el área de *common law* estadounidense gracias a la atención de las cortes sobre las repercusiones económicas que rodean la ejecución del contrato, haciendo uso del método casuístico propio de la jurisprudencia. En el modelo estadounidense no hay duda de que la *impossibility* conduce siempre a una *frustration* del contrato, en cuanto que no es posible alcanzar el objetivo de obtener la prestación. Sin embargo, no todos los casos de *frustration* se deben a una *impossibility*; en efecto, en muchos casos lo que desaparece es la posibilidad de usar el bien o la prestación objeto del contrato de manera ventajosa, como aquellos casos en los cuales un cierto evento, sin destruir totalmente el objeto y por ello sin generar una imposibilidad de la prestación, hace más bien que ésta sea inútil respecto de la finalidad que se esperaba con su ejecución (...)”<sup>57 58</sup>.

<sup>57</sup> CHAMIE, “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, cit., pp. 97-9. La distinción entre *impossibility* e *impracticability* se ha explicado señalándose que “(...) la regla de la ilicitud sobrevenida en el modelo estadounidense se amplía más allá de la imposibilidad absoluta de la prestación, asumiendo que el deudor sería liberado igualmente en los casos en los que podría materialmente cumplir su obligación si decidiese ejecutar un acto ilícito; esta concepción contrasta con el modelo inglés y de ella parte la sustitución del término *impossibility* como base de la doctrina, con el de *impracticability*, de matriz subjetiva y que debe ser considerado en cada caso concreto. Los casos de muerte del deudor o de su incapacidad para ejecutar la prestación, son considerados igualmente hipótesis de *impracticability*; también en estos casos la jurisprudencia ha interpretado con elasticidad el concepto de imposibilidad llegando a considerar qué si bien la obligación *intuitu personae* se refiere a la persona del deudor, en ocasiones ese *intuitu* puede tener como objeto también la identidad del acreedor o de un tercero. En cuanto a la imposibilidad de ejecutar la prestación a causa de la destrucción del bien objeto del contrato, la jurisprudencia ha seguido el precedente inglés del caso *Taylor v. Caldwell*, sólo que los jueces ingleses lo han aplicado exclusivamente a los casos de imposibilidad absoluta física o jurídica, los jueces estadounidenses, en cambio, han ampliado su base comprendiendo también los casos de imposibilidad económica que se definen con el modelo de la *commercial impracticability*”. CHAMIE, “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, cit., p. 101.

<sup>58</sup> Sobre La *frustration* desde el Análisis Económico del Derecho (AED). En cuanto a la liberación del deudor por una circunstancia exógena sobrevenida que hace impracticable o imposible el cumplimiento de su prestación y un eventual resarcimiento al acreedor por una frustración de expectativas, tomando como instrumento metodológico al análisis económico del derecho se ha indicado autorizadamente, lo siguiente: “Como hemos señalado, tanto la *impossibility* como la *frustration* producen la *discharge* del deudor, esto es, su excusa por el incumplimiento de la prestación y de la condena en daños, además de estar legitimado para la restitución. En los dos modelos se tiene en cuenta la relevancia práctica de cada uno de los remedios, concebidos como defensas del deudor demandado en juicio. Una cuestión de mayor complejidad surge en cuanto al daño resarcible, pues bien sea que se trate de *impracticability* o de *frustration* el efecto es la liberación del deudor, parte de la doctrina ha señalado que el *discharge* tiene algunos efectos patrimoniales que lo caracterizan como mecanismo de compensación monetaria, lo que indicaría la necesidad de tratar el remedio a la luz del incumplimiento, mediante una valoración eficiente del daño y su reparación conforme a ciertas reglas del

## Falta de *consideration*

En el derecho norteamericano se impone la teoría de la *consideration* que equivale a la causa en el derecho continental. Así se ha señalado que “si ciertos eventos sobrevinientes hacen imposible la ejecución de la prestación a cargo de una de las partes, ello hace que para la otra parte desaparezca la *consideration* que la llevó a contratar”. Así, “en el derecho anglosajón la frustración del fin del contrato es un concepto general que se refiere a una ineficacia sobrevinida al contrato por acontecimientos posteriores a su perfección y que puede ser debida a causas diversas: sobrevinida ilegalidad, incumplimiento de una condición tácita, imposibilidad física sobrevinida, pérdida de utilidad para el acreedor, mutación sobrevinida en lo que se consideraba base objetiva del negocio”<sup>59</sup>.

Citando doctrina argentina se señala que “se ha visto que Mosset Iturraspe opina que la frustración del contrato es el género comprensivo de todos los supuestos de pérdida de sentido y razón de ser del contrato, tengan una base subjetiva u objetiva, mientras que la excesiva onerosidad sobreviniente particulariza una situación objetiva, la del desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, debido a hechos extraordinarios e imprevisibles, agregando que hay, pues, entre una y otra, la relación de género a especie”<sup>60</sup>. Consideramos pues, que la frustración se convierte en género mientras que la excesiva onerosidad de la prestación aparece como especie. La frustración tiene un origen anglo - americano y tiene una serie de clasificaciones dentro de las cuales destaca la *frustration purpose*<sup>61</sup>.

---

análisis económico del derecho. En verdad, si se aceptan reglas del análisis económico del derecho, el incumplimiento del contratante afectado por el evento sobrevinido debería sancionarse con su condena al resarcimiento del daño por la desilusión de la expectativa del acreedor (*expectation damages* o *expectation damages rule*), así mismo, el incumplimiento deberá aceptarse cuando se muestre eficiente, esto es, cuando el costo de la prestación resulte superior al valor que el acreedor le atribuye, en los demás casos deberá afirmarse el *performance as agreed*. Pero, si realmente se piensa que no es posible dar una respuesta jurídica a la elección entre exención de responsabilidad del deudor incumplido o su condena en daños, se debe entonces indagar en el comportamiento de las partes respecto del riesgo. Asumen así especial importancia en las decisiones jurisprudenciales las nociones de *reliance interests*, *down payment* y *expectation interests* propias de la disciplina del resarcimiento del daño”. CHAMIE, “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, cit., p. 101.

<sup>59</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 581.

<sup>60</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 583.

<sup>61</sup> Se afirma que “De lo anteriormente expuesto resulta que, para mí, le razón de ser de todo contrato es alcanzar el equilibrio entre los intereses de las partes, de tal manera que la ruptura de ese equilibrio determinará la necesidad de recuperarlo, bien sea a través de la vía normal de la revisión del contrato, bien a través de la vía más drástica de la resolución del mismo. Puede observarse, pues, que me alinee entre aquellos que opinan que el

## La legislación nacional y comparada en materia de la excesiva onerosidad de la prestación y la necesidad de acudir a la cláusula general normativa de la buena fe

En lo diversos sistemas jurídicos comparados “la adaptación del contrato al cambio de las circunstancias se designa con las expresiones *imprévision, révision du contrat, bouleversement du contrat, Wegfall der Geschäftsgrundlage, eccessiva onerosità, frustation, contract adaptation*, respectivamente en derecho francés, alemán, italiano y anglosajón. En el derecho del comercio internacional se usan las expresiones *hardship* o *major economic dislocation*; sin embargo, todas estas expresiones no son sinónimas y, en ocasiones, dan lugar a grandes divergencias”<sup>62</sup>.

La figura de la excesiva onerosidad de la prestación se encuentra regulada de la siguiente manera en nuestro código civil y en los códigos civiles y proyectos comunitarios:

### 1. Código Civil peruano de 1984

“Art. 1156. Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida”.

“Art. 1315. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

“Art. 1316. La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)”.

---

ordenamiento jurídico debe proporcionar los remedios necesarios para conjurar el peligro que se deteriore esa razón de ser”. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 586). Culmina el autor citado señalando que: “Tomando en consideración, cabe decir que el sistema de nuestro código civil, es que en los contratos en que existe un lapso entre la celebración del contrato y la ejecución total de las prestaciones a cargo de ambas partes o de una sola de ellas, si una de estas prestaciones se convierte en excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la regla general es que la parte perjudicada puede solicitar que se reduzca la prestación”. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 587). Esta actuación definitivamente guarda coherencia con la aplicación del principio de equidad en las prestaciones contractuales.

<sup>62</sup> CHAMIE, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, cit., p. 124.

"Art. 1431. En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido (...)"

#### TÍTULO VIII Excesiva Onerosidad de la Prestación

"Art. 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas"

"Art. 1441. Las disposiciones contenidas en el Artículo 1440° se aplican:  
1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato"

"Art. 1442. Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad. Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 1440"

"Art. 1443. No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada"

"Art. 1444. Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación"

"Art. 1445. La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el Artículo 1440"

"Art. 1446. El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el Artículo 1445° corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles"

### 1.1. La necesidad de acudir a la cláusula general normativa de la buena fe

Sobre la buena fe ante un desequilibrio contractual, que se puede plasmar en el supuesto de las cláusulas penales, aplicable también al cambio de circunstancias, se ha señalado por doctrina romanista autorizada: "Así las cosas, las cláusulas penales previstas como determinación anticipada de los daños que puedan sufrir las partes de la relación contractual pueden estar sujetas a reducción en los casos en que éstas resulten excesivas en relación con el evento que pretenden cubrir, esto es, la compensación a favor de la parte contraria por la insatisfacción de la prestación pactada, como consecuencia del ejercicio del derecho a separarse del contrato, pues como quedó plasmado en un rescripto del emperador Gordiano, el derecho lo llamaríamos más exactamente la preservación del equilibrio contractual que emana de la buena fe, no tolera convenciones mediante las que se estipulen cláusulas penales que resulten excesivas, y estas son tales cuando sobrepasan los intereses legítimos. En efecto, esa necesidad de mantener el equilibrio contractual veda a las partes fijar cláusulas penales que desborden los límites que la ley impone, límites cuya determinación se ha igualmente inspirado en el principio de buena fe.

La limitación de la suma que podía ser estipulada como pena restringía sin lugar a dudas el principio de la libertad contractual, pero como ya lo hemos señalado, en el siglo III, como consecuencia del declinar de las condiciones económicas, este principio sufre otras limitaciones, como son las contenidas en las reglas concernientes a la lesión enorme, institución que al igual que la prohibición de cláusulas penales excesivas se encuentra estrechamente ligada con la preservación del equilibrio contractual"<sup>63</sup>.

Desde la mirada de profesor español De Los Mozos se ha indicado: "No puede ser más claro que la buena fe, en la esfera de su aplicación, sirve al progreso jurídico, en particular cuando se trata de buena fe objetiva, ya que por ella penetra la realidad en constante renovación. Esto es tan evidente que no cabe insistir sobre ello. Únicamente advertir que la idea del progreso jurídico sólo puede entenderse como adecuación a las necesidades de la vida social, pero conforme a los ideales inmutables de la justicia y de la equidad, ideales que se hallan impresos en la mente humana, de acuerdo con el Derecho natural y con la propia tradición jurídica"<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> NEME, Martha. *La buena fe en el Derecho Romano, extensión del deber de actuar conforma a buena fe en materia contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 353.

<sup>64</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Casa Editorial Bosh, Barcelona, 1965, p.79.

“De hecho es que la buena fe inspira la formación de la relación obligatoria, y su fuerza vinculante, por lo que nada tiene de extraño que como una consecuencia de ella se formen las aplicaciones particularizadas de la misma, aunque se trate de buena fe subjetiva en tales casos. Por otra parte, esto no puede ser más lógico, si la buena fe inspira realmente el Derecho de obligaciones ha de tener sus manifestaciones, tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo”<sup>65</sup>.

Sobre la buena fe entendida como cláusula general normativa, clásica doctrina alemana ha señalado: “La más grave conclusión de todo ello es que una cosa sería buena fe- o consecuencias de la buena fe- tal y como los juristas entienden esta idea y otra distinta lo que por buena fe entenderán las buenas gentes que utilizan únicamente el sentido común”<sup>66</sup>.

Sobre la *exceptio doli* como figura o instrumento contra la mala fe, en el derecho romano, la doctrina que vengo siguiendo ha establecido: “La protección general contra el ejercicio de mala fe se entronca históricamente con la figura de la *exceptio doli*. La *exceptio doli* fue el instrumento jurídico a través del cual los juristas romanos hicieron posible una aplicación de la *bona fides*, dotándola de una protección mayor y más eficaz y arbitrando los medios necesarios para una solución más equitativa de los problemas jurídicos. La *exceptio doli* es una medida de defensa del demandado frente a la actio ejercitada dolosamente que permite paralizarla precisamente a causa de la contravención de la buena fe que ella produce”<sup>67</sup>.

Así tenemos que: “Unos y otros coinciden en que la cláusula general es una norma jurídica positiva, esto es, un mandato general de la ley, dirigido al juez, que, consecuentemente, en el caso de reenvío a la “buena fe” o a los “usos del tráfico”, el juez ejecuta o cumple simplemente mediante un juicio lógico o subsunción”<sup>68</sup>.

Sobre la complejidad para aplicar la cláusula general de la buena fe se ha señalado con certeza que: “la buena fe y las buenas costumbres no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico”<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> DE LOS MOZOS. *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, cit., p.187.

<sup>66</sup> WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, p.18.

<sup>67</sup> WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit., p.20.

<sup>68</sup> WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit., p.32.

<sup>69</sup> WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit., p.37. “Como por primera vez subrayó F.V. Hippel, en las cláusulas generales nos hallamos ante directrices que como tales *per definitionem* remiten a su vez a una significación a encontrar, esto es, directrices referidas al caso y por tanto orientadoras, y no puntos fijos concretos (como intereses públicos o privados individualizados); de lo contrario el juez se comportaría como aquel perro del

En doctrina nacional también se desarrolla el análisis de la buena fe en las tratativas precontractuales y la aplicación de la responsabilidad civil precontractual, señalándose críticamente que: “Nada impediría poner en tela de juicio el valor comúnmente atribuido al artículo 1362 del Código Civil como disposición susceptible de ser invocada por los eventuales damnificados de la interrupción injustificada de los tratos previos al contrato, más aún si se considera la clamorosa vaguedad del texto”<sup>70</sup>.

La doctrina que vengo citando al referirse al caso alemán ha señalado que: “La buena fe constituye un principio, no sólo fundamental, sino caracterizador del derecho civil alemán: “acogida en el BGB para regular hipótesis que era imposible codificar legislativamente, por medio de una casuística minuciosa, la buena fe ocupa un puesto de relevancia entre los preceptos que tienen que ser permanentemente concretizados, y según las controversias y la índole que caracteriza a éstas. Y justamente por su naturaleza no definida, y por la finalidad de establecer con un criterio indiscutible la amplitud de su eficacia, ella se presta a legitimar demandas éticas y doctrinas heterogéneas, que subsume en su propio ámbito”<sup>71</sup>.

En el caso italiano se ha indicado que: “En Italia –como han referido, en su momento, Manuel de la Puente y Lavalle y José Juan Haro Seijas– se considera que la buena fe a la que se refiere la norma citada es la buena fe “objetiva”, es decir, la realización de un comportamiento con arreglo a la lealtad”<sup>72</sup>.

Sobre la diferencia entre la buena fe regulada en el artículo 168 del Código Civil (interpretación) y la regulada en el artículo 1362 del Código Civil (buena

---

que hablaba Rilke(en el serio tema de la exigencia religiosa) que mordía el dedo que le indicaba la meta antes de buscar esta última. La llamada cláusula general es una máxima de actuación justa que invita a orientarse en líneas de tendencia. Por ello, de forma hipercrítica, aunque no incorrecta, podría decirse: no es, en efecto, ninguna cláusula general, esto es, ninguna prescripción general”.

<sup>70</sup> LEÓN HILARIO, Leysser, “Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”, en *Themis*, N.º 49- Revista de Derecho, 2004, p. 130.

<sup>71</sup> LEÓN HILARIO, “Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”, cit., p. 130.

<sup>72</sup> LEÓN HILARIO, “Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”, cit., p. 142. “Y es que en el Código Civil peruano la expresión “buena fe” se emplea de manera tan irregular que resulta imposible identificar una clara perspectiva de nuestro legislador respecto de ella. Basta pensar en el tema de la interpretación del negocio jurídico. En una de las normas que regula esta materia, se habla de “principio” de la buena fe (artículo 168: “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”); y en la otra –la que aquí nos interesa– se habla de “reglas” de la buena fe (artículo 1362: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”).

fe aplicada al iter contractual) se ha señalado que: "Conforme al régimen del Código Civil peruano, entonces, se puede deducir, sin inconvenientes, que hay un único 'principio' de la buena fe (artículo 168), pero, al mismo tiempo, y en sentido contrario, que existen diversas 'reglas' de la buena fe (artículo 1362).

Para mayor confusión, la referencia al 'principio de la buena fe' se incluye en el libro dedicado a la regulación del negocio jurídico, lo cual significa, naturalmente, que dicho precepto es aplicable a la especie negocial por antonomasia, es decir, al contrato.

Aquí es imprescindible establecer que los artículos 168 y 1362 no tienen ninguna vinculación que vaya más allá del empleo de un mismo término.

En la primera de dichas normas se impone un criterio para la interpretación del negocio jurídico; en la segunda, se establece una regla de comportamiento que tiene que ser observada en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, al mismo tiempo que se eleva la buena fe a condición de fuente de integración del reglamento contractual"<sup>73</sup>.

Sobre la definición de buena fe se ha señalado refiriéndose a algunos artículos del c.c. que: "En la mayoría de las hipótesis previstas en nuestro Código Civil, la buena fe se identifica con la creencia que tiene una persona en la legitimidad de su conducta, o bien en el desconocimiento sobre el hecho de que su comportamiento puede generar perjuicios, o que los genera, concretamente, para un tercero.

Tales son, por ejemplo, los supuestos de la inoponibilidad de derechos a los terceros que adquieren, a título oneroso, un bien transferido por su titular aparente, que, a la larga, resulta involucrado en una causa por simulación (artículo 194); el del matrimonio invalidado, que produce, conforme a ley, los mismos efectos civiles que un matrimonio válido disuelto mediante divorcio, respecto de los cónyuges e hijos, si fue contraído de buena fe (artículo 284); o el de las normas aplicables en la concurrencia de acreedores de bienes muebles e inmuebles (artículos 1135 y 1136).

No hay que olvidar, de igual forma, lo dispuesto en el artículo 906, donde se señala que "la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia u error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título"<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> LEÓN HILARIO, "Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual", cit., pp. 142-143.

<sup>74</sup> LEÓN HILARIO, "Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual", cit., pp. 142-143.

En el lenguaje de los juristas italianos, tal es la buena fe en sentido “subjetivo”. En todos los casos recordados, entonces, la buena fe es entendida como “estado subjetivo de la conciencia [...], como convicción (errónea) de estar actuando conforme al derecho, como ignorancia de la lesión de un derecho ajeno, como confianza en una situación jurídica aparente (distinta de la real)”<sup>75</sup>.

Sobre la buena fe y sus diversas perspectivas se ha señalado: “(...) que hay dos aspectos que resultan incuestionables (i) que la regla de la buena fe restringe la búsqueda del interés propio, a un nivel que va más allá de las restricciones mínimas impuestas por el modelo clásico de contrato (el engaño, el fraude y la incorporación de presupuestos falsos); y que (ii) en la práctica, los jueces no pueden dejar de lado la exigencia de buena fe, viéndose forzados a incorporar dicho requisito a través de ficciones tales como la de ‘términos implícitos’ o, en el caso del ‘Mercader de Venecia’, de la sentencia que ordena a Antonio cumplir su contrato, entregando a Shylock una libra de su carne, aunque, ‘sin derramar una gota de sangre’”<sup>76</sup>.

La doctrina que vengo siguiendo conceptúa la buena fe de la siguiente manera: “(...) la buena fe se define a través de diversas expresiones: lealtad, confianza, comportamiento normal o usual, sinceridad, ingenuidad, ausencia de fines ulteriores, deber de asistencia y de colaboración, y razonabilidad. No todas las definiciones son, sin embargo, coincidentes porque, por ejemplo, el ‘deber de asistencia y fraternidad’, que solo es reconocido por un autor (Corfu), responde a una idea de contrato muy alejada del modelo clásico-confrontacional. Los demás autores, en cambio, no parecen llegar tan lejos, limitándose a señalar ciertos valores como la lealtad y la confianza que, a diferencia de la ‘asistencia y fraternidad’, sí son compatibles con algunas tendencias del modelo clásico de contrato, que toleran una exigencia moderada de buena fe. De otro lado, algunos textos citados aluden directamente a estándares comerciales (Díez Picazo y el CCU), mientras que otros (la mayoría) omiten pronunciarse sobre la necesidad de recurrir a modelos o paradigmas, manteniéndose de todas formas la duda de si la buena fe se ‘deduce’ de un estándar de conducta del ‘hombre honrado universal’ o de un estándar de conducta de ‘hombre honrado ubicado en una comunidad’”<sup>77</sup>. En ese sentido, añade que ninguna de las definiciones mencionadas señala la buena fe en las negociaciones de

<sup>75</sup> LEÓN HILARIO, “Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”, cit., pp. 144-145.

<sup>76</sup> ZUSMAN, Shoschana, “La buena fe contractual”, en *Themis* N.º 51, *Revista de Derecho*, 2005, p. 4.

<sup>77</sup> ZUSMAN, “La buena fe contractual”, cit., p. 5.

los contratos, como tampoco distingue la buena fe en la negociación y en el cumplimiento.

Sobre la equivalencia de la buena fe en las negociaciones y la buena fe en el cumplimiento, la autora sostiene que: "(...) la diferencia entre ambos órdenes de buena fe –la buena fe en la negociación y en el cumplimiento– es, por encima de todo, una diferencia de grado, pues, si bien, ambas suponen una auto-restricción en la búsqueda del propio interés, la presencia de la libertad contractual en la fase de negociación y no en la de cumplimiento, hace que el requerimiento de buena fe sea, en la primera fase, menos estricto que el que se exige en la segunda. Pero, además de ser distintos en su naturaleza y grado, los dos órdenes de buena fe son distintos en sus efectos, porque la mala fe en la ejecución puede llevar a la ineficacia del contrato, privando así al contratante deshonesto de beneficiarse del mismo, mientras que la mala fe en la negociación no podría –vis a vis– obligar a la parte deshonesto a celebrar el contrato, porque –ahí sí– la libertad de contratar se impone sobre la buena fe y solo procederá el reclamo de daños y perjuicios fundados en la culpa in contrahendo, cuya vía es, como se sabe, la responsabilidad extracontractual"<sup>78</sup>.

Por otro lado, cuál es el límite de la autorestricción impuesta por la buena fe. Con respecto a este punto, la autora menciona que la respuesta a esta problemática depende la posición que se tenga sobre la naturaleza del contrato. Según los partidarios de la tesis de la "repugnancia" consideran que proponer una visión altruista del contrato en base a la buena fe, atenta contra su naturaleza individualista y confrontacional. Sin embargo, en las comunidades se adoptan diversos paradigmas diferente en cada una. Por ejemplo, la autora menciona "como hemos señalado al referirnos al engaño, al regateo y a la usura, los modelos de honestidad, razonabilidad y lealtad de una plaza comercial –es decir, los requerimientos de buena fe– no necesariamente coinciden con los de otra. Y todo indica que hay un mayor grado de tolerancia frente a ciertas prácticas –"criolladas", que les dicen– en sociedades menos desarrolladas que en sociedades más desarrolladas, donde la "criollada" es, sencillamente, inadmisibles, entre otras razones, por el valor que se concede a la palabra dada"<sup>79</sup>. Es por ello que sostiene que la cultura de la confianza está relacionada al desarrollo de cada sociedad, "a más desarrollo, menos tolerancia a la mala fe y, a la inversa, a menos desarrollo, más tolerancia a la mala fe. Y eso tiene que ver con el grado de institucionalidad y, en particular, con sus respectivos sistemas judiciales: disuasivos los del mundo desarrollado y poco o nada disuasivos los del

<sup>78</sup> ZUSMAN, "La buena fe contractual", cit., p. 6.

<sup>79</sup> ZUSMAN, "La buena fe contractual", cit., p. 6.

mundo subdesarrollado”<sup>80</sup>. Así, se observa que la buena fe responde a un determinado modelo de comunidad y contrato. Citando a Adams y Brownsword, la autora menciona dos tendencias sobre la naturaleza del contrato, la buena fe como excepción y la buena fe como regla. La primera supone una tendencia del mercado ligado al liberalismo, la segunda, se adhiere a un modelo de cooperación de intervención estatal y protección al consumidor. A la primera, se le entiende como un estándar mínimo de conducta, a la segunda como el respeto de los legítimos intereses del otro.

Doctrina chilena ha señalado que: “El principio de la buena fe se nos presenta como una real fuente de derechos y obligaciones, ampliando el contenido del contrato, pues, tal como ya vimos, la buena fe, en su calidad de principio general del derecho y de acuerdo al sentido y tenor del artículo 1546, tiene una real potencialidad jurígena, esto es, se nos presenta como una norma dispositiva”<sup>81</sup>.

“Asimismo se ha fallado que los contratos deben ejecutarse de buena fe, sin apego a la letra rigurosa de ellos ni a un derecho estricto. No deben las partes asilarse en la literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, ha de dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Tampoco debe dejarse de atender a factores extraliterales que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley”<sup>82</sup>.

“Se concluye que la buena fe pasa a integrar el contrato, creando ciertos deberes de conducta que son plenamente exigibles por ambas partes del contrato. Estos deberes encuentran su fundamento en el hecho de que cada una de las partes, sea creadora o deudora, tiene la obligación de cooperar para lograr que se satisfaga el interés contenido en el contrato”<sup>83</sup>.

“La buena fe, en cuanto integradora de la obligación textualmente asumida con el contrato, impone al deudor el hacer no sólo aquello que ha prometido, sino todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida”<sup>84</sup>.

“Finalmente, cabe señalar que la buena fe impone una serie de deberes post-contractuales, que implican que las partes, después de la terminación de la relación contractual, omitan toda conducta mediante la cual la otra parte se vería despojada o vería esencialmente reducidas las ventajas

<sup>80</sup> ZUSMAN, “La buena fe contractual”, cit., p. 7.

<sup>81</sup> BOETSH, Cristián, *La buena fe contractual*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015, p. 94.

<sup>82</sup> RDJ, T.85, secc. 2º, p.9 en: Boetsh, Cristián, *La buena fe contractual*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015, p. 95.

<sup>83</sup> BOETSH, *La buena fe contractual*, cit., p. 96.

<sup>84</sup> BOETSH, *La buena fe contractual*, cit., p. 96.

ofrecidas por el contrato”<sup>85</sup>.

“Toda vulneración a las buenas costumbres en un contrato implicaría una infracción a la buena fe; por lo tanto, la buena fe, al tener tan especial vinculación con las buenas costumbres, pasaría a formar parte de este segundo límite a la autonomía de la voluntad, y manifestaría de este modo su función correctora”<sup>86</sup>.

### **Código civil italiano de 1942**

*“Art. 1256. La obligación se extingue cuando, por causa no imputable al deudor, la prestación se hace imposible.*

*Si la imposibilidad es sólo temporánea, el deudor, hasta que esta perdure, no es responsable del retraso en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede más considerarse obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene más interés en conseguirla.*

*Art. 1463. En los contratos con prestaciones correlativas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevinida de la prestación no puede pedir la contraprestación, y debe restituir aquella que haya recibido, según las normas relativas a la repetición de lo no debido”.*

### **Excesiva onerosidad de la prestación**

*“Art. 1467. En los contratos de ejecución continuada o periódica, así como de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se hace excesivamente onerosa por el verificarse de eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el art. 1458.*

La resolución no puede ser demandada si la sobrevenida onerosidad entra en el área normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

*Art. 1468. Contrato con obligaciones de una sola de las partes. - En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se tratara de un contrato en el que sólo una de las partes ha asumido obligacio-*

<sup>85</sup> BOETSH, *La buena fe contractual*, cit., p. 97.

<sup>86</sup> BOETSH, *La buena fe contractual*, cit., p. 100.

*nes, ésta puede pedir una reducción de su prestación, o bien una modificación en las modalidades de ejecución, que sean suficientes para reducirlas a la equidad*

*Art. 1469. Contrato aleatorio. - Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes”.*

Sobre la legislación italiana que nos sirve de referente es importante destacar que en el caso italiano la primera alternativa frente a una situación de desequilibrio contractual es la resolución del contrato y posteriormente si es que el demandado lo considera se puede ofrecer el cambio o la variación del contrato para de esta manera conservarlo. En el caso peruano, es al revés, como ya lo señalamos, en primer término, lo que se solicita al juez es la modificación del contrato y de no poderse conservar el contrato mediante su adecuación a la nueva situación el juez a solicitud del demandado podrá resolver el contrato. Nos parece más adecuada la regulación peruana pues agota la posibilidad de conservar el contrato mediante su adecuación a las nuevas circunstancias y deja como residual la posibilidad de su ineficacia. Claro que es mejor, aunque se peque por exceso, establecer legislativamente la imperatividad de la renegociación del contrato de manera extrajudicial para recién una vez que se han determinado infructuosas estas posibilidades de adecuación contractual recién se pueda acudir al órgano judicial o arbitral para discutir la adaptación del contrato o su eventual resolución. Lo aquí señalado sin dejar de mencionar las críticas que hemos realizado sobre la potestad que da el legislador al demandado acreedor para que solicite judicialmente la resolución del contrato.

Sobre la excesiva onerosidad y las fluctuaciones en el mercado se ha señalado: “En efecto, la excesiva onerosidad es concebida como una perturbación del equilibrio patrimonial entre las prestaciones. Así, se afirma que el parámetro objetivo para valorar la ocurrencia de la excesiva onerosidad está constituido por un agravio cuantitativamente importante del costo de la prestación (o del compromiso económico del deudor) perceptible al momento de la ejecución, que exceda la previsibilidad de las fluctuaciones en el valor relacionadas a la incertidumbre económica propio del tipo contractual (negocio realmente celebrado), a su vez conectada a la fluctuación ordinaria de mercado, o el mayor riesgo económico convencionalmente asumido con la previsión de cláusula específica”<sup>87</sup>.

Gabrielli acerca de la operación económica y la excesiva onerosidad en el caso italiano ha señalado: “La noción de excesiva onerosidad, que la doctrina

<sup>87</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 209.

ha tratado frecuentemente de encerrar en una definición omnicomprendiva del fenómeno y de sus variadas formas de manifestación, es en realidad un concepto elástico, cuyo contenido concreto debe ser puesto de vez en cuando a la evaluación del intérprete, porque, cual concepto de relación entre determinados parámetros normativos y el contenido del único y concreto contrato objeto de valoración, se especifica con respecto a cada caso individual y particular al contenido de la operación económica disciplinada del contrato<sup>88</sup>.

### **La resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación. La renegociación y el requerimiento al juez. El derecho italiano<sup>89</sup>**

Acerca de la excesiva onerosidad de la prestación como argumento para la resolución del contrato se ha señalado que “según la orientación contraria, y hoy prevalente, la excesiva onerosidad sobrevenida puede ser invocada solamente como fundamento de una demanda de resolución, de conformidad con el art. 1467 del c.c., y no como mera excepción para contrastar la demanda de cumplimiento de la otra parte, en la medida que se encuentre encaminada a conseguir un pronunciamiento exorbitante al mero rechazo de la demanda de cumplimiento<sup>90</sup>”. En este sentido también se ha dicho que puede ser una declaración de voluntad dirigida a la contraparte para la modificación del contrato con asunción de nuevas obligaciones, y al juez, en el caso de que aquel no acepte. Primero, entonces, se adoptaría el criterio de la renegociación o modificación voluntaria del contrato y en caso no acepte el beneficiado con la excesiva onerosidad recién se podría acudir al juez para que modifique o resuelva el contrato. Esa es la tendencia a la que arribaría el modelo italiano.

La formulación de la excesiva onerosidad de la prestación en el proceso y fuera del proceso. La imposibilidad del juez de plantear la resolución si es que la oferta de modificación del contrato es una mejor alternativa para llevar al contrato a la equidad.

<sup>88</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 211.

<sup>89</sup> Para la revisión de esta parte con mayor detalle permítaseme citar mi trabajo: Cieza Mora, Jairo, *La tutela resolutoria frente a la tutela resarcitoria*, algunos planteamientos a propósito de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N. 56, febrero, 2018, p. 75-135.

<sup>90</sup> GABRIELLI, Enrico, *Estudios sobre teoría general del contrato*, traducción de Rómulo Morales Hervias y Walter Vásquez Rebas, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 410.

La excesiva onerosidad de la prestación “podría útilmente adelantarse y operar incluso extrajudicialmente y obtener éxito aun independientemente de la resolución del juez. Su realización permanece en el plano negocial y no contrasta con el interés del propio actor que ha accionado en juicio, del cual puede importar la realización y la satisfacción manteniendo en vida el contrato en actuación del conocido principio de la conservación del contrato”<sup>91</sup>. Sobre la prevalencia de la oferta de la parte que invoca la excesiva onerosidad de la prestación y la modificación del contrato en equidad no existiría la posibilidad del órgano judicial para declarar la excesiva onerosidad en el propio proceso porque ya se ha llegado a una situación de equilibrio y equidad en la oferta planteada extrajudicialmente. En este sentido la doctrina que vengo siguiendo señala que “desde tal perspectiva se sostenía que si el actor (en rescisión o en resolución) acepta la oferta, el contrato resulta modificado, puesto que un nuevo contrato se sustituye al precedente, pero inclusive sino la acepta la ley dispone que el juez ya no puede pronunciar la rescisión siempre que la oferta sea suficiente para reconducir el contrato a equidad. Vale decir que el juez, a fin de pronunciar la rescisión, ya no puede juzgar la equidad del contrato según el contenido originario, sino según el contrato tal como resulta modificado por la oferta. Por lo tanto, si la oferta es equitativa basta por sí sola para modificar el contrato, de modo que si el juez reconoce la equidad debe rechazar la demanda de actor”<sup>92</sup>.

### **Teoría de la naturaleza procesal de la oferta de modificación del contrato. Es posible la modificación del contrato para evitar la rescisión o resolución.**

Esta teoría aplicable a la excesiva onerosidad de la prestación como presupuesto para modificar o extinguir el contrato señala que tal oferta tiene un contenido procesal pues “en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir a la equidad el contrato, evitando su rescisión o resolución; la iniciativa de la revisión queda entonces siempre remitida a la parte y el juez interviniente solo para actuarla como resultado del ejercicio de un derecho”<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> GABRIELLI, Enrico, *Estudios sobre teoría general del contrato*, (Rómulo Morales y Walter Vásquez, traductores, Lima, Jurista Editores, 2013, cit., p. 417.

<sup>92</sup> GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 418.

<sup>93</sup> De Martini, Angelo, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., p. 139; para la perspectiva procesal, v. también Mirabelli, Giuseppe, *La rescissione del contratto*, Nápoles, 1962, pp. 353 y ss. Citado por GABRIELLI, *Estudios sobre teoría general del contrato*, cit., p. 421.

En cuanto a la jurisprudencia italiana se ha indicado que “en la opinión de los Tribunales, la oferta tiene naturaleza procesal. (...) El recorrido interpretativo, suscrito a decir verdad por un hecho concreto (fattispecie) en materia de rescisión, parte de una consideración de la letra empleada por la norma (que, en realidad, ya sea en materia de rescisión: art. 1450 c.c., ya sea en materia de resolución: art. 1467, inciso 3 c.c., es idéntica en la formulación) ‘puede evitar la rescisión’ para deducir de ello que la ley confiere a la parte ‘el poder de evitar la rescisión del contrato a través de una modificación suficiente para reconducirlo a equidad. Y si se trata de un poder la contraparte se encuentra, frente a este, en situación de sujeción, en la situación de necesidad de sufrir la modificación del contrato, con el consiguiente impedimento de la rescisión. (...) “En la interpretación de la norma del art. 1450 c.c., debe darse importancia esencial a la proporción principal de la frase, ‘puede evitar la rescisión’, es decir al poder; mientras que la otra proposición conexas y subordinada —‘ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reconducirlo a equidad’— viene a significar, en otros términos, que la parte debe ejercer el poder declarando estar dispuesta a asumir aquellas prestaciones más onerosas que sean suficientes para reconducir el contrato a la equidad”<sup>94</sup>. Se aprecia que la casuística o la doctrina procesal italiana argumenta que la oferta para modificar el contrato basándose en los cambios producidos que hacen onerosa la prestación, tiene naturaleza procesal y no sustantiva por lo que es necesario establecer un diálogo entre la doctrina sustancial y la adjetiva. En ese sentido se ha señalado que “en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir el contrato a la equidad, evitando su resolución. La iniciativa de la revisión queda entonces siempre asignada a la parte y el juez interviene solo para efectivizarla como resultado de ejercicio de un derecho”<sup>95</sup>.

## La *reductio* como mecanismo para que el juez modifique el contrato

Otro aspecto importante en donde el juez cobra mayor protagonismo es la llamada *reductio* que “en el plano de la valoración y solución del conflicto de los intereses contrapuestos el legislador, en tutela del interés del demandado en no perder la contraprestación, ha querido atribuir al juez el

<sup>94</sup> GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 421.

<sup>95</sup> GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 423.

poder de modificar el contrato a través del procedimiento de la reductio<sup>96</sup>. Así “en presencia de una oferta genérica, el juez se convierte entonces en un mediador de intereses particularmente calificado, en la medida que no interviene sobre el contrato, integrando su contenido, sino que interviene en aras de la salvación y composición del conflicto de intereses regulados en el contrato<sup>97</sup>.”

## La equidad como equilibrio entre las prestaciones

Sobre la equidad, aplicada a la modificación de los términos contractuales, en posición que comparto se ha señalado, lo siguiente:

“El término equidad empleado por la norma podría en efecto inducir a pensar que en este caso el juez opera mediante el recurso a la equidad integradora; de modo que resulta necesario precisar cuál es la reglamentación de los poderes que el legislador ha querido atribuir al intérprete con la referencia a tal concepto. El art. 1467 (al igual que la análoga disposición a que se refiere el art. 1450) c.c., se refiere a la equidad como un criterio técnico y no atribuye al órgano judicante ningún tipo de discrecionalidad, de modo que en el hecho jurídico hipotético (*fattispecie*) no es posible hallar un verdadero y propio juicio de equidad, ni menos aún una hipótesis de equidad integradora, puesto que el término en este caso no significa ‘justicia en relación al caso concreto, sino equilibrio entre las prestaciones’<sup>98</sup>.”

Además de lo indicado consideramos que se puede utilizar la cláusula general normativa de la buena fe para comprender y aplicar la excesiva onerosidad de la prestación. La base para utilizar la buena fe y su enorme incidencia en materia contractual podemos tomarla de nuestro artículo 1362 de nuestro cc. que establece que “Los contratos deben negociarse,

<sup>96</sup> GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429.

<sup>97</sup> GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429.

<sup>98</sup> SANTORO PASSARELLI, Franceso, *La transazione*, 2.ª ed., Nápoles, 1975, p. 60, también CONSTANZA, María, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo bona fede*, Milán, 1989, p. 139 y ss; Sacco, Rodolfo, *Il contratto*, cit., t. 2, p. 721. Citado por GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429. “En la lectura de la Corte Suprema las condiciones del contrato deben ser restituidas a una “justa relación de intercambio, con las consecuencias de que la contraprestación debe ser equiparada, en cuanto sea posible, a los valores de mercado, de modo que sea eliminado el desequilibrio económico y las prestaciones sean reconducidas a una plena equivalencia objetiva” (Cass., 9 de octubre de 1989, n. 4023, *Giurisprudenza italiana*, Turin, 1990, núm. 1, parte 1, p. 994, con nota de Sica)”. GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429.

celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Chamie ha señalado que la buena fe “cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y por ende la equidad en el intercambio, al momento de la celebración y también durante la ejecución”<sup>99</sup>. Entonces, advertimos que la buena fe tiene la misión de mantener el equilibrio contractual en ambas etapas antes mencionadas del contrato; es decir, desde el inicio del contrato y durante la ejecución de este.

## El desequilibrio inicial y el sobrevenido

En el acápite anterior hablamos del desequilibrio de las prestaciones como presupuesto para la modificación de los términos o del programa contractual. Efectivamente consideramos necesario ahondar en esta materia que ha tenido poco desarrollo en nuestro país y que permite advertir un cambio o variación en los aspectos contractuales o inclusive puede llegarse a la extinción de los efectos del contrato. Existen varias maneras o formas en que el programa contractual pueda modificarse o resolverse el contrato, y estas formas o mejor dicho situaciones que inciden en el programa del contrato pueden manifestarse al inicio o durante la ejecución contractual. Con acierto se ha señalado que “(...) durante la ejecución (del contrato) presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobreviniencia contractual, y, en especial, los criterios para la adaptación de los llamados contratos de duración. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso”<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> CHAMIE, “Equilibrio contractual y el deber de revisión del contrato”, cit., p. 114.

<sup>100</sup> CHAMIE, José, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, en *Revista de Derecho Privado*, (14), Colombia, 2008, pp.113-114. “Al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (*equality in the exchange*) (...)”. CHAMIE, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, art. cit., p. 114. “Por otra parte, la obligación contractual, como *vinculum iuris*, implica una relación de cooperación entre las partes, que está basada en la buena fe y la equidad (...). Ello (...) explica, durante la ejecución del contrato, la conducta del deudor dirigida a la satisfacción del acreedor, y la conducta de este, basada igualmente en la cooperación, encaminada a facilitar a aquel el cumplimiento, además a comportarse lealmente en caso de incumplimiento, o de no cumplimiento, e incluso de dificultad en el cumplimiento o de ruptura de la paridad a causa de circunstancias externas a la relación obligacional”. CHAMIE, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, cit., p. 115.

## Código Civil francés y la cláusula general normativa de la buena fe

"Art. 1302. Cuando el cuerpo cierto y determinado de que era objeto la obligación perece, queda fuera de comercio, o se pierde de modo que se ignora en absoluto su existencia, queda extinguida la obligación si la cosa feneció o ha sido perdida sin culpa del deudor".

### Excesiva onerosidad de la prestación

*"Art. 1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.*

*"Art. 1195. Si un cambio imprevisible de circunstancias al concluir el contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no acordó asumir el riesgo del mismo, este último puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte. Ella continúa cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación.*

*En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la terminación del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o solicitar al juez de común acuerdo que proceda con su adaptación. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar o resolver el contrato, en la fecha y en las condiciones que fije".*

Debe indicarse que diversos casos de la jurisprudencia civil francesa señalaban, con base en los **principios de lealtad y buena fe**, un "deber de renegociar un contrato desequilibrado por una modificación imprevista de circunstancias económicas" (Cabrillac, 2015, p. 839); no obstante, la decisión final que se derivó del caso **Canal de Craponne** ha sido reafirmada por los tribunales franceses<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 215.

En La historia de los proyectos franceses sobre la materia se debe seguir tomando como referencia el *El Avant Project Terré*, y *El Avant Projetct de Chancellerie*.

Finalmente, los efectos de la ocurrencia del cambio de circunstancia imprevisible presentan los siguientes escenarios:

*"En primer lugar, una vez se presente una situación de excesiva onerosidad, la parte afectada puede solicitar la renegociación del contrato, por lo que se evidencia que no se ha previsto un deber de renegociar el contrato. En caso las partes no logren un acuerdo en la renegociación o la solicitud de renegociación es rechazada por la contraparte, existen dos opciones: la terminación del contrato por mutuo acuerdo o solicitarle al juez su adaptación. En caso de ausencia de un acuerdo de terminación del contrato, en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de parte, adaptar (modificar) el contrato o resolverlo".*

Con esta nueva regulación, la solución frente al desequilibrio en los contratos privados a causa de circunstancias imprevisibles se aparta de la decisión del caso *Canal de Craponne*, permitiendo ahora la flexibilización de dichos contratos como sucede en el campo del Derecho Administrativo<sup>102</sup>. Coincido con esta apreciación con una sola atinencia: En el supuesto que las partes no lleguen a un acuerdo (cualquiera que fuese, el derivado de la renegociación o el de resolución del contrato) se podrá solicitar al juez (por una sola de las partes) que decida si adapta el contrato o lo resuelve. Nótese que el autor citado se refiere a que el juez podrá actuar en caso de "ausencia de un acuerdo de terminación del contrato". Consideramos que no solamente en este supuesto quedará expedita la potestad de una parte para solicitar al juez su decisión sino también en el caso de ausencia de decisión de las partes de modificar el contrato.

## **ABGB austriaco**

Excesiva onerosidad de la prestación

§ 936. "La convención de querer concluir posteriormente un contrato es obligatoria entonces solamente cuando se haya establecido tanto el tiempo para concluirlo, cuanto los puntos esenciales del mismo, y además que en el intervalo no hayan cambiado las circunstancias de tal manera que falte el fin expresamente determinado o aparente de las circunstancias, o cese la confianza de una y otra parte..."

<sup>102</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 218.

## BGB alemán de 1900

### § 275. Exclusión del deber de prestación

- (1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona.
- (2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación.
- (3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida.

### § 313. Alteración de la base del negocio

Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos.

- (3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia.

## El *hardship* y las circunstancias fuera del contrato

Sobre la legislación alemana se ha señalado que: "Esto permite cerrar la brecha mediante el propio contrato. Por lo tanto, si las circunstancias han sido parte del contrato, el concepto de *Geschäftsgrundlage* no es aplicable.

La doctrina contractual del *hardship* codificada en el § 313 *BGB* se refiere a circunstancias fuera del contrato real<sup>103</sup>. En este caso la legislación tedesca es clara, si las circunstancias que se aducen como elementos para la adaptación o resolución fueron, desde siempre, parte del contrato, entonces no es factible la adaptación o culminación del vínculo. Tenemos que el *álea* del contrato abarcaba las circunstancias que ahora se invocan para variarlo y esto no puede ser ni equitativo ni justo, pues la llamada parte afectada conocía desde el principio de estas circunstancias y no puede aducir desequilibrio contractual. La parte “perjudicada” tendrá, entonces, que asumir voluntariamente el riesgo inherente al contrato que no le era desconocido. Pensar de distinta manera es no tomar en cuenta la aplicación del principio de la buena fe contractual.

### Aplicación del *frustation of purpose* en el caso alemán

Con detalle se ha descrito sobre las influencias de la legislación alemana: “Conforme lo desarrollado, es posible advertir que la teoría de la imprevisión del modelo alemán adoptó en su § 313 no solo a la excesiva onerosidad vista en el modelo italiano, es decir, aquella situación donde el costo del cumplimiento de la prestación aumenta de tal forma que es difícil ejecutarla, sino además, entre otras, tiene en consideración la *frustration of purpose* americana, el *common mistake* inglés y la disminución del valor de la contraprestación como supuestos de *Störung der Geschäftsgrundlage*. En otras palabras, podemos señalar que el modelo alemán comprende una excesiva onerosidad en sentido amplio, el cual comprende supuestos del *common law*. Asimismo, el remedio frente a estas circunstancias es la solicitud de adaptación del contrato y en caso esto no ocurra, la parte perjudicada podrá resolver el contrato. Finalmente, no debe dejar de señalarse que la aplicación de la teoría *Geschäfts- grundlage* del § 313 del *BGB* es supletoria<sup>104</sup>.

Vemos, pues la trascendencia del derecho comparado para comprender la consolidación del parágrafo 313 alemán. La influencia no solamente italiana que hemos descrito precedentemente sino también el conocimiento del sistema anglosajón y en particular la tesis del *frustration of purpose* comentada párrafos arriba. Como se sabe la alteración de la base del negocio es la teoría que evidentemente se ha internalizado en el codificador alemán y la variación o cambio de las circunstancias permiten a la parte afectada

<sup>103</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 213.

<sup>104</sup> CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 214.

con esa alteración solicitar la adecuación o la culminación del vínculo. Con razón se ha señalado por la doctrina citada que estamos ante una norma supletoria y no imperativa por lo tanto las partes en virtud a la autonomía privada puede establecer que una de ellas asuma el riesgo de la alteración de la base negocial.

Asimismo, sobre el *hardship* hemos señalado que: “En el Derecho alemán, “el § 275 (2) BGB (arriba glosado) sirve de fundamento legal al límite en estudio. Así, a tenor de esta norma, el deudor puede oponerse al cumplimiento específico en la medida en que le exija un gasto o esfuerzo que, habida cuenta del objeto de la obligación y de las exigencias de la buena fe, resulte manifiestamente desproporcionado con respecto al interés del acreedor en el cumplimiento”<sup>105</sup>.

Sobre la grave desproporción que el *hardship* genera: “el § 275 (2) BGB cubre situaciones de grave desproporción entre los intereses en conflicto; y en particular, entre el beneficio obtenido por el acreedor como consecuencia del cumplimiento específico y el perjuicio que este inflige al deudor”<sup>106</sup>. Tampoco se puede alegar en este marco normativo el llamado incumplimiento eficiente del contrato ya que “(...) por último, la norma del § 275 (2) BGB no comprende los casos en que existe un negocio alternativo más ventajoso para la parte incumplidora; esto es, no puede alegarse para su aplicación la teoría del incumplimiento eficiente”<sup>107</sup>.

### Código Civil español de 1889<sup>108</sup>

“Art. 1.182. Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”.

*Art. 1.183. Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.096”.*

<sup>105</sup> PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 94.

<sup>106</sup> PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 95.

<sup>107</sup> Desde un punto de vista procesal se ha dicho: “Por último, en sede ya de ejecución forzosa, el § 765a (1) de la ley de ritos (ZPO) autoriza al tribunal, a instancia del deudor ejecutado, para revocar o suspender, completamente o en parte, una medida de ejecución, si teniendo en cuenta el interés del acreedor, la medida supone una excesiva onerosidad, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso”. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento*, cit., p. 95.

<sup>108</sup> Debo señalar que para la transcripción de algunos de los artículos de los códigos civiles vigentes y sus antecedentes nos hemos valido de la sistematización que para sus clases ha realizado el Dr. Rómulo Morales Hervias y que contiene información relevante en materia legislativa sobre excesiva onerosidad de la prestación.

*Art. 1.184. También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.*

**"ARTÍCULO 1575**

*El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.*

*Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, **peste**, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever”. (resaltado nuestro)*

Como podemos apreciar este artículo nos habla de la peste, situación que nos hace recordar el motivo de la redacción del presente trabajo. El COVID-19 no es una peste en sentido estricto, pero es una pandemia que tiene los mismos y hasta mayores estragos que la peste en el sentido tradicional del término, recordando la peste bubónica o a la peste que sirvió de título y contenido a ese gran libro de Albert Camus. El artículo español también nos habla de un caso fortuito ordinario (en donde no habrá lugar a disminución de renta) y otro extraordinario en donde si habría lugar a reducción de la renta. Por supuesto en base a la autonomía privada admite pacto en contrario.

Es interesante resaltar que “(...) En España la restricción basada en la existencia de una onerosidad exorbitante para el deudor solo encuentra fundamento legal en el art. 7 CC, que consagra como límites generales del ejercicio de todo derecho subjetivo **la buena fe y el abuso del derecho**”<sup>109</sup>. (El resaltado nuestro).

Como se puede apreciar el Derecho español toma como sustento para justificar la excesiva onerosidad de la prestación no regulada dos cláusulas generales normativas como la buena fe y el abuso del derecho. Esto implica tener en cuenta que no necesariamente tenemos que tener que regular de manera expresa una institución para actuar con equidad frente a situaciones de desequilibrio, sino que basta la existencia de cláusulas abiertas para una atenta jurisprudencia pueda llenarlas de contenido aplicando remedios que no permitan la arbitrariedad o el abuso.

De igual forma en “la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos contiene una regulación en la línea del

<sup>109</sup> PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 96.

derecho comparado y, como veremos, de los textos de Derecho uniforme. En su art. 1.192.11.2º se recoge como límite a la tutela específica los casos en que 'el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, resulten excesivamente onerosos para el deudor'<sup>110</sup>. En el caso español "(...) el segundo ejemplo está representado por la STS 2 julio 1998, en la que el alto tribunal afirma que 'es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado'; 'el presente recurso es de los típicos casos, en que una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar'. En ambos casos la indemnización es el cauce para la satisfacción del interés del acreedor"<sup>111</sup>.

Se puede ver que cuando existe una situación perjudicial y absolutamente desproporcionada para el deudor, como en el caso del *common law*, es preferible y pertinente el resarcimiento por los daños y perjuicios, pues sería irrazonable exigir la prestación específica al deudor, en desproporcionado beneficio del acreedor, con lo cual se está vulnerando el principio de la buena fe y en concreto se estaría perpetrando un evidente abuso del derecho comprendido como la contradicción entre un derecho subjetivo (el del acreedor) versus un legítimo interés.

### Código Civil portugués de 1966

"Art. 282. Negocios usurarios.

1. Es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.
2. Queda a salvo el régimen especial establecido en los artículos 559-A".

"Art. 283. Modificación de los negocios usurarios.

1. En lugar de la anulación, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según los juicios de equidad.
2. Requerida la anulación, la parte contraria tiene la facultad de oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del numeral anterior".

<sup>110</sup> PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 97.

<sup>111</sup> Vid. A. M. MORALES MORENO, "Pretensión de cumplimiento..." *op. cit.*, pp. 68-70; y en L. Díez Picazo, E. Roca TRÍAS y A. M. MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 341-342. Citado por PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento*, cit., p. 97.

Nos interrogamos ¿Cuándo estaremos frente a una debilidad de carácter o ante una ligereza de la parte perjudicada? Aquí habrá, de seguro, una dificultad para aplicar causuísticamente la figura de la excesiva onerosidad, por lo ambiguo e interpretable de estas características previstas en el código mencionado.

### **Código Civil chileno de 1855**

"Art. 1547 inc. 2 C.c. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

### **Código Civil argentino de 1868 (antecedente histórico):**

#### Caso Fortuito

"Art. 513. El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o este hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor".

"Art. 514. Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse".

#### Excesiva onerosidad de la prestación (antecedente histórico)

"Art. 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato".

### **Código Civil Argentino de 2015**

"Art. 1091

#### *Imprevisión*

*Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente*

*onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.*

Vemos cómo el Código Civil argentino recoge la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, así como se refiere a la alteración del equilibrio contractual por el surgimiento de causas sobrevinientes a la celebración del contrato y que sean no imputables a las partes o cuyo riesgo no haya sido asumido por la parte perjudicada por la variación de circunstancias. Señala, considero que con razón, que la parte perjudicada con la excesiva onerosidad puede, en primer lugar, plantear extrajudicialmente la resolución del contrato o su adecuación a las nuevas circunstancias. También deja abierta la alternativa de plantear judicialmente esta resolución o adaptación a un nuevo equilibrio contractual. Esta pretensión judicial (o arbitral) puede ser propuesta también como excepción, es decir, al momento de contestar la demanda en que una de las partes (acreedor) plantee el cumplimiento de la prestación específica. Lo novedoso en el caso del código comentado es que incorpora al tercero, que eventualmente podría resultar perjudicado con la excesiva onerosidad de la prestación que se haya originado para él por derechos u obligaciones resultantes del contrato entre las partes. De la misma manera, incorpora al contrato aleatorio como pasible de ser restituido al equilibrio si las circunstancias nuevas exceden o desbordan el álea del contrato perjudicando excesivamente a una de las partes.

### **Código Civil mexicano para el D.F. de 1928**

#### **Caso Fortuito**

*"Art. 2.111. Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa y contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone”.*

*"Art. 2455. El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios.*

*Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever.*

*En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas.*

*Las disposiciones de este artículo no son renunciables". (resaltado nuestro)*

Como se puede apreciar este artículo del Código Civil mexicano tiene una innegable influencia del Código Civil español. Repite, por ejemplo, como caso fortuito extraordinario, a la peste a la que nos referimos líneas arriba.

### **Código Civil de Cuba**

Excesiva onerosidad de la prestación

#### **SECCIÓN SEXTA**

##### *Rescisión*

*"Art. 80. Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida".*

### **Código de Comercio de Colombia de 1971**

*"Art. 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

*El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*

*Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios no a los de ejecución instantánea".*

### **Código Civil boliviano de 1975**

*"Art. 379. La obligación se extingue cuando la prestación se hace imposible definitivamente por una causa no imputable al deudor".*

*"Art. 577. En los contratos con prestaciones recíprocas la parte liberada de su prestación por imposibilidad sobreviniente no puede pedir la contraprestación de la otra y deberá restituir lo que hubiera recibido. Las partes pueden sin embargo convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor".*

Excesiva onerosidad de la prestación

*"Art. 581. I. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.*

*II. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.*

*Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato.*

*El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas".*

*"Art. 582. En la hipótesis prevista en el artículo anterior, y cuando se trata de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.*

*En los contratos de ejecución continuada los efectos no alcanzarán a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el perjudicado hubiere obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".*

El Código Civil boliviano incorpora también la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación para los contratos con prestación unilateral en donde la única parte que cumplirá la prestación puede verse ante una situación sobrevenida que haga excesivamente onerosa esa prestación o que la perjudique irrazonablemente. Bien plantea el código comentado que en estos casos se debe reducir la prestación utilizando criterios de equidad. Lo contrario no sería adecuado y correspondería también a una contravención a las cláusulas generales de buena fe e impedimento del abuso del derecho.

### Código Civil brasileiro de 2002

"Art. 393. O devedor nao responde pelos prejuízios resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente nao se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos nao era possível evitar ou impedir".

*"Art. 478. Nos contratos de execucao continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato..."*

*"Art. 479. "A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a odificar eqüitativamente as condições do contrato".*

*Art. 480 C.c. brasileiro. "Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear quae a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva".*

**ARTÍCULO 478.** *En los contratos de ejecución continua o diferida, si el desempeño de una de las partes se vuelve excesivamente oneroso, con una ventaja extrema para la otra, debido a eventos extraordinarios e impredecibles, el deudor puede solicitar la terminación del contrato. Los efectos de la sentencia a decretar serán retroactivos a la fecha de la citación.*

**ARTÍCULO 479.**

*Se puede evitar la resolución ofreciendo al demandado que modifique equitativamente los términos del contrato.*

**ARTÍCULO 480.**

Si en el contrato las obligaciones recaen en una sola de las partes, puede reclamar que su desempeño se reduce o la forma de hacerlo cambia, para evitar costos excesivos.

Aspecto interesante del código brasileiro es que se puede pretender en la demanda de resolución de contrato por excesiva onerosidad de la prestación, que el demandado tenga la posibilidad de modificar el contrato o adecuarlo para, de esta manera, cumplir con las prestaciones, pero restituyendo la situación a equidad. De esta manera se conservaría el contrato, pero con la adecuación a las circunstancias sobrevenidas.

### Código Civil de Paraguay

"Art.672. *En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.*

*La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevinida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.*

*El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.*

*Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo".*

### Código Civil de Uruguay

"Art. 1708. *Si al tiempo de la evicción se viere que había aumentado el valor de la cosa vendida, sin que haya tenido parte en ello el comprador, está obligado el vendedor a pagarle aquel tanto que importa más sobre el precio de la venta.*

*Sin embargo, en esta disposición no se comprende el caso en que el aumento de valor nazca de **circunstancias imprevistas y extraordinarias**, como la apertura de un canal, el establecimiento de un pueblo, etc". (resaltado nuestro)*

### Principios Unidroit

"Art. 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)

*Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (hardship)".*

"Art. 6.2.2 (Definición de la "excesiva onerosidad" (hardship))

*Hay "excesiva onerosidad" (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:*

*(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*

*(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*

- (c) los eventos escapen al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

"Art. 6.2.3. (efectos de la 'excesiva onerosidad' (hardship))

1) En caso de 'excesiva onerosidad' (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de 'excesiva onerosidad' (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

b) adaptar el contrato con miras a restablecer el equilibrio”.

"Art. 7.1.7(1). (1) La parte incumplida se exonera de responsabilidad si prueba que el incumplimiento se debió a un impedimento derivado de circunstancias extrañas a su esfera de control y que no estaba razonablemente llamada a prever tal impedimento al momento de la conclusión del contrato o a evitar o superar el impedimento mismo o sus consecuencias”.

Me parece uno de los referentes normativos más adecuados a la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación, pues de una parte invoca a las partes a renegociar (creo que es el término correcto)<sup>112</sup> el contrato por las circunstancias que han alterado el equilibrio contractual y, de otro lado, al no llegarse a un acuerdo en un plazo razonable permite al juez dos alternativas: la adecuación del contrato a la equidad o la resolución del contrato como última *ratio*. Considero que los jueces o los árbitros deben tener presente como referente normativo en sus sentencias o laudos estos principios para lograr una mayor eficiencia y al mismo tiempo equidad en sus decisiones.

De otro lado, en el marco regulatorio de “los Principios *Unidroit*, las letras h) y c) del art. 7.2.2 responden también al mismo criterio de eficiencia económica, limitando el remedio específico cuando: 'b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa; c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía’<sup>113</sup> (resaltado nuestro).

<sup>112</sup> En contra, CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit.

<sup>113</sup> Sienta el precedente la sentencia del caso *Rynit v. Mutual Tontine Westminster Chambers*

## Proyecto Lando

### "Art. 9:503: Previsibilidad

*La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente".*

### "Art. 6:111: Cambio de circunstancias

*(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

*(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:*

*(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.*

*(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.*

---

Assoc. (1893), donde el tribunal denegó la tutela específica en un contrato de prestación de servicios de portería en un edificio de apartamentos, debido a que la ejecución de la medida requería *"that constant superintendence by the court, which the court in Midi cases has always declined to give"*. La regla se exportó al Derecho estadounidense [*Restatement Second of Contracts* § 366; *Lorch Inc v. Besseuter Malí Shopping Center Inc* (1975)]. Sin embargo, el alcance de la restricción es controvertido y ha sido cuestionado por algunos tribunales, que han otorgado el cumplimiento específico en contratos de tracto sucesivo como el de construcción de obra inmueble [*Storer v. GW ry* (1842)' *Kennard v. Cory Bros & Co* (1922); *Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Lid* (1999)], o en ocasiones, en un contrato prestación de servicios [*Giles Co v. Morris* (1972)]. Un sector de la doctrina ha criticado también este límite por estimar que su base es ilusoria, en tanto que las dificultades prácticas invocadas por los jueces están sobreestimadas; e ilegítima, ya que el coste de la puesta en práctica de un remedio no es justo motivo para limitar su disponibilidad. Los argumentos a favor y en contra de la aplicación de este límite se ilustran con el caso *Cooperative Insurance v. Argyll Stores (Hol dings) Ltd.* (1998). PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento*, cit., p.100. "(...) El hecho de que con la medida se infligía al deudor un daño mayor que el beneficio que obtendría el acreedor del incumplimiento; el rigor de la consecuencia que deriva del incumplimiento de la orden de cumplimiento específico: *contempt of court*; además de la contravención al interés público-económico que supone obligar a alguien a que continúe un negocio que produce pérdidas, cuando existe la alternativa plausible de la indemnización de daños para compensar a la otra parte, etc". PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento*, cit., p. 101.

*(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.*

*(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:*

*(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.*

*(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.*

*En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”.*

Puedo resaltar de este proyecto que ha sido referente obligatorio en el Derecho continental, que prevé la renegociación del contrato (así no lo señale explícitamente) para que las partes puedan conservar el contrato y poniéndose de acuerdo se proceda a la adecuación del contrato a las nuevas circunstancias. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en plazo razonable (aquí el criterio del juzgador es importante) el juzgador o árbitro (se entiende a pedido de una de las partes) podrá tener la posibilidad de resolver el contrato y extinguirlo o podrá adaptar el programa contractual a la situación sobrevenida. Es decir, resolverá en equidad de acuerdo a su criterio luego que haya internalizado las posiciones de las partes y haya comprendido el contexto o las circunstancias que sobrevinieron a la ejecución contractual.

### **Proyecto de Pavia**

*"Art. 97. Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas*

*1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor —como lo prevé el artículo 157— el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe, no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).*

*2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato”.*

*"Art. 157. Renegociación del contrato*

*1. Si concurren acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97.1, la parte que pretende prevalerse de la facultad prevista en esta norma debe dirigir a la contraparte una declaración con las indicaciones necesarias y precisar, además -bajo pena de nulidad del requerimiento- qué otras condiciones proponen para mantener la eficacia del contrato en cuestión. A esta declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.*

*2. Con el fin de que las partes puedan resolver extrajudicialmente la cuestión, no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido seis meses a contar desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.*

*3. Si concurre el supuesto previsto en el apartado 1, la contraparte puede interpelar a la parte cualificada para ejercer la facultad aquí prevista, al objeto de que declare en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la renegociación del contrato. Se entiende a todos los efectos que el sujeto en cuestión renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar el requerimiento. A dicha declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.*

*4. Si las partes no llegan a un acuerdo en el plazo del apartado 2, el sujeto legitimado debe, en un plazo de caducidad de 60 días, plantear su demanda ante el juez según las reglas procesales aplicables en el lugar en el que el contrato ha sido cumplido.*

*5. El juez, tras evaluar las circunstancias y teniendo en cuenta los intereses y solicitudes de las partes, puede, recurriendo eventualmente a prueba pericial, modificar o resolver el contrato en su conjunto o en su parte incumplida, y, si procede y ha sido solicitado, ordenar las restituciones y condenar a la reparación del daño”.*

En este caso se presenta una regulación más exhaustiva en cuanto a la etapa extrajudicial, en la que se aplican plazos que se computan desde el momento de la declaración de la parte que solicita la renegociación del contrato por las circunstancias sobrevenidas. También el proyecto establece un plazo de caducidad para acudir al juez y solicitar la adecuación del contrato

o eventualmente su resolución. El juez tendrá que resolver en equidad de acuerdo a la situación actual y a las posiciones de las partes.

### **Proyecto Catala (Sirvió de base para la modificación del Código Civil francés)**

*"Art. 1135 -1. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, las partes pueden comprometerse a negociar una modificación de su convención en el caso de que, por efecto de las circunstancias, sea alterado el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas, al punto de que el contrato pierda todo interés para una de ellas".*

*"Art. 1135 -2. A falta de esa cláusula, la parte que pierda interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia, que ordene una nueva negociación".*

*"Art. 1135 -3. Llegado el caso, en esas negociaciones se procederá como se indica en el capítulo i del presente título.*

*Ante su fracaso, exceptuado el caso de mala fe, se abrirá para cada parte la posibilidad de terminar (résilier) el contrato sin expensas ni perjuicios".*

Este proyecto deja a la voluntad de las partes la posibilidad de renegociar el contrato ante una alteración de circunstancias, si es que así lo han regulado en su programa contractual. Si no lo han hecho la parte perjudicada acudirá al Tribunal para que este ordene una renegociación del contrato.

### **Legislación del derecho comunitario europeo**

*Los principios de derecho contractual europeo*

*"Art. 6:111: Cambio de circunstancias*

*1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

*2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:*

*a. Dicho cambio de circunstancias haya sucedido en un momento posterior a la conclusión del contrato.*

*b. En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.*

*c. A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.*

*3. Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:*

*a. Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.*

*b. O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.*

*En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”.*

Estos principios de derecho contractual europeo establecen la **obligación** (no es una facultad o un derecho potestativo, es la obligación) de negociar la adaptación del contrato. Se ha señalado que esta obligación contraviene la autonomía privada y que no es necesario incluir como obligación algo que corresponde a la estricta libertad contractual. El argumento por el que no debería regularse la obligación de renegociar es que las partes son libres en todo momento de establecer una renegociación del contrato, una variación del mismo, y sería erróneo impeler a las partes a hacer algo que ellas, por la sola autonomía privada, pueden hacer. Si bien es cierto este argumento me parece atendible, no veo problema, es más creo que sería más eficiente que las partes traten en todo momento de conservar el contrato y adaptarlo a las circunstancias antes de acudir al juez o al árbitro. Este precepto que obliga a la renegociación del contrato permitiría que las partes, actuando de buena fe y sin abusar de su derecho, puedan obtener una salida más beneficiosa para ambas y mitigaría el riesgo de un aprovechamiento indebido de la parte más beneficiada con el cambio de circunstancias.

## **Ley de contrataciones peruana y su reglamento**

Si bien es cierto la ley de contrataciones del Estado y su reglamento es una norma de Derecho Público y no de Derecho Privado, he considerado pertinente transcribirla porque estas normas se refieren al **equilibrio económico financiero**, que tiene un sustento análogo al que hemos apreciado en el derecho de contratos. Si bien es cierto que la contratación pública es un escenario diferente al que hemos venido tratando, nótese que la lógica para la adecuación del contrato, o para las modificaciones, adicionales y

ampliaciones del mismo tienen como base la figura de la excesiva onerosidad de la prestación del derecho civil, máxime cuando el criterio adoptado por el legislador es adecuar el contrato a la equidad.

En la ley de contrataciones del Estado peruano se menciona al equilibrio económico financiero del contrato en el numeral 34.1:

*"Art. 34. Modificaciones al contrato*

*34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.*

*34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.*

*34.3 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.*

*34.4 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.*

*34.5 En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el numeral precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas, siempre que se cuente con los recursos necesarios. Adicionalmente, para la ejecución y pago, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la*

*República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.*

*34.6 Respecto a los servicios de supervisión, en los casos distintos a los de adicionales de obras, cuando se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.*

*34.7 El Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. Para lo regulado en los numerales 34.6 y 34.7 no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.3 del presente artículo.*

*34.8 Para el cálculo del límite establecido en el numeral 34.6, solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.*

*34.9 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.*

*34.10 Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el Titular de la Entidad<sup>114</sup>.*

Este artículo se encuentra reglamentado en el artículo 160 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 344-2018-EF:

*"Art. 160. Modificaciones al contrato*

*160.1. Las modificaciones previstas en numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cumplen con los siguientes requisitos y formalidades:*

*a) Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes.*

*b) En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor.*

*c) La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE.*

*160.2. Cuando la modificación implique el incremento del precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con lo siguiente:*

*a) Certificación presupuestal; y*

*b) La aprobación por resolución del Titular de la Entidad.*

*160.3. Adicionalmente a los supuestos de modificación del contrato establecidos en el artículo 34 de la Ley, este puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan la necesidad de la Entidad. Tales modificaciones no varían las condiciones que motivaron la selección del contratista"<sup>135</sup>.*

## **La excesiva onerosidad de la prestación: la renegociación o la resolución del contrato. Conclusiones**

1. La aparición del COVID -19, como un virus que afecta a la población en el Perú y en el mundo, ha generado respuestas a nivel del gobierno peruano, como el Decreto de Urgencia 040-2020-PCM que norma el aislamiento social obligatorio. Bajo esta perspectiva la pandemia mundial del COVID-19 es un evento o acontecimiento extraordinario e imprevisible

<sup>135</sup> Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, 2018.

que ha traído como consecuencias acciones de los gobiernos, como el peruano, que generan grave impacto en lo económico, jurídico, político y social.

2. En el caso de los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, ante circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato, se debe aplicar la figura de la excesiva onerosidad de la prestación regulada en los artículos 1440 al 1446 del Código Civil peruano. Consideramos que los contratos celebrados en el Perú, en este contexto de pandemia, que tengan las características mencionadas, deben ser pasibles de la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación y por lo tanto serán adecuados para recuperar el equilibrio contractual o finalmente podrán ser resueltos.
3. Consideramos importante tener una visión comparatística de la institución de la excesiva onerosidad de la prestación, que aborde la lectura y el estudio de los principales códigos europeos y del sistema del *common law*, así como de los proyectos de armonización y comunitarios del Derecho continental. Esto, no solamente con la intención de entender mejor la figura estudiando sus orígenes y evolución, sino evaluando qué regulaciones o proyectos de armonización se pueden adaptar mejor a la realidad peruana.
4. Se aprecia la trascendencia del derecho comparado para comprender, por ejemplo, la consolidación del parágrafo 313 del Código Civil alemán. La influencia no es solamente italiana, sino también el conocimiento del sistema anglosajón y en particular la tesis de la *frustration of purpose*. La alteración de la base del negocio es la teoría que evidentemente se ha internalizado en el codificador alemán y la variación o cambio de las circunstancias permiten, a la parte afectada con esa alteración, solicitar la adecuación o la culminación del vínculo.
5. En América Latina, por ejemplo, apreciamos cómo el Código Civil argentino (2016) recoge la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, así como se refiere a la alteración del equilibrio contractual por el surgimiento de causas sobrevinientes a la celebración del contrato y que sean no imputables a las partes o cuyo riesgo no haya sido asumido por la parte perjudicada. En este caso la parte desfavorecida con la excesiva onerosidad puede, en primer lugar, plantear extrajudicialmente la resolución del contrato o su adecuación a las nuevas circunstancias. También establece la alternativa de plantear judicialmente esta resolución o adaptación a un nuevo equilibrio contractual. Esta pretensión judicial (o arbitral) puede ser propuesta también como excepción. Lo novedoso, en el caso del código argentino, es que incorpora al tercero que eventualmente podría resultar perjudicado con la excesiva onerosidad de la prestación. Este perjuicio puede originarse por derechos u obligaciones resultantes

del contrato entre las partes y que recaen en la esfera patrimonial del tercero. De la misma manera, incorpora al contrato aleatorio como pasible de ser restituido al equilibrio, si las circunstancias nuevas exceden o desbordan el *álea* del contrato, perjudicando excesivamente a una de las partes.

6. El Código Civil peruano establece como remedio frente a la excesiva onerosidad de la prestación que el juez reduzca o aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad o en todo caso, si lo solicita el demandado, el juez podrá resolver el contrato. Esta fórmula establece un mecanismo diferente al del Código Civil italiano (art. 1467) que primero adopta el remedio de la resolución contractual por parte del juez y como alternativa posterior la adecuación o modificación del contrato, a solicitud del demandado, atendiendo al criterio de equidad. Estamos de acuerdo con la fórmula adoptada por el legislador peruano, salvo con la potestad que da al acreedor demandado de resolver el contrato
7. En atención a la realidad pasada y a la vigente (inclusive en estos momentos están suspendidas las funciones del Poder Judicial), así como para facilitar el retorno de los contratos a la equidad, consideramos que se debe regular, en primer término, la figura de la renegociación del contrato de manera extrajudicial, para que las partes, en virtud de su autonomía privada, puedan adecuar el acuerdo a una ecuación que alcance la equidad y restablezca el equilibrio contractual, entendiendo al contrato como una operación económica. Tal conclusión obedece a la referencia del Proyecto UNIDROIT que establece: *"En caso de 'excesiva onerosidad' (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato<sup>116</sup>. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa"*.
8. De no llegarse a un acuerdo en la renegociación extrajudicial una de las partes podrá acudir al órgano judicial o arbitral para solicitar la adecuación del contrato por parte del juez, o, alternativamente, la resolución del mismo.
9. Una situación, como la del COVID-19, trágica para la humanidad, exige de parte del Derecho que, en su calidad de regulador de conductas sociales, tenga respuestas adecuadas frente al reto planteado. Considero que no son viables las propuestas que optan por la extirpación del código de figuras como la excesiva onerosidad de la prestación. Más que nunca, ahora, el derecho debe irradiar su arista solidaria y aplicar la cláusula general normativa de la buena fe.

<sup>116</sup> Se refiere a la renegociación extrajudicial.

## Referencias bibliográficas

- BONILLA-ALDANA, D. Katterine, et al, "Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019", en IATREA, Revista Médica Universidad de Antioquia, Facultad de Medicina, Antioquia, 2020. Versión online: <https://bit.ly/2V1HZFa>.
- BOETSH, Cristián, *La buena fe contractual*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015, p. 94.
- CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, *Contratación contemporánea, Teoría general y principios*, Palestra – Temis, 2000, Lima.
- CHAMIE, José, "Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense", en Revista de Derecho Privado, (18), Colombia, 2010.
- CHAMIE, José, "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato", en Revista de Derecho Privado, (14), Colombia, 2008
- CIENFUEGOS FALCÓN, Mijail F., "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", en Gaceta Civil & Procesal Civil, N.º 72, junio 2019.
- CIEZA, Jairo, *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, Jurista Editores, Lima, 2016.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en general, Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, t. II, Palestra Editores., Lima.
- DETRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, 8va edición, corregida y aumentada, ARA Editores, t. I, Lima, 2016.
- DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Casa Editorial Bosh, Barcelona, 1965, p.79.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La doctrine of frustration, ¿Es posible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?* Instituto Pacífico, Actualidad Civil, N. 49, Julio, 2108.
- LEÓN HILARIO, Leysser, "Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de

la responsabilidad precontractual”, en *Themis*, N.º 49- Revista de Derecho, 2004, p. 130.

GABRIELLI, Enrico, Estudios sobre teoría general del contrato, traducción de Rómulo Morales Hervias y Walter Vásquez Rebas, Lima: Jurista Editores, 2013.

GARCIA LONG, Sergio, “El cambio de circunstancias en el derecho de contratos, Desequilibrio económico” Ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la PUCP. Mayo, 2019

HARARI, Yuval Noah, “Yuval Noah Harari: the world after coronavirus”, en Financial Times, 2020. Versión online: <https://bit.ly/3b5jrRs>.

NEME, Martha. *La buena fe en el Derecho Romano, extensión del deber de actuar conforma a buena fe en materia contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “El caso «Canal de Craponne» y el covid-19 (el cumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio)”, en LP Pasión por el Derecho, marzo, Lima, 2020. Versión online: < <https://bit.ly/2V8FQI1>>.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado, Editorial Aranzadi, 2014.

TAMANI, Carlos, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, en Actualidad Civil, Instituto Pacífico, vol. 12, Lima, 2015.

TAMANI, Carlos, “Los remedios frente al desequilibrio contractual sobreviniente” en Gaceta Civil y Procesal Civil, N.º 32, febrero, Lima, 2016, p. 90, citando a Instituto para la Uniformización del derecho Privado, Editorial Aranzadi, España, 2007.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, p.18.

ZUSMAN, Shoschana, “La buena fe contractual”, en *Themis* N.º 51, *Revista de Derecho*, 2005, p. 4.