

EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

¿Por qué tratamos ahora este tema?

El coronavirus (covid-19) es un hecho extraordinario que azota despiadadamente al Perú y al mundo entero, superando ampliamente a la crisis financiera del 2008, generando una profunda alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración de los contratos que ahora se encuentran en curso de ejecución, sin que las partes contratantes hayan estado en condiciones de prever su llegada.

Por el colapso de la actividad económica que ha generado, un elevadísimo porcentaje de deudores o no pueden pagar sus deudas o no están en condiciones de ejecutarlas en los términos acordados, razón por la que recurren desesperados a los abogados, en búsqueda de una solución jurídica.

El primer caso de la pandemia del coronavirus se presentó en Lima el 6.3.2020. El estado de emergencia por esta pandemia fue decretado el domingo 15.3.2020, seguido de una cuarentena que inició lunes 16.3.2020. Últimamente se ha ampliado este estado hasta el 30.6.2020. Las fronteras están cerradas, también la mayoría de establecimientos comerciales; está prohibido el transporte interprovincial en todas sus modalidades; la actividad económica está prácticamente paralizada; se ha reiniciado una reactivación económica limitada, en su mayoría mediante servicios de delivery que reduce los ingresos al 20% de los que tenían los empresarios antes de la pandemia.

La pandemia, en unos casos, ha generado la imposibilidad del cumplimiento de la obligación, que puede ser temporal o definitiva, y, en otros, ha convertido a la prestación en excesivamente onerosa. De esta nos vamos a ocupar en este trabajo.

Pensemos en un arrendatario de un local de negocio pequeño, mediano o grande (restaurant, hotel, fábrica industrial, comercial, colegio y un largo etcétera) que, como consecuencia del covid-19, de un momento a otro, ve arruinada su actividad comercial, sin clientes que puedan adquirir los bienes y servicios que expendía, pero que, sin embargo, debe pagar altos alquileres pactados en un momento de bonanza económica, no obstante que el local se encuentra ahora con las puertas cerradas. Posteriormente se autorizará la apertura de estos establecimientos pero con atención al público limitada, debiendo cumplir protocolos costos para evitar la propagación de la pandemia.

La institución de la excesiva onerosidad de la prestación estaba en el Código sin aplicación alguna. Ahora, es la institución de primerísima importancia, para resolver la gran cantidad de problemas contractuales generados por el covid-19.

Pongamos un ejemplo de la realidad quitándole solamente los nombres:

El 25.6.2019, la empresa **A** arrienda un Hotel de su propiedad a **B**. Se facultó a la arrendataria para realizar actividades hoteleras de alojamiento temporal, servicio de restaurante, comedor, taberna-bar, buffettes, catering y bebidas, agencia de viajes, y en general todo tipo de actividades turísticas, arrendamiento de ambientes para la realización de eventos de carácter académico, profesional, empresarial o de negocios, así como el arrendamiento de las áreas destinadas a restaurante, casino y tragamonedas. El plazo del contrato es de 10 años contados a partir del 1.7.2019.

La renta mensual acordada es de US\$20,000.00 mensuales por los primeros 5 años, y a partir del sexto año es de US\$22,000.00. La arrendataria entregó a la arrendadora en calidad de depósito en garantía la suma de US\$300,000.00, que los

obtuvo mediante un crédito bancario. Además pagó a la arrendadora US\$ 30,000 por derecho de llave.

El 1.7.2019, bajo esas condiciones, la arrendataria puso en funcionamiento el hotel. La ocupación del hotel en los primeros meses fue del 34% y a fines del 2019 se incrementó al 69%, lo que le permitía el pago puntual de la renta. En febrero del 2020 el establecimiento se convirtió en una de las empresas hoteleras más importantes de la zona.

El 15.3.2020, ante la pandemia del COVID 19, el gobierno peruano emitió el Decreto Supremo N° 44-2020-PCM, que declaró el Estado de Emergencia Nacional por 15 días y, consecuentemente, el Aislamiento Social Obligatorio, suspendiéndose todas las actividades económicas, salvo aquellas consideradas como esenciales. Esta situación se prorrogó por sucesivos decretos supremos, el último de ellos extendió el estado de emergencia hasta el 30.6.2020. No sabemos qué ocurrirá llegada esta fecha.

Como consecuencia de estas medidas el hotel se quedó con tres huéspedes.

Las medidas dictadas por el gobierno constituyen un caso fortuito o fuerza mayor que impiden el cumplimiento del pago de la merced conductiva por la arrendataria. El art. 1315 prescribe:

“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”.

Doctrinariamente se diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor: el caso fortuito se refiere a los hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre; b) el caso fortuito entraña un acontecimiento imprevisible y la fuerza mayor encierra uno irresistible; c) el caso fortuito es lo objetivo del hecho extraordinario y la fuerza mayor constituye el lado subjetivo de la imposibilidad de prever o evitar el hecho; d) el caso fortuito es un obstáculo menor que el otro, consistente en la imposibilidad absoluta emanada de la irresistibilidad¹.

El art. 1315 utiliza estas palabras como sinónimas. El caso fortuito o fuerza mayor es el hecho no imputable al deudor, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Para que un hecho constituya caso fortuito o fuerza mayor se requiere: que sea extraordinario, imprevisible e irresistible, como es el caso del covid-19 y las consiguientes medidas dictada por el gobierno.

Mientras no entre en funcionamiento el hotel la arrendataria está imposibilitada de pagar la renta. No es responsable por la falta de cumplimiento. La causa del incumplimiento es el caso fortuito o fuerza mayor y no la conducta de la arrendataria. El caso fortuito o fuerza mayor rompe el nexo de causalidad entre la conducta del deudor y el daño sufrido por el acreedor.

La imposibilidad de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor puede ser permanente o transitoria. La primera extingue la obligación, la transitoria solamente libera de la indemnización moratoria, pero no libera al deudor de ejecutar la prestación una vez desaparecido el obstáculo y que el contrato se reajuste conforme a las nuevas circunstancias, por cuanto la prestación de la arrendataria ha devenido excesivamente onerosa.

En adelante nos ocupamos solamente de la excesiva onerosidad de la prestación.

¹ BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 229.

I. GENERALIDADES

Uno de los principios fundamentales del Derecho contractual es el denominado *pacta sunt servanda*, conforme al cual, el contrato liga a las partes y debe cumplirse fielmente, en sus propios términos (art. 1361), puntualmente, sin excusas ni dilaciones. Así como la ley contiene normas generales que pueden ser impuestas incluso coactivamente si no son acatadas espontáneamente, así también los contratos contienen normas particulares que ligan a las partes y sus herederos, las que de no ser acatadas pueden ser impuestas haciendo uso de la fuerza coercitiva del Estado.

Como todo en Derecho, el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el art. 1361 que establece que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos" no es absoluto, no se puede aplicar cuando provoca efectos perniciosos (*summum ius, summa iniuria*: excesivo derecho, excesiva injusticia), por ello presenta excepciones, una de ellas es la cláusula *rebus sic stantibus* (excesiva onerosidad de la prestación, teoría de la imprevisión, presuposición), según la cual, si en un contrato conmutativo de ejecución diferida, continuada o periódica, se alteran profundamente las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes, que tornan a una de las prestaciones en excesivamente onerosa, procede la readecuación de los términos contractuales a fin de que cese la excesiva onerosidad o, si ello no es posible, se resuelva el contrato.

En otros términos, los contratos se ejecutan *pacta sunt servanda* siempre que *rebus sic stantibus*, es decir, las obligaciones contractuales deben cumplirse fielmente, en tanto y en cuanto las circunstancias que rodearon la estipulación contractual permanezcan en el momento de la ejecución, pero si en este momento tales circunstancias se han modificado profundamente por hechos que escaparon a la habitual y prudente previsibilidad de los contratantes (como la caída de lluvias torrenciales en Lima, donde nunca llueve; una devaluación traumática de la moneda, una pandemia como el Covid-19, erupciones volcánicas, etc.) tornando a una de las prestaciones en excesivamente onerosa, procede, en aplicación de la teoría de la *excesiva onerosidad de la prestación*, demandar judicialmente para que se restablezca el equilibrio de las prestaciones o, si ello no es posible, que se resuelva el contrato.

El Código civil regula dos instituciones jurídicas: la excesiva onerosidad de la prestación (arts. 1440 y ss. del CC) y la lesión (arts. 1447 y ss. del CC), como instrumentos que permiten revisar el contrato oneroso y conmutativo por el excesivo desequilibrio en el momento de perfeccionarse el contrato, en el caso de la lesión, o sobreviniente, tratándose de la excesiva onerosidad.

El juez con el fin de restablecer el equilibrio entre las prestaciones, tratándose de la lesión, analizará el contrato para determinar el grado de desequilibrio coetáneo de las prestaciones, el obrar antijurídico del lesionante que se ha aprovechado del estado de inferioridad del lesionado. En el caso de la excesiva onerosidad examinará el desequilibrio sobreviniente por efecto del acaecimiento de un hecho extraordinario e imprevisible, ajeno a la voluntad de las partes. De las diferencias de comportamiento de las partes en el momento de celebrar el contrato y del desequilibrio coetáneo sobreviniente, se desprende una distinta naturaleza y finalidad de la acción: reajuste de las prestaciones o rescisión del contrato, en el caso de la lesión; y reajuste de las prestaciones o resolución del contrato, tratándose de la excesiva onerosidad.

Se aprecia que estas dos instituciones no se refieren a que la prestación se torna imposible físicamente o jurídicamente, sino que es ejecutable según lo acordado, pero ello significaría aceptar una grave injusticia por el abrumador desequilibrio entre los intereses de las partes.

La excesiva onerosidad equivale a un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones por la alteración de las circunstancias entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su cumplimiento. No se trata de una sobrevenida imposibilidad de ejecución de la prestación, por tanto no son de aplicación los arts. 1431 a 1434 que regulan la resolución del contrato cuando la prestación a cargo de una de las partes ha devenido imposible.

II. TERMINOLOGÍA

A la teoría de la *excesiva onerosidad* se le conoce también con las denominaciones siguientes: cláusula *rebus sic stantibus*, denominación que se mantiene desde los glosadores y posglosadores. Francia adoptó el nombre de *imprevisión*. HAURIOU lo llama “*riesgo imprevisible*”. En Alemania, WINDSCHEID lo denomina *presuposición*. Un gran sector de la doctrina lo conoce como *teoría de la imprevisión*, v. gr., la doctrina y jurisprudencia argentina. Algunos autores italianos lo llaman *sobrevenida contractual*². Nuestro Código Civil lo regula bajo el título: “*Excesiva onerosidad de la prestación*” (arts. 1440 y ss.), denominación que es utilizada, también, por la mayoría de autores italianos³.

De las varias denominaciones, tres son las más comunes: cláusula *rebus sic stantibus*, *teoría de la imprevisión* y *excesiva onerosidad de la prestación*. Con ellas se significa que en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes, que dependa de la verificación de sucesos extraordinarios e imprevisibles, legitima a la parte perjudicada para solicitar al juez que restablezca el equilibrio original de las prestaciones y, si ello no fuera posible, que decida la resolución del contrato. En este trabajo utilizaremos indistintamente estas tres expresiones.

III. ORIGEN

La teoría de la imprevisión tiene sus primeras manifestaciones en el Derecho romano. AFRICANO decía: *Tacite enim esse haec conventio stipulation videtur si in*

² OSTI, G., “Revisione critica della teoria sull’impossibilità della prestazione”, en *Rivista di Diritto civile*, Padua, 1918, p. 212; OSILIA, P., “La sopravvenienza contrattuale”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, I, Padua, 1924, p. 313; BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 661.

³ DE MARTINI, A., “Eccessiva onerosità da eventi di carattere generale”, en su *L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, Giuffrè, Milán, 1950, pp. 61 y ss.; BOSELLI, A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, UTET, Turín, 1952, p. 139; PINO, A., *L’eccessiva onerosità della prestazione*, Cedam, Padua, 1952, p. 176; TARTAGLIA, P., *Eccessiva onerosità ed appalto*, Giuffrè, Milán, 1983; TERRANOVA, C. G., “L’eccessiva onerosità nei contratti”, en SCHLESINGER, P. (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 130; GAMBINO, A., “Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell’alea normale del contratto”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, I, Padua, 1960, pp. 428 y ss.

eadem causa maneat (parece que este acuerdo tiene una estipulación tácita si permanece la misma causa). Séneca expresó: “Para tener que cumplir lo prometido, todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formó la promesa”. Después encontró su brillante formulación en el Derecho canónico: *contractus qui tractum successivum habent vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur et aliquo novo non emergentibus* (los contratos que tienen tracto sucesivo o dependencia en el futuro deben entenderse estando así las cosas y no por la aparición de algo nuevo). En el s. XVI, ALCIATUS dijo que el principio *standum est chartae*, encontraba una excepción “cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido prever su eventualidad”.

La Iglesia católica, por medio de GRACIANO, SANTO TOMÁS DE AQUINO, BARTOLOMEO BRESCIA, estableció que “los contratos de *tracto sucesivo* o dependiente del futuro se entienden obligatorios, mientras las cosas así sigan siendo”⁴. Los tribunales eclesiásticos medievales utilizaron la teoría de la imprevisión por considerar que la ejecución de un contrato que entrañe una notoria injusticia para una de las partes era contraria a la moral cristiana.

La cláusula *rebus sic stantibus* (*rebus*, las cosas; *sic*, así; *stantibus*, estando, permaneciendo: permaneciendo así las cosas), en los siglos XVI y XVII se extendió por Italia y Alemania; fue recogida en el Código bávaro de 1756, el prusiano de 1794 y el austriaco de 1812, pero luego fue rechazada por la doctrina *iusnaturalista*, hasta que, como consecuencia de las dos guerras mundiales, recobró vigencia en las codificaciones modernas.

Son casos de aplicación de esta teoría, por ejemplo, los siguientes: la donación hecha por persona que no tenía hijos queda invalidada de pleno derecho si resulta vivo el hijo del donante que reputaba muerto (art. 1634 del CC); el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, o cuando no otorga la garantías a que se hubiese obligado, o cuando las garantías otorgadas desaparecen (art. 181 del CC); si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitar su devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido para el uso (art. 1736). Sin embargo, la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión se ha aplicado y se aplica con naturalidad a los contratos conmutativos en los cuales media un plazo entre el perfeccionamiento y el momento del cumplimiento, lapso en el que una de las prestaciones llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, lo que autoriza la revisión o la resolución del contrato.

Los contratantes regulan sus intereses, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones, de acuerdo a las circunstancias vigentes al momento de la celebración del contrato, pero de seguro no habrían contratado en esos términos si hubieran podido prever un cambio radical de tales circunstancias que vulneren groseramente la equivalencia de las prestaciones por ellos fijadas.

La justicia conmutativa no permite exigir el cumplimiento literal de un contrato cuando circunstancias fuera de lo común, por lo mismo imprevisibles, rompen el equilibrio original de las prestaciones, porque ello significaría convertir a la justicia más

⁴ FLAHERTY, Lily R. y MIRIAM SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 5.

estricta en la peor de las injusticias, lo que impone que el derecho moderno establezca que los contratos obligan *rebus sic stantibus*.

IV. FUNDAMENTO

Para fundamentar la procedencia de la excesiva onerosidad de la prestación, hay quienes parten de la *voluntad presunta* de los contratantes, otros se apoyan en la *base del negocio* jurídico, otros argumentan la *buena fe* y la *equidad*, y no faltan quienes se apoyan en la teoría del *abuso del derecho*.

1. Teoría de la presuposición o voluntad presunta

Los canonistas de la Edad Media y los post glosadores consideraron que la cláusula *rebus sic stantibus* está implícita en todo contrato. Esta cláusula, que es la excepción a la regla *pacta sunt servanda*, permite la revisión del contrato cuando se alteran de modo extraordinario las circunstancias existentes en el momento de su celebración. Las partes subordinan los efectos del contrato a que subsistan las circunstancias que rodearon su celebración, pero sin llegar a constituir una condición.

WINDSCHEID⁵ expone la teoría de la presuposición (*voraussetzung*) diciendo que los contratantes solo incluyen en el contrato las condiciones que pueden generar discusión, pero omiten consignar otras que se consideran presupuestas por derivarse de la naturaleza de las circunstancias en que se actúa, por ejemplo, la equivalencia de las prestaciones en los contratos bilaterales (contratos con prestaciones recíprocas). Tanto las circunstancias incluidas expresamente en el contrato como las que se dan por presupuestas reflejan la voluntad común de las partes. De otro lado, si los contratantes hubieran pensado en circunstancias imprevisibles, v. gr., una inflación traumática de la moneda, las habrían incluido en el contrato como causal de disolución. Una alteración profunda de las circunstancias que transforme lo que las partes han tenido por permanente, tornando excesivamente onerosa una de las prestaciones, requiere un remedio que evite una flagrante injusticia⁶.

Como dice CATAUDELLA⁷, la *presuposición* tiene que ver con las circunstancias cuya permanencia u ocurrencia son tenidas en cuenta por las partes, las mismas que si son modificadas pueden tornar ineficaz al contrato si inciden perturbando su función concreta.

Esto sucede cuando, en los contratos con prestaciones correspectivas, la circunstancia presupuesta ha influido de manera decisiva en la fijación de los términos del intercambio.

Caso clásico es el arrendamiento a precio elevado de un balcón para asistir a una ceremonia que luego no tiene lugar (ejemplo de OERTMANN).

En los contratos con prestaciones recíprocas, la medida del intercambio se deja a la libre determinación de las partes, quienes la fijan teniendo en cuenta una multiplicidad

⁵ WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette*, trad. Al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Benza, UTET, Turín, 1925, pp. 60 y ss.

⁶ BUSO, Eduardo B., “La doctrina de la imprevisión”, en *La Ley*, t. 156, Buenos Aires, p. 1166; ALTERINI, Atilio Aníbal; Oscar José AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 371.

⁷ CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 205.

de factores, aunque subjetivos.

El ordenamiento no interfiere en dicha determinación, a menos que se vea perturbada por factores que afecten hasta el punto de hacer que no sea confiable y eliminar, en concreto, la idoneidad del contrato para llevar a cabo su función de intercambio.

Esto también sucede cuando las partes han fundado su apreciación concordemente, a los fines de establecer la medida del intercambio, bajo el supuesto de que resulta ser inexistente o no realizado.

En este caso, la negativa del ordenamiento de vincular al contrato los efectos específicos del intercambio encuentra su razón de ser en la concreta idoneidad del contrato para realizar una función de intercambio.

Si, por otro lado, la circunstancia presupuesta que es determinante para el acuerdo de uno de los contratantes y conocida por el otro, pero si no afecta de manera decisiva el alcance del intercambio, la inexistencia o la falta de materialización de la misma no parece perturbar la función concreta del contrato. Piénsese en el caso de quien adquiere un anillo o se hace confeccionar un vestido a justo precio, en la perspectiva, conocida por la otra parte, de un matrimonio que luego va río arriba.

Agrega CATAUDELLA, que el ámbito de la presuposición está necesariamente delimitado en el Código Civil italiano que contiene una disciplina dictada para la sobreveniencia (*sopravvenienza*, art. 1467): si las partes han supuesto la permanencia de la situación existente en el momento de la conclusión del contrato, la modificación de dicha situación adquiere relevancia, dando lugar a la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, si depende de eventos extraordinarios e imprevisibles que tornen en excesivamente onerosa una de las prestaciones. La jurisprudencia italiana reconoce relevancia a la presuposición⁸.

2. Teoría de la base del negocio jurídico

Hay tres versiones de esta teoría, la psicológica de OERTMANN, la objetiva de LARENZ y la ecléctica de LEHMANN.

La teoría *subjetiva* de la base del negocio jurídico es desarrollada por OERTMANN⁹, quien estima que para la celebración de un contrato, las partes tienen en cuenta las circunstancias que son propias del negocio jurídico, las que constituyen la base de la eficacia del contrato, aunque no se hayan estipulado expresamente, por ejemplo, la equivalencia de las prestaciones en los contratos bilaterales (contratos con prestaciones recíprocas), de manera que si no se dan o resultan modificadas, cae el negocio por la desaparición de la base que lo sustenta.

Como afirma FERNÁNDEZ¹⁰, esta teoría considera como base subjetiva del negocio “determinadas representaciones mentales comunes a ambos contratantes, sin las que éstos no habrían emitido sus declaraciones de voluntad o, al menos, no las habrían emitido tal como lo hicieron”.

⁸ Cass., 05.08.1997.

⁹ Véase OERTMANN, Paul, *Introducción al derecho civil*, Labor, Barcelona, 1933.

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos, “*Estudio preliminar*” a LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. XVII.

La base subjetiva del negocio es la representación mental o esperanza de ambos contratantes, por la cual se han dejado guiar al concluir el contrato. No es suficiente que la representación o esperanza haya determinado la voluntad de una de las partes, aun cuando la otra hubiese tenido noticia de ello.

Según la teoría *objetiva* de LARENZ¹¹, cada contrato crea o regula determinadas relaciones entre las partes, las mismas que, en mayor o menor medida, son una manifestación de las circunstancias sociales existentes y, hasta cierto grado, las presuponen. El que concluye un contrato piensa y obra partiendo de una situación dada, que no es preciso se represente claramente, que, tal vez, ni siquiera estaba en condiciones de abarcar, pero cuyos sedimentos penetran en el contrato en forma de presuposiciones inmanentes. La interpretación de un contrato no depende exclusivamente de las palabras usadas y su significado inteligible para las partes, sino también de las circunstancias en las que fue concluido y a las que aquellas se acomodaron. “Si posteriormente una transformación fundamental de las circunstancias, posibilidad en la que no habían pensado las partes contratantes y que de ningún modo habían tenido en cuenta al ponderar sus intereses y al distribuir los riesgos, puede ocurrir que el contrato, de ejecutarse en las mismas condiciones, pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias totalmente distintas de las que las partes habían proyectado o debían razonablemente proyectar. Es este el viejo problema de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la consideración de las ‘circunstancias transformadas’, de cuáles son los supuestos en que una relación contractual existente es afectada por una variación imprevista de las circunstancias con tal intensidad que su ulterior manifestación no está justificada a pesar del principio, tan importante, de fidelidad al contrato”.

Por base objetiva del contrato ha de entenderse el conjunto de circunstancias y estado general de las cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido. La base objetiva del negocio desaparece cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato se ha destruido; cuando la común finalidad expresada en el contenido del contrato, haya resultado definitivamente inalcanzable.

Para esta teoría objetiva, la base del contrato son todas las circunstancias de carácter general, sociales, económicas, la oscilación de la moneda utilizada, etc., que aunque las partes no las hayan considerado en forma consciente, pero sin las cuales el contrato no cumple la finalidad perseguida, por lo que se desnaturalizaría la esencia contractual al exigir a una de las partes el cumplimiento de una prestación desproporcionada. Cuando desaparece el substrato o base (objetiva) del negocio, como consecuencia de catástrofes colectivas, como guerras, inundaciones, huelga general de transportes, el contrato no puede alcanzar su finalidad.

Para la teoría ecléctica de LEHMANN, considerar una circunstancia como base de un negocio jurídico, exige tres requisitos: a) Que la importancia de dicha circunstancia para que una de las partes celebre el contrato fuera conocida por el otro contratante; b) Que una de las partes tuviera la certeza de la existencia, subsistencia o producción posterior de la circunstancia, ya que —de lo contrario— hubiera determinado al otro contratante a aceptarla como condición, de la cual habría dependido la existencia del acto; c) Que, en

¹¹ LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., p. 97.

el supuesto de no existir tal certidumbre, otro contratante —de acuerdo con la finalidad del contrato— hubiera aceptado la imposición de la condición, o hubiera tenido que acceder a ella procediendo de buena fe¹².

3. Teoría de la buena fe y equidad

Según esta teoría, pretender ejecutar la prestación devenida en excesivamente onerosa por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, que han trastocado el equilibrio contractual, es violentar la buena fe y la equidad. La cláusula *rebus sic stantibus* se apoya en la buena fe y la equidad, y es aplicada cuando un posterior y extraño acontecimiento imprevisible produzca un extraordinario desequilibrio en las prestaciones. Siempre que se realicen todos los requisitos del supuesto normativo, el juez tiene el poder de revisar o resolver el contrato.

Nuestro derecho positivo está vinculado con la teoría de la buena fe. El artículo 1362 del Código Civil establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”¹³. Es obvio que no actúa de buena fe el acreedor que pretende obtener un lucro desmedido aun a costa de la desgracia de su deudor, cuando el lucro del uno y la recíproca desgracia del otro son la consecuencia de la obra y gracia de un hecho extraordinario e imprevisible que irrumpe en el contrato deformando sus efectos naturales. Precisamente uno de los fines del principio de la buena fe consiste en corregir la injusticia sobrevenida con el rompimiento del equilibrio contractual original.

La teoría de la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación es una institución de justicia contractual destinada a evitar el cumplimiento fiel, pero de mala fe, de una prestación que ha sobrevenido en excesivamente onerosa para una de las partes por razones de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Para los fines de revisión del contrato por excesiva onerosidad, la buena fe debe ser indagada considerando los fines del contrato, la conducta anterior, simultánea y posterior de los contratantes, su actuar diligente o negligente, con previsión o sin ella, las condiciones que rodearon la estipulación, la extraordinariedad y la imprevisibilidad de las condiciones sobrevinientes.

4. Teoría del abuso del derecho

Se considera que si en una situación de imprevisión contractual, el acreedor pretende el cumplimiento de la prestación, no obstante que ha devenido en excesivamente onerosa por virtud de sucesos extraordinarios e imprevisibles, está ejerciendo abusivamente su derecho de exigir el cumplimiento del contrato, no obstante que la ley no lo ampara.

El ejercicio abusivo del derecho está regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

Hacemos notar que en el Derecho comparado, la teoría del abuso del derecho es de aplicación cuando en el caso concreto falla algún requisito de aplicación del principio

¹² ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, cit., p. 372.

¹³ Código civil peruano de 1852, en vez de la expresión “buena fe” utilizaba la de “equidad”: Art. 1257. Los contratos son obligatorios, no solo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza.

de la excesiva onerosidad de la prestación. Así, el art. 1198 del derogado Código Civil argentino establecía que el deudor que está en mora no puede solicitar la resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación. ALTERINI¹⁴ refiere que si el vendedor de un inmueble a precio pagadero en cuotas es afectado por una súbita hiperinflación, y no está en situación de argüir la doctrina de la imprevisión por haber caído en mora, no obstante que el envilecimiento del precio ha convertido la compraventa en una donación, sí puede invocar la doctrina del ejercicio abusivo del derecho, puesto que la jurisprudencia argentina, ha establecido que el abuso del derecho paraliza los efectos del acto desviado, por tanto, “no es admisible que el comprador pretenda escriturar el inmueble por un precio que no representa sino una porción mínima del valor de aquel”.

La figura del abuso del derecho es distinta de la excesiva onerosidad de la prestación. Cuando el sujeto actúa excediéndose de los límites de los derechos que le reconoce o confiere el ordenamiento jurídico, provocando una situación de desarmonía social, una situación de injusticia, cae en el ejercicio u omisión abusivos de tales derechos¹⁵, por ejemplo, si A vendió a B una casa por el precio de US\$1'000,000.00 pagaderos a plazos; el comprador ha pagado 990 mil dólares y se atrasa en el pago del saldo de 10 mil dólares; si el Vendedor, en vez de demandar el pago del saldo de 10 mil dólares demanda la resolución del contrato de compraventa, está incurriendo en un ejercicio abusivo de su derecho de resolución. En cambio la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación se produce por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato con obligaciones pendientes de ejecución, las cuales sobrevienen en excesivamente onerosa como consecuencia de un hecho extraordinario es imprevisible. Los elementos de la teoría de la imprevisión son distintos del ejercicio abusivo de un derecho.

V. LEGISLACIÓN COMPARADA

Como se indicó líneas arriba, el principio *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión fue recogido en el Código bávaro de 1756, el prusiano de 1794 y el austriaco de 1812.

Por otro lado, los Códigos Civiles francés, español¹⁶ y alemán no recogen la cláusula *rebus sic stantibus*.

Sin embargo, la jurisprudencia alemana se ocupó de ella durante la primera guerra mundial y la inflación que a ella siguió. El Tribunal Supremo del Reich consideró que el obligado se libera de su obligación si después de la guerra la prestación resulta, según su contenido o significación económica, distinta de la que las partes habían convenido; casos en los que el mantenimiento de la obligación de realizar la prestación no puede conciliarse “con la consideración de la buena fe y de los usos del tráfico impuesta por los artículos 157 y 242 del Código Civil alemán”. En estos argumentos se fundamenta

¹⁴ ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, cit., p. 375.

¹⁵ El Código alemán considera que hay abuso cuando un derecho se ejercita con el único fin de dañar: Art. 226. El ejercicio de un derecho es ilícito si solo puede tener por finalidad causar daño a otro.

¹⁶ A nivel autonómico es reconocida por la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra- Ley 493- “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

una sentencia de 1920: “el demandado se había obligado en abril de 1915 a entregar al demandante un automóvil a ser posible inmediatamente después de la paz. El demandado se opuso a la pretensión de cumplimiento, alegando que “no podía serle exigido el cumplimiento del contrato en las antiguas condiciones por haber variado de modo absoluto las circunstancias económicas decisivas para la ejecución del contrato”. En casos como este, el Tribunal del Reich abrió el camino a consideraciones de equidad y a introducir en la jurisprudencia puntos de vista ajenos al contrato, como el de la ruina económica del deudor o que se coloque a este al borde de la ruina económica”¹⁷.

En el s. XIX rigió el principio de la soberanía de la voluntad privada con los únicos límites del orden público y las buenas costumbres. Este principio fue consagrado en el art. 1134 del Código de Napoleón que estableció que el contrato es ley entre las partes. Este Código ejerció influencia en todos los códigos dictados en el s. XIX, incluido el Código peruano de 1852; el Código de 1936 fue influenciado directamente por el Código alemán del 1900. Ya en el mismo s. XIX aparecieron las escuelas sociales y socialistas que hicieron prevalecer los intereses colectivos sobre los individuales, o, en todo caso, un equilibrio entre ambos intereses.

A principios del s. XX, con los contratos por adhesión, surge la necesidad de la intervención del Estado para la fijación de tarifas y condiciones contractuales en beneficio del consumidor. El contrato de trabajo es el Estado el que fija las condiciones esenciales (retribuciones mínimas, largas jornadas de trabajo, plazos para el aviso de despedida, seguridad social etc.). Se reduce considerablemente la libertad contractual. El dirigismo estatal comienza a extenderse a la contratación civil y comercial.

No solamente existen los contratos de ejecución instantánea de las prestaciones, sino también los contratos con prestaciones diferidas, continuadas y periódicas.

La mayoría de las legislaciones posteriores a las guerras mundiales tipifican la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación. Estas guerras alteraron profundamente las circunstancias en las que se habían celebrados los contratos con prestaciones cuya ejecución duraba en el tiempo, debido a una exagerada devaluación de las monedas y a la elevación, también exagerada, de los precios, de modo que el fiel cumplimiento de los contratos generaba intolerables injusticias, lo que determinó la intervención del legislador para evitarlas, modificando los contratos en curso de ejecución ("leyes de circunstancias": congelación de precios, de arriendos, rescisión de contratos en curso de ejecución). Son razones de equidad, de orden público, de interés social las que obligan al legislador a modificar contratos en curso. Como no existían leyes de circunstancias que permitan la revisión de todos los contratos, se comenzó a recurrir al viejo concepto *rebus sic stantibus* sepultado por el Código francés, para evitar las injusticias surgidas como consecuencias de las modificaciones profundas de las circunstancias en las cuales se celebró el contrato.

El Código suizo de las obligaciones consagra la cláusula *rebus sic stantibus* limitándola al contrato de obra. Dispone el artículo 373, II, OR: “No obstante, si las circunstancias extraordinarias, imprevisibles o excluidas por las presuposiciones admitidas por ambas partes, impiden o dificultan excesivamente la terminación de la obra, podrá el juez autorizar a su arbitrio la elevación del precio o la resolución del contrato”. El artículo 2 del Código suizo declara que cada uno ha de actuar en el

¹⁷ LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., pp. 100 y ss.

ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones conforme a la buena fe.

El *Código polaco de las obligaciones* de 1935 establece: Artículo 269: “Cuando por consecuencia de sucesos excepcionales tales como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas y otros cataclismos naturales, la ejecución de la prestación chocaría con dificultades excesivas o amenazaría a una de las partes con una pérdida exorbitante que las partes no han podido prever desde la conclusión del contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, según los principios de la buena fe y después de haber tomado en consideración los intereses de las dos partes, fijar el modo de ejecución, el modo de la prestación y aun pronunciar la resolución de la convención”.

El *Código Civil italiano* de 1942 es el que lo regula con la mayor precisión y claridad estableciendo: Artículo 1467 (Contrato con prestaciones recíprocas): “En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458¹⁸. La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entra en el álea normal del contrato. La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”. Artículo 1468 (Contratos con obligaciones de una sola de las partes): “En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se trata de un contrato en el que una sola de las partes hubiese asumido obligaciones, esta podrá pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducirlas a la equidad”. Artículo 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.

El nuevo *Código Civil y Comercial* argentino establece: Artículo 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, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta 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.

El *Código Civil griego* de 1946 permite la revisión del contrato por devenir la prestación en desmesuradamente onerosa a fin de reducirla convenientemente o resolver el contrato: Artículo 388: “Si las circunstancias en las cuales, teniendo en cuenta la buena fe y los usos admitidos en los negocios, las partes se han basado principalmente para la conclusión de un contrato sinalagmático, son variadas posteriormente por

¹⁸ Código Civil italiano. Artículo 1458 (Efectos de la resolución): “La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas. La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución”.

razones extraordinarias que no pudieron ser previstas y que por razón de una variación, la prestación del deudor, en atención a la contraprestación, deviene desmesuradamente onerosa, el tribunal puede, si lo demanda el deudor, reducirla, según su apreciación, a la medida conveniente, o también decidir la resolución de todo el contrato o de parte aún no ejecutada. Pronunciada la resolución del contrato, se extinguen las obligaciones de cumplir las prestaciones pendientes y las partes contratantes quedan recíprocamente obligadas a restituir las prestaciones recibidas, siguiendo las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa”.

El *Código Civil del Paraguay* regula la resolución del contrato por sobrevenida onerosidad de la prestación: Artículo 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 sobrevenida estuviera dentro del álea 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 la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo”.

El *Código de Comercio de Colombia* prescribe: Artículo 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 esta pedir su resolución. 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. La imprevisión no se aplicará a los contratos aleatorios ni de ejecución instantánea”.

El *Código Civil portugués* contiene una fórmula vinculada a los principios de la buena fe y la equidad: Artículo 437: “Si las circunstancias en que se basaron las partes para decidirse a contratar hubieran sufrido una alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato, o a su modificación conforme a la equidad, siempre que la pretensión de que cumpla con las obligaciones que asumiera afecte gravemente los principios de la buena fe y no queden cubiertos por los riesgos propios del contrato. Requerida la resolución, la parte contraria puede oponerse a esa petición, declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del anterior párrafo”. Artículo 438: “La parte perjudicada no goza del derecho de resolución o modificación del contrato, si se hallaba en mora en el momento en que sobrevino la alteración de las circunstancias”.

En el Derecho inglés, como refiere LARENZ¹⁹, la circunstancia de que el contrato, objetivamente considerado, haya resultado carente de objeto, aun cuando el acto en que consista la prestación del deudor continúe siendo posible, aparece en los conocidos “casos de coronación”, análogos al clásico ejemplo del alquiler de ventana, como los siguientes:

- a) Es *leading case* el caso *Krell vs. Henry*. El demandante había alquilado al demandado su vivienda, situada en Londres, para el día del desfile de la

¹⁹ LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., pp. 125 y ss.

coronación de Eduardo VII, en cuyo itinerario se encontraba la casa. El demandado subarrendó los puestos en la ventana de la vivienda. El desfile de la coronación se suspendió. El juez desestimó la demanda encaminada al pago de la renta convenida, porque el motivo para celebrar este contrato era para ambas partes el que este acontecimiento se realice, o sea, había caído la base del contrato.

- b) Caso paralelo *Herne Bay Co. vs. Hutton*. También con motivo de la coronación de Enrique VII, un empresario había fletado un barco con el propósito de facilitar a los curiosos la contemplación de la anunciada revista de la flota. La revista fue suspendida. El juez admitió la demanda del propietario del barco, considerando que la suspensión de la revista cae dentro del riesgo que el propietario ha de soportar. La celebración de la revista ha sido únicamente el motivo de una de las partes (*merely the motive or inducement to one party*), del empresario, pero no la base objetiva (*basis*) en atención a la cual habían celebrado ambas el contrato.

El diferente tratamiento de ambos casos está justificado. En el primero, la vivienda solo podría alquilarse por uno o dos días pensando en el desfile de la coronación. El motivo era para ambas partes el que este acontecimiento se realice. El propietario del barco, por el contrario, lo alquilaba con frecuencia, no importándole el fin determinado para el que quería usarlo la otra parte. Esta hubiese podido organizar con el barco otro viaje. El facilitar a los curiosos la contemplación de la revista de la flota era tan solo un fin unilateral y arbitrario de una parte, y no el fin común del contrato. La celebración de la revista no era la base del contrato. En el primer caso ha caído la base del contrato, mientras que en el otro solo se ha frustrado el motivo, el fin unilateral de una de las partes. Los tribunales ingleses han establecido que en el primer caso ha caído la base del contrato, mientras que en el otro solo se ha frustrado el motivo unilateral de una de las partes.

- c) El caso *Horlock vs. Beal*, un barco inglés fue incautado en Hamburgo al estallar la guerra el 4 de agosto de 1914, pero la tripulación no fue internada en Alemania hasta dos meses más tarde y reclamó la paga convenida correspondiente a estos dos meses. El tribunal resolvió que el contrato quedó resuelto desde el 4 de agosto de 1914, porque *the further performance of the service became impossible in a commercial sense as from August 4th*. En otros casos similares, los tribunales ingleses resolvieron admitiendo que el impedimento transitorio de la prestación debía considerarse como imposibilidad permanente, ya que, al terminar la guerra, la ejecución bajo circunstancias modificadas constituiría una prestación “completamente distinta” a la estipulada.

Los tribunales ingleses examinan, si conforme a la naturaleza del contrato, las partes lo hubiesen celebrado sobre la base de que una determinada circunstancia o situación de hecho subsistiría, que ello sea así no depende de que las partes hubiesen tenido realmente una representación de esta base del contrato, sino de que hubiesen tenido que presuponer, según el sentido del convenio, tal base y admitirla como parte constitutiva de su convenio (como una *implied condition*). La desaparición de una situación de hecho, que constituye la base de la relación contractual, produce la resolución del contrato. La *implied condition* del *common law* y la *buena fe* del derecho continental, conducen a lo mismo.

En Estados Unidos, una figura similar a la *sobrevenida excesiva onerosidad* es la teoría de la *impracticabilidad comercial*. Conforme al Artículo Segundo, Sección 615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, el deudor se puede liberar del cumplimiento de la obligación "si su ejecución de la manera pactada sería impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia fue un presupuesto básico sobre el cual se celebró el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier regulación gubernamental extranjera o doméstica aplicable u orden se pruebe o no posteriormente que ésta fue invalidada". Tanto en la *excesiva onerosidad* como en la *impracticabilidad comercial* lo que libera al deudor es un hecho *imprevisible* sobreviniente que modifica las circunstancias que rodearon a la celebración de un contrato. El riesgo de la producción de ese hecho imprevisible no debe haber sido asumido por las partes.

De la legislación y jurisprudencia comparadas, especialmente del sistema romano germánico, se concluye que los contratos se celebran para cumplirse según los términos en ellos convenidos²⁰, *pacta sunt servanda*, pero cuando el contrato es de ejecución continuada, periódica o diferida, y una de las prestaciones sobreviene en *excesivamente onerosa* a consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor que deba tal prestación está legitimado (por la cláusula *rebus sic stantibus*, llamada también: cláusula tácita *rebus sic stantibus*, teoría de la imprevisión o principio de la excesiva onerosidad de la prestación) para solicitar que judicialmente se recomponga la ecuación económica del contrato o que este se resuelva.

VI. LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

Artículo 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.

Concordancias: CC: arts. 1316, 1346, 1362, 1371, 1372, 1426, 1441.

Antecedentes normativos: CC italiano: art. 1467. CC griego: art. 388. C. polaco de las obligaciones de 1935: art. 269. CC argentino: art. 1198. CC paraguayo: art. 672. C. de C. colombiano: art. 868.

1. Definición

En los contratos con prestaciones recíprocas, conmutativos, de ejecución continuada, periódica o diferida, cuando antes de su ejecución una de las prestaciones se torna excesivamente onerosa, por la profunda alteración de las circunstancias existentes

²⁰ Código de Napoleón: Art. 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre las partes que las han celebrado.

Código peruano: Art. 1361. Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

al tiempo de su celebración, debida a un hecho sobreviniente extraordinario, imprevisible, ajeno a las partes y ajeno riesgo normal del contrato²¹, la parte perjudicada puede plantear judicial o extrajudicialmente la revisión del contrato con el fin de restablecer el equilibrio original de las prestaciones, mediante la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, y si ello no fuera posible o lo solicitara el demandado, se resuelva el contrato²².

La excesiva onerosidad puede darse cuando:

a) el valor de la prestación se incrementa excesivamente, manteniéndose inalterable el valor de la contraprestación;

b) permanece idéntico el valor de la prestación, disminuyendo considerablemente el de la contraprestación;

c) ambos valores, el de la prestación y el de la contraprestación, sufren alteraciones en sentido inverso, desequilibrándose la economía del contrato.

Si el contrato es con prestación a cargo de una sola de las partes, el obligado puede accionar por excesiva onerosidad para que se reduzca la prestación o, si ello no es posible, se resuelva el contrato.

No hay que confundir excesiva onerosidad de la prestación con la imposibilidad de ejecución de la misma. La sobrevenida *excesiva onerosidad de la prestación* genera una grave dificultad para el cumplimiento de la prestación convenida sin llegar a tornarla en imposible, lo que constituiría caso fortuito o fuerza mayor, idóneo como tal para extinguir la obligación o determinar su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (art. 1315).

El artículo 1440 lo define en los siguientes términos: “*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*

²¹ FLAHERTY y SMAYEVSKY sostienen que para que proceda la teoría de la imprevisión se requiere:

“a) que sobrevenga un hecho o hechos de naturaleza totalmente imprevisible y extraordinaria; b) que no esté vinculado al riesgo propio del contrato; c) que sea ajeno y externo a quien lo invoca; d) que no medie culpa, negligencia, mora relevante o falta de cuidado del damnificado; e) que convierta la obligación en excesivamente onerosa para el obligado, sin necesidad de que se torne de cumplimiento imposible; f) que evidencie un desequilibrio muy notorio en las prestaciones que de ninguna manera podía haber sido representado por las partes al contratar”; en FLAHERTY, Lily R. y MIRIAM SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 35.

²² Principios Unidroit. Artículo 6.2.2 (Definición de la ‘excesiva onerosidad’ [*Hard-ship*]): “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 escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

Nota: En el comercio internacional existe, formando parte de la *lex mercatoria*, la cláusula *hardship* (*hardship clauses*), vinculada con la excesiva onerosidad. Es un mecanismo de adaptación del contrato, creado por las costumbres en el comercio internacional. La doctrina la define en los términos siguientes: “Una cláusula *hardship* implica una renegociación del contrato si el cumplimiento de una de las partes deviene excesivamente onerosa a causa de circunstancias imprevistas ocurridas fuera del control de dicha parte”; en MOSSET ITURRASPE, Jorge y MIGUEL A. PIEDECASAS, *La revisión del contrato*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 382.

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”.

El contrato es una norma jurídica particular que liga a las partes; "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (art. 1361). Por el principio *pacta sunt servanda*, en tiempos de normalidad, el contrato es ley para las partes, la seguridad en tráfico jurídico así lo exige. El juez no puede modificar las prestaciones acordadas en un contrato; no es un pretor romano, figura que no se admite en el Derecho moderno. El Juez no puede dejar de aplicar la ley y no tiene el poder de modificarla, atribución que es del legislador. Permitir que un juez basado en sus criterios personales de justicia pueda modificar las prestaciones contractuales o facultar a una de las partes para que unilateralmente lo haga, significaría la destrucción de la esencia del contrato, lo que terminaría con la seguridad jurídica, con la paz, con la justicia, en suma con la vida civilizada. El juez debe asegurar el absoluto respeto por los compromisos asumidos por las partes en un contrato, salvo que se pruebe que lo expresado en el contrato no coincide con su voluntad común.

El principio *pacta sunt servanda*, como cualquier otro en derecho, no es absoluto, dado a que cuando las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato se han modificado profundamente en el momento de su ejecución, es derogado por el principio *rebus sic stantibus*, que permite al juez revisar o resolver el contrato cuando una de las prestaciones, por circunstancias extraordinarias que las partes no pudieron prever y regularlas, ha devenido excesivamente onerosa. El contrato no puede ser un instrumento para el enriquecimiento de una de las partes a costa de la ruina económica de la otra.

Para que el juez pueda revisar el contrato o, en su caso resolverlo, no basta la producción de hechos extraordinarios e imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes, sino que además tales hechos deben generar una excesiva onerosidad de una de las prestaciones en relación con la otra que deviene en irrisoria.

Entre mantener el contrato o resolverlo, la ley ha optado por hacer prevalecer el primero (principio de conservación del contrato), o sea por salvar la eficacia del contrato, previo el restablecimiento del equilibrio contractual original y, solamente si ello no fuera posible o lo solicitara el demandado, ir a la resolución del contrato. La legislación comparada siempre se pronuncia por la resolución o su adecuación, por ejemplo, el tercer párrafo del art. 1467 del Código italiano dispone: "*La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato*".

Como expone REZZÓNICO²³, los contratos celebrados en épocas normales se pueden revisar judicialmente cuando "en forma repentina, violenta e imprevisible sobrevienen circunstancias radicalmente opuestas de las existentes en el momento de contratar, como por ejemplo, el alza o la baja de los valores, la desvalorización de la moneda, la inflación". No se puede dejar consumir la ruina de un comerciante desgraciado, cuya sola equivocación es no haber previsto lo imprevisible.

Con la norma del art. 1440, que tiene como antecedentes al art. 1467 del Código

²³ Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias-Schreiber M. y Elvira Martínez Coco, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, t. I (*Contratos. Parte general*), p. 245.

Civil italiano y al artículo 1198 del derogado Código Civil argentino, se trata de resguardar o restablecer la conmutatividad del contrato alterada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que han tornado a una de las prestaciones en excesivamente onerosa, que de exigirse el fiel cumplimiento del contrato se estaría violando el principio de la buena fe al permitir que una de las partes se beneficie excesiva e injustamente en perjuicio de la otra.

Como hacen notar CASTILLO y VÁSQUEZ²⁴, la excesiva onerosidad de la prestación tiene como premisa la excepción. Se funda en una situación absolutamente imprevisible y extraordinaria para los contratantes a la hora de pactar una prestación determinada. Esto significa que el equilibrio de intereses —que fue la causa de que las partes contrataran— queda roto, y que las prestaciones, que de ordinario hubieren sido la consecuencia de ese equilibrio, resultarían posibles de cumplir solo al costo de un perjuicio muy grande o de la ruina de una de las partes contratantes. Esta onerosidad excesiva en el cumplimiento de una prestación contratada no es responsabilidad de ninguna de las partes, porque obedece a un hecho o situación imprevisible y extraordinaria para ambas; mientras que el Derecho propone que se restituya el equilibrio de intereses primigenio del contrato, esto es, la situación que animó a las partes a contratar prestaciones no onerosas para sus intereses. Y lo hace judicialmente a pedido de la parte perjudicada, ya sea por medio de la reducción de la prestación devenida en excesivamente onerosa, ya sea por el aumento de la contraprestación debida, o, finalmente, si ambas opciones son imposibles por la naturaleza misma de la prestación, mediante la resolución del contrato.

La revisión judicial del contrato no tiene por objetivo que el juez establezca una equivalencia perfecta en las prestaciones o que se convierta en gestor del contratante poco hábil para los negocios, sino que restablezca en lo posible el valor originario de las prestaciones, eliminando la flagrante injusticia sobrevenida, y, de no ser posible el restablecimiento del equilibrio contractual originario, decida la resolución.

Queda entendido que no procede la revisión del contrato por el desequilibrio contractual existente desde el momento del perfeccionamiento del contrato, ni por la sobrevenida excesiva onerosidad como consecuencia de la verificación de eventos previsibles. En todo caso, cuando la desproporción entre las prestaciones es *ab initio*, la cuestión podrá ampararse en la rescisión del contrato por lesión si se cumple los otros requisitos del supuesto normativo del artículo 1447.

El artículo 1440 no es aplicable cuando el contrato ha sido ejecutado, aun cuando eventos sucesivos, extraordinarios e imprevisibles, rompan repentinamente con el

²⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE, *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 82. Ante la afirmación de que nada es imposible de prever, que incluso el evento más impensable puede ser previsto usando nuestra imaginación, estos autores sostienen que asumir que todo es previsible tiene como premisa la omnisciencia y el equilibrio perfecto de un mundo de fantasía. Es el mundo de los dioses omniscientes a los que ningún hecho escapa por más futuro e incierto que sea, en el que ninguna falta hace el Derecho para arreglar entuertos, porque no los hay donde todo es previsible. Pero quienes no vivimos en el Olimpo de los analistas económicos del Derecho, sino en el mundo de la realidad, necesitamos del Derecho, porque no conocemos el equilibrio perfecto ni somos omniscientes para preverlo todo (ibídem, pp. 83-84). Esta verdad tan obvia es un duro golpe para los analistas económicos del Derecho, del cual es difícil que se levanten si no respiran un poco de solidaridad y fraternidad humana, un poquito de amor al prójimo y de respeto a la libertad de los demás.

equilibrio de las prestaciones ya realizadas, frustrando las expectativas de las partes. Por ejemplo, tan luego como las partes cumplen sus obligaciones en un contrato de compraventa de ejecución diferida, se produce una devaluación traumática que determina que el precio recibido por el vendedor se reduce a la nada o a un valor irrisorio. En el momento en que el contrato se ejecutó completamente cumplió su función económica, sobre la cual no pueden incidir circunstancias sobrevinientes.

2. Requisitos

Para que proceda la aplicación del principio de la excesiva onerosidad de la prestación se requiere:

- 1) *Que el contrato, en principio, sea con prestaciones recíprocas, conmutativo, de ejecución continuada o periódica, o diferida*

El contrato es con *prestaciones recíprocas* cuando engendra obligaciones para todas las partes, hay prestación y contraprestación, las mismas que son interdependientes. Por ejemplo, a la prestación del vendedor consistente en transferir la propiedad del bien que se vende corresponde la contraprestación del comprador de pagar el precio en dinero. Como la compraventa, son contratos con prestaciones recíprocas el arrendamiento, el suministro, el mutuo con intereses, el mandato remunerado, el contrato de locación de servicios, el de trabajo, en fin, la mayoría de los contratos nominados o innominados.

El contrato es con *prestación a cargo de una sola de las partes* cuando genera obligaciones para una sola de las partes, una de ellas es solamente acreedora y la otra solamente deudora; hay prestación sin contraprestación, por ejemplo, la donación.

La ley deja a la libre determinación de las partes la fijación del valor de la prestación y de la contraprestación, o de la única prestación cuando el contrato es con prestación a cargo de una sola de las partes, fijación que se hace teniendo en cuenta multiplicidad de factores, aun subjetivos. El ordenamiento jurídico no interfiere en esta determinación de las partes, siempre que no resulte perturbada por factores que llegan al extremo de privar al contrato de la idoneidad para que realice su función económica. Ese valor asignado originalmente a las prestaciones debe subsistir en el momento del cumplimiento del contrato, porque si una de ellas ha devenido en excesivamente onerosa por sucesos extraños e imprevisibles, procede la aplicación del principio de la excesiva onerosidad.

La exigencia, en principio, que el contrato sea de prestaciones recíprocas, se deduce del propio texto del artículo 1440 del Código Civil cuando dispone que la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca la prestación o “que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”. Solamente en el contrato con prestaciones recíprocas existe prestación y contraprestación.

Si se presenta la excesiva onerosidad en los contratos *con prestaciones a cargo de una sola de las partes*, la revisión judicial será con el fin de que se reduzca la prestación o, si ello no es posible, se declare la resolución del contrato (art. 1442 del CC).

El contrato es *conmutativo*, en una primera acepción, cuando existe cierta

equivalencia entre prestación y contraprestación, ejemplo, en la compraventa, el precio corresponde más o menos al valor real de cambio que tiene el bien vendido en el mercado, en el arrendamiento, la renta que paga el arrendatario corresponde más o menos al valor de uso que tiene el bien en el mercado. En una segunda acepción, la *conmutatividad* significa que el valor de las prestaciones quedan fijadas *ab initio*, o sea, las partes conocen si el contrato les va a reportar o no beneficios, por ejemplo, la compraventa (contrato con prestaciones recíprocas), la donación (contrato con prestaciones a cargo de una sola de las partes). Esta última significación de la conmutatividad se contrapone a los contratos *aleatorios* o *riesgosos* en los que las partes desconocen los efectos del contrato, no saben si les reportará beneficios o pérdidas, lo que es ganancia para el uno será pérdida para el otro²⁵ (v. gr., el juego y apuesta, la renta vitalicia).

El contrato es de *ejecución continuada* cuando ambas o una sola de las prestaciones duraderas se ejecutan continuadamente sin interrupción, por ejemplo, la prestación del arrendador de mantener al arrendatario en el uso bien se cumple ininterrumpidamente, sin intervalos, por todo el tiempo que dura el contrato.

El contrato es de *ejecución periódica* cuando la prestación duradera se ejecuta a ciertos intervalos, por ejemplo, el suministro mensual de materias primas a una fábrica.

Los contratos de ejecución continuada y los de ejecución periódica son una subclasificación de los contratos de *tracto sucesivo*, en los que la duración de la ejecución de la prestación, en forma continuada o periódica, es de la esencia del contrato. Son contratos de duración.

El contrato es de *ejecución diferida* cuando su eficacia es postergada para un momento ulterior al de la celebración, como ocurre con los contratos sujetos a plazo o condición suspensivos²⁶. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento celebrado el día 28 de julio, obligándose el arrendador a entregar el bien arrendado al arrendatario el próximo 28 de diciembre; una compraventa en la que se conviene que la entrega del bien y el pago del precio se efectuarán tres meses después de celebrado el contrato, o cuando el precio se tiene que pagar en cuotas escalonadas.

El contrato es de *ejecución instantánea* cuando es posible que la prestación o prestaciones se ejecuten en un solo acto. Puede ser de *ejecución inmediata* al perfeccionamiento del contrato, v. gr., la compraventa al contado, caso en el que es imposible que la prestación devenga en excesivamente onerosa; o puede ser de *ejecución diferida*, por ejemplo, se conviene que el bien vendido se entregue y el precio se pague luego de transcurrido un plazo desde su celebración, o que la entrega del bien vendido o el pago del precio se haga por

²⁵ SALVAT dice que en los contratos aleatorios, “las ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes o solamente para una de ellas, dependen de un acontecimiento incierto”; en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2.ª ed., Tea, Buenos aires, 1954, t. I, p. 45.

²⁶ BORDA dice que “por contrato de ejecución diferida debe entenderse aquellos en los cuales la exigibilidad de las prestaciones nacidas entre las partes ha quedado postergada en el tiempo, como ocurre con las obligaciones sujetas a plazo o condición”; en BORDA, Guillermo A., *Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 135.

cuotas (ejecución escalonada), casos en el que es posible que se produzcan hechos extraordinarios que rompan el equilibrio contractual originario.

Se puede diferir la ejecución tanto de un contrato de ejecución instantánea como de uno de tracto sucesivo. En uno y otro caso, una de las prestaciones puede devenir en excesivamente onerosa como consecuencia de la ocurrencia de sucesos extraños e imprevisibles.

Como tanto en los contratos de tracto sucesivo, sean de ejecución continuada o periódica, como en los de ejecución instantánea, cuyo cumplimiento de la prestación se ha diferido, existe un interregno entre la estipulación del contrato y su cumplimiento, lapso en el que pueden acaecer eventos extraordinarios e imprevisibles que tornen a una de las prestaciones en excesivamente onerosa, es razonable que a todos ellos se les aplique el principio de la excesiva onerosidad de la prestación por mandato expreso del artículo 1440.

La teoría se aplica también a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del negocio (art. 1441.2 del CC).

Como hemos dicho antes, para que sobrevenga la excesiva onerosidad de una de las prestaciones se requiere que sean distintos los momentos de celebración y de ejecución del contrato, ya porque la ejecución de la prestación es duradera, pues debe ejecutarse durante un cierto periodo de tiempo, continuadamente o periódicamente, o ya porque se difiere la ejecución de la prestación para un momento ulterior al de la celebración del contrato; solo en estos contratos es posible que la equivalencia originaria entre las prestaciones, fijada por las partes, se modifique profundamente por circunstancias posteriores imprevisibles. Consiguientemente, la excesiva onerosidad no tiene cabida en los contratos de ejecución inmediata a la celebración del contrato, sin solución de continuidad, y que se agoten en una ejecución única, v. gr., una compraventa al contado, puesto que en estos contratos la prestación y contraprestación se ejecutan tan luego que se perfecciona el contrato, no mediando un lapso en el cual una de las prestaciones pueda sobrevenir en excesivamente onerosa, salvo que la prestación a cargo de una de las partes haya sido diferida por causa no imputable a ella (art. 1441.1 del CC).

2) *La excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación*

Para que se aplique la cláusula *rebus sic stantibus*, según lo dispone el artículo 1440, es necesario que se haya producido una profunda alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración de contrato, dando lugar a que una de las prestaciones se torne excesivamente onerosa como consecuencia de hechos posteriores, extraordinarios e imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes, que modifican el valor de las prestaciones, originalmente asignado por los contratantes, ocasionando un desajuste inaceptable entre prestación y contraprestación.

Un rompimiento del equilibrio contractual de tal envergadura justifica la revisión judicial del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o para resolver el contrato, en caso contrario, de exigirse el cumplimiento de la prestación devenida en excesivamente onerosa tal cual fue convenida (*pacta sunt servanda*) se estaría cometiendo una grave injusticia contra el deudor obligándolo a pagar una prestación a cambio de nada o a cambio de una

utilidad nimia.

Nada importa si en el mundo de los negocios uno de los contratantes obtiene mayores beneficios que el otro, gana mucho o demasiado y el otro cae en la ruina, sino que por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles una de las prestaciones se torna en excesivamente onerosa. Es decir, el principio de la excesiva onerosidad no está para corregir malos negocios, sino que es un remedio excepcional que se aplica cuando se produce un grave desequilibrio entre prestación y contraprestación ocasionado por hechos, también, excepcionales e imprevisibles que alteran sustancialmente la base económica del contrato.

Los hechos extraordinarios e imprevisibles, de un lado, provocan la excesiva onerosidad de la prestación, y, de otro, disminuyen considerablemente o desaparecen la utilidad de la contraprestación, modificando sustancialmente, de este modo, el equilibrio originario del contrato. Por tanto, no hay revisión si prestación y contraprestación, devienen en excesivamente onerosas en virtud de hechos posteriores extraordinarios e imprevisibles, porque tal situación no modifica el equilibrio contractual originario, no se presenta la situación por la que uno de los contratantes obtenga una utilidad desmesurada a costa de la ruina económica del otro.

Como dice MESSINEO²⁷, la excesiva onerosidad provocada por la imprevisión no ha de concebirse solamente como agravación de la onerosidad de la prestación (lo que es obvio), sino también como “disminución de la utilidad de la contraprestación”.

La determinación de la sobrevenida excesiva onerosidad debe hacerse sobre la base de criterios objetivos, a la luz de la situación real del mercado, y no en base a la situación de un deudor en particular. La ley no puede señalar apriorísticamente reglas fijas sobre la excesiva onerosidad, por lo que en cada caso concreto se determinará si los hechos extraordinarios e imprevisibles han trastocado el equilibrio original de las prestaciones, a tal punto que de imponerse el acatamiento inflexible del pacto, una de las partes resultaría excesivamente favorecida en desmedro de la otra que quedaría notoriamente perjudicada.

Cuando la sobrevenida excesiva onerosidad se debe a la devaluación de la moneda hay que distinguir entre la depreciación normal en periodos inflacionarios y el envilecimiento debido a una abrupta y súbita hiperinflación. La primera es previsible, por tanto, los contratantes actuando diligentemente se pueden valer de las cláusulas de reajuste para mantener el valor constante de la moneda hasta el final de la ejecución de la prestación (art. 1235 del CC). La segunda, por ser imprevisible constituye el fundamento de la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, siempre que el pago de la prestación en dinero sea aplazado a la ejecución de la prestación en bienes; en cambio, si se anticipó el pago de la prestación en dinero, por ejemplo, el arrendatario cancela anticipadamente la renta por todo el tiempo que dure el arrendamiento, el comprador paga el precio antes que el vendedor entregue el bien, el

²⁷

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ejea, Buenos Aires, 1986, t. II, p. 377.

suministrado cancela el precio antes que se le entreguen los bienes, no puede ser de aplicación la excesiva onerosidad de la prestación, puesto que el *accipiens* ha ingresado en su patrimonio una prestación equivalente al valor de cambio o valor de uso del bien que debe entregar. Como dice BARBERO²⁸, cuando el desequilibrio está solamente determinado por la desvalorización monetaria, “el principio de la *excesiva onerosidad* solamente se puede invocar en el caso de que *el pago sea aplazado a la ejecución de la prestación* (sic); pero cuando el pago se anticipa, es decir, se lo efectúa en el momento de la ordenación, no se puede ya invocar la excesiva onerosidad, porque en el patrimonio del *accipiens* entra inmediatamente un precio conmensurado al valor de la prestación que habrá de ejecutar, con el cual puede maniobrar en forma que evite los efectos de la onerosidad que se le siga de la desvalorización monetaria”.

Si la excesiva onerosidad se produce una vez ejecutadas la prestación y la contraprestación, el contrato se ha extinguido, por tanto, no hay equilibrio contractual originario que restablecer ni contrato que se pueda resolver.

3) *La verificación de un evento extraordinario e imprevisible*

Como ya hemos precisado antes, la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación debe obedecer a la ocurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, o sea, debe haber un nexo de causalidad adecuada entre ese acontecimiento y el desequilibrio contractual.

Un acontecimiento es *extraordinario* cuando ocurre excepcionalmente apartándose del orden o regla natural y normal de las cosas, por ejemplo, una guerra, una devaluación traumática de la moneda. Es *imprevisible* cuando las partes al momento de celebrar el contrato no lo han podido prever por superar su común capacidad de previsión; los contratantes pese a haber actuado con normal diligencia no han podido representarse su acaecimiento. Sin embargo, no siempre el evento extraordinario es imprevisible, por ejemplo, la guerra es ciertamente un evento extraordinario, pero en determinadas situaciones puede ser previsible. Ambas, la extraordinariedad e imprevisibilidad, son requeridas para que el evento tenga relevancia jurídica, una sola de ellas no es suficiente para que se cumpla el supuesto normativo del artículo 1440 del Código Civil.

No se requiere de una *imprevisibilidad absoluta*, esa que el ser humano puede representarse sin límites sobre sucesos futuros, o sea, que todo puede ser pensado y previsto, hasta lo inesperado. Un pensamiento así, esta fuera del sentido común, de lo racional y razonable, pues el contrato sería prácticamente imposible de celebrarse, los costos de información serían ilimitados, habría que prever que mañana puede caer un meteorito y destruir una ciudad, que el volcán Misti puede explosionar y sepultar a la ciudad de Arequipa, que el sol se puede apagar, que mañana se pueden repetir las siete plagas de Egipto o que nos invadirán los extraterrestres y miles de etcéteras; nunca terminaríamos de prever los acontecimientos futuros que pueden suceder, el contrato más simple constaría de miles de volúmenes. En Derecho, un pensamiento así está fuera de la recta razón, es pura novela, las personas celebran sus actos jurídicos de

acuerdo a las circunstancias y estado general de las cosas que con normalidad ocurren y subsisten en la realidad y que son las que determinan las intenciones de las partes de cualquier acto jurídico.

Para la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, basta que el hecho o hechos escapen a la habitual y *prudente previsibilidad* de los contratantes. Debe tratarse de un suceso sobreviniente, posterior a la celebración del contrato y que determina la sobrevenida excesiva onerosidad, ajeno a la voluntad de las partes, que supere su capacidad normal de previsión, por lo que ellas, obrando con una normal diligencia, considerando las circunstancias del caso y las condiciones personales, no hubieran podido evitarlo.

Con la exigencia de que el evento que torna en excesivamente onerosa a la prestación de una de las partes sea imprevisible, la ley obliga a los contratantes a obrar con diligencia en la valoración del contrato desde la perspectiva de su ejecución. Las partes, en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, programan una regulación de intereses destinados a realizarse en el tiempo, por tanto, tienen el deber de prever y calcular los riesgos inherentes, por ejemplo, la adecuación del contrato a las oscilaciones monetarias. Cuanto más se prolongue en el tiempo la ejecución del contrato, tanto más se tendrá en cuenta la posibilidad de que las circunstancias se modifiquen.

Allí donde se realicen riesgos no calculados, dependientes de la verificación de eventos extraordinarios, no previsibles, que provocan un grave desequilibrio en las prestaciones, incidiendo en la función económica concreta del contrato, el ordenamiento jurídico interviene con el remedio del reajuste de las prestaciones o con la resolución.

Los hechos previsibles observando una normal diligencia no pueden dar lugar a la acción por excesiva onerosidad de la prestación. La jurisprudencia argentina ha resuelto: “La circunstancia de concretar un contrato en épocas de depreciación monetaria impone a las partes prever sus consecuencias para que no se quiebre el equilibrio de las recíprocas prestaciones. No se está ante un supuesto de imprevisión contractual: nada ocurre de imprevisible y de extraordinario. El riesgo que existe en el contrato asume la condición de ser normal. La onerosidad sobrevenida para el vendedor como consecuencia de la depreciación monetaria originada en el proceso inflacionario operado en el país, entra en el álea normal del negocio, careciendo por su carácter previsible de virtualidad suficiente para poner en juego la cláusula *rebus sic stantibus*, toda vez que cuando las partes suscribieron el boleto de compraventa de que se trata (29 de agosto de 1960) dicho proceso de desvalorización monetaria ya estaba en marcha desde muchos años atrás” (CNCiv., Sala A, 6.11.69)²⁹.

Cuando en épocas de inflación se celebra un contrato de ejecución continuada, periódica o diferida, las partes deben prever las repercusiones que sobre las prestaciones tendrá la inflación, por tanto, si una de las prestaciones deviene en excesivamente onerosa como consecuencia del proceso inflacionario, no se está ante un hecho extraordinario ni imprevisible. En cambio, si se está frente

a un supuesto de imprevisión contractual cuando el proceso inflacionario toma una curva inesperada, se produce una inflación excepcional, una hiperinflación, un shock inflacionario.

4) *Que la sobrevenida onerosidad no entre en el riesgo normal del contrato*

No es de aplicación la teoría de la excesiva onerosidad cuando el evento que produce el desequilibrio entra en el riesgo normal del contrato, por ejemplo, el incremento de los precios de los materiales de construcción como consecuencia de la oferta y la demanda, la devaluación de la moneda debida a un proceso inflacionario desatado desde hace mucho tiempo. Tampoco procede revisar un contrato en el cual las partes previamente han aceptado un riesgo particular que entra a formar parte del contenido del contrato, como el pacto sobre el riesgo asegurable en el contrato de seguro.

5) *Ausencia de culpa del perjudicado*

Que la ejecución de la prestación no se haya diferido por dolo o culpa, de la parte perjudicada (art. 1443 del CC), ni que los sucesos extraordinarios e imprevisibles causantes del rompimiento del equilibrio contractual sean consecuencia del hecho propio, doloso o culposo, del contratante perjudicado.

En resumen, son requisitos de la excesiva onerosidad de la prestación:

- a) una grave alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato;
- b) que esa alteración sea sobrevenida a la celebración del contrato, en el que subsisten obligaciones pendientes de cumplimiento;
- c) que el contrato sea conmutativo de ejecución continuada, periódica o diferida;
- d) que la prestación llegue a ser excesivamente onerosa por hechos ajenos a las partes, extraordinarios e imprevisibles;
- e) que la causa de la sobrevenida excesiva onerosidad no se deba a dolo, culpa (art. 1443) o mora de la parte afectada;
- f) que la excesiva onerosidad no se deba al riesgo propio del negocio.

3. Contratos a los que se aplica

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1440 y siguientes, la institución de la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación solamente se aplica a determinados contratos a título oneroso:

- a) los conmutativos de ejecución diferida, continuada y periódica (art. 1440);
- b) los conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella (art. 1441.1)
- c) los aleatorios cuando la excesiva onerosidad resulte de causas ajenas a su alea propia (art. 1441.2);
- d) los contratos a título gratuito. En estos contratos es privativo de la única parte obligada accionar por excesiva onerosidad (art. 1424).

La revisión del contrato por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas, conmutativos, de ejecución continuada, periódica o diferida; a los contratos con prestación a cargo de una sola de las partes, también de ejecución continuada, periódica o diferida; a los de ejecución

inmediata cuando la ejecución de la prestación se ha diferido por causa no imputable al deudor; a los aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del negocio.

Conforme al artículo 1440, la teoría de la excesiva onerosidad se aplica a “los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida”, quedando marginados los contratos de ejecución inmediata. De acuerdo con esta norma, el principio de la excesiva onerosidad de la prestación es aplicable a todas las obligaciones contractuales que puedan ser afectadas por la acción del tiempo, ya sea la prestación de ejecución continuada, periódica o diferida, como ocurre con las sometidas a condición o a plazo. En una palabra, la teoría se aplica a todos los contratos conmutativos en los que hay un lapso entre la celebración y el cumplimiento del contrato.

Con relación al contrato de compraventa a plazos existen opiniones encontradas. De un lado se sostiene, como en la jurisprudencia argentina³⁰, que “solo cabe aplicar la teoría de la imprevisión en aquellos contratos de ejecución diferida en razón del tracto sucesivo, en los cuales las prestaciones que deban sobrevenir resulten sustancial e imprevisiblemente alteradas en relación a las establecidas por las partes con cuidado y previsión”; según esta opinión, como el contrato de compraventa no es de tracto sucesivo, sino de ejecución instantánea, no cambiando su naturaleza por el hecho de que se difiera la ejecución de una de las prestaciones, no le es de aplicación la acción por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación. De otro lado, según la opinión de otro fallo argentino: “No puede merecer reparos la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de compraventa, desde la perspectiva de los contratos de ejecución diferida que menciona el artículo 1198 del Código Civil³¹. Ello es así, ya sea que considere que los contratos de ejecución diferida son aquellos en los cuales la ejecución de una prestación ha quedado postergada en el tiempo, como ocurre con las obligaciones sujetas a plazo o condición, porque es obvio que en tal supuesto encuadra la venta con pago del precio en cuotas o plazos; o ya en la hipótesis que conceptúe el plazo como modalidad de la categoría de ‘contratos instantáneos’, y se reserva la calificación de ‘contratos de ejecución diferida’ para aquellos que estén sometidos a una condición, o a un evento futuro o incierto, porque aquí se ha sostenido, con buen criterio, que el plazo a los efectos de la resolución por excesiva onerosidad debemos asimilarlo al contrato de ejecución diferida, máxime que en esta cuestión lo que cuenta es la proyección de un contrato en el tiempo, sea bilateral o unilateral, conmutativo o aleatorio”³². Por supuesto que esta es la solución que se ajusta a la justicia conmutativa, a la moral, al orden público y a la buena fe.

Para la aplicación del principio de la excesiva onerosidad de la prestación basta que exista un lapso entre el nacimiento del contrato y su cumplimiento, puesto que en ese interregno pueden ocurrir acontecimientos imprevisibles que irrumpen en el contrato y que tornen a una de las prestaciones en excesivamente onerosa, no importando que el contrato sea de compraventa, arrendamiento, suministro, etc.

Si un contrato de compraventa, con precio diferido para ser pagado en forma escalonada mediante cuotas periódicas, es afectado por una súbita e imprevisible

³⁰ Citada por FLAHERTY/SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, cit., p. 165.

³¹ Se refiere al artículo 1198 del Código Civil argentino que en su segunda parte prescribe: “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa [...]”.

³² Citado por FLAHERTY/SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, cit., p. 165.

devaluación traumática de la moneda que reduce el precio a la nada, es obvio que se tiene que aplicar la teoría *rebus sic stantibus* con el fin de que se restablezca el equilibrio contractual para que se realice la justicia conmutativa, o si no es posible el reajuste de las prestaciones, para que se resuelva el contrato. Como se observa, se trata de una compraventa, y como tal, de un contrato conmutativo, de ejecución diferida, en el cual se ha roto el equilibrio contractual como consecuencia de un hecho extraordinario e imprevisible, es decir, las circunstancias que rodearon su celebración se han modificado inesperada y drásticamente, lo que autoriza la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación.

Solo una defensa a ultranza del principio nominalista, que desconozca el valor de cambio o en curso del dinero, puede conducir a que la solución desemboque en una decisión contraria a la justicia y a la buena fe³³, por la que se transfiera la propiedad de un bien a cambio de un precio envilecido gracias a un hecho excepcional e imprevisible que ha convertido a la prestación en excesivamente onerosa, obligando al deudor a sufrir un excesivo sacrificio patrimonial, solo por no haber previsto lo imprevisible. La buena fe, que acompaña al contrato no solo en la celebración, sino también en el momento de su ejecución, impide que se obligue al deudor a ejecutar una prestación devenida en excesivamente onerosa sin recibir a cambio nada o una contraprestación irrisoria, convirtiendo a un contrato oneroso, como es la compraventa, en un contrato gratuito.

4. Contratos a los que no se aplica

La excesiva onerosidad no se aplica:

a) los contratos de ejecución instantánea en los que no se difiere la ejecución de la prestación (contratos de ejecución inmediata);

b) los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad ingrese en el alea normal del contrato. Un ejemplo: una señora de 95 años entregó su casa en propiedad a su abogado a cambio de que este le pase una renta durante el tiempo que ella viva. El abogado haciendo una evaluación costo beneficio, estaba convencido de que hacía un gran negocio, pues consideraba que la señora, a los más, viviría dos o tres años más. La señora tenía 120 años y aún se mantenía lúcida. Entrevistada por la prensa, le preguntan: Señora, ¿qué le parece, su abogado le ha pagado ya más de tres veces el valor de su casa? y ella contesta: sí pues, en estos negocios a veces se gana y a veces se pierde. Aquí la longevidad extrema de la persona, en cabeza de quien se determinó la duración del contrato, está dentro del riesgo propio de este contrato.

c) los contratos en los que su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

5. Efectos: revisión y resolución

Conforme al art. 1440, el afectado con la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación se encuentra legitimado para demandar con la pretensión de que el juez

³³ La jurisprudencia argentina ha resuelto: “La resolución contractual —compraventa en el caso— por aplicación de la teoría de la imprevisión reconoce, en última instancia, como fundamento la buena fe y la necesidad inmanente de que tal buena fe no se vea traicionada por circunstancias sobrevinientes y extrañas a la voluntad y acción de los propios contratantes. Es una razón de equidad, de moralidad intrínseca, lo que determina la necesidad de revisar y eventualmente nulificar una convención”; citado por FLAHERTY/SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, cit., p. 142.

reajuste equitativamente los términos del contrato, disminuyendo la prestación o aumentando la contraprestación o, si ello no fuera posible, que resuelva el contrato³⁴. Por supuesto, nada impide que la parte afectada plantee directamente a su contraparte el reajuste equitativo de los términos del contrato o la resolución, como ya viene sucediendo en la realidad como consecuencia de la pandemia covid-19 que ha dejado sin trabajo a millones de personas, por tanto, sin recursos para poder cumplir fielmente sus obligaciones contractuales.

Consideramos que en el proceso judicial, el afectado por la excesiva onerosidad puede solicitar una medida cautelar, si la naturaleza del contrato lo permite, para que se suspenda los plazos de cumplimiento hasta tanto varíen las circunstancias desequilibrantes o se agote el debate judicial.

El artículo 1440 propicia el reajuste o revisión del contrato en todos los casos en que sea posible, limitando el remedio de la resolución a los supuestos en que la naturaleza de la prestación o las circunstancias no toleren el reajuste, o cuando lo solicite el demandado. El reajuste, reduciendo la prestación devenida en excesivamente onerosa o incrementando la contraprestación, debe, en la medida de lo razonable, restablecer los valores iniciales, enmendando lo que el acontecimiento extraordinario e imprevisible ha venido a modificar, para que el cumplimiento del contrato no signifique una flagrante injusticia.

Como señala ALTERINI³⁵, “la recomposición de la ecuación económica del contrato no significa rehacerlo íntegramente, pues no se trata de convertir un mal negocio en uno bueno. Únicamente corresponde evitar la situación ruinosa para el deudor, eliminando las aristas más agudas de injusticia resultantes del acontecimiento extraordinario e imprevisible”.

En protección del principio de conservación del contrato, la parte perjudicada solicita al juez, que en primer lugar, reduzca la prestación o aumente la contraprestación, o sea que se modifique las prestaciones repartiendo equitativamente entre las partes el riesgo sobrevenido, a fin de que cese la excesiva onerosidad, y, solamente si por su naturaleza no es posible que se reduzca la prestación o se aumente la contraprestación, o si lo solicita el demandado, decida la resolución del contrato. De

³⁴ Principios Unidroit. Artículo 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 su equilibrio”.

Nota: Conforme a esta norma, son las partes las que renegocian el contrato buscando un punto de equilibrio patrimonial. La parte en desventaja que pretende la renegociación debe solicitarla sin demora, en cuanto se producen los hechos que dan lugar a la excesiva onerosidad. La tardanza en la solicitud puede dar a entender que la situación no es grave. La solicitud de renegociación debe aportar los hechos que justifiquen la necesidad de llevarla a cabo. En tanto la situación no sea modificada por las partes o por el juez, las obligaciones deben ser cumplidas. Si la contraparte no accede a la renegociación, o realizada esta no se consigue resultado alguno, se abre las puertas a la solución judicial.

³⁵ ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, cit., p. 376.

este modo se favorece la justicia correctiva y la conservación del contrato hasta donde sea posible.

El último párrafo del artículo 1440 dispone que “la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas”, esto es así cuando el contrato es de ejecución continuada, dado a que por la naturaleza de las prestaciones continuadas es imposible físicamente la restitución de la parte de la prestación ya ejecutada, en consecuencia la resolución del contrato no puede afectar a las prestaciones ya ejecutadas. En los contratos de ejecución periódica, cada par de prestación y contraprestación son autónomas de las demás, razón por la que, también, la resolución no tiene por qué afectar a las prestaciones ya ejecutadas, las mismas que deben quedar firmes y definitivas.

Por principio, en los contratos de ejecución duradera, continuada o periódica, la resolución no alcanza a los efectos ya cumplidos. El *contrario sensu* del último párrafo del artículo 1440 dispone que la retroactividad entre las partes está limitada a las prestaciones todavía no ejecutadas.

No sucede lo mismo en el contrato de ejecución instantánea cuyo cumplimiento de las prestaciones se ha diferido, en el cual la retroactividad al momento en que se celebró el contrato es el efecto natural de la resolución. Por ejemplo, resuelto un contrato de compraventa en aplicación del artículo 1440, por envilecimiento del precio como consecuencia de una hiperinflación sorpresiva, el efecto natural es que las partes deben restituirse las prestaciones ejecutadas, es decir, el comprador restituye el bien al vendedor y este debe reintegrar al comprador las sumas que pagó a cuenta del precio, reajustadas en función de la depreciación monetaria.

6. Supuestos de solución

Si las partes contratantes, en libre negociación, optan por la readecuación de los términos del contrato, en ejercicio de su autonomía privada, pueden reformularlo, si desean, desde el inicio y no solamente a partir del momento en que se produjo el desequilibrio de las prestaciones, puesto que cuentan con la facultad de modificar sus contratos en cualquier momento y en los términos que ellos deseen (art. 1351), lo que no puede afectar el derecho de terceros, en tanto ellos no participan en el acuerdo. La reformulación del contrato puede tener efectos novatorios, si es la voluntad de las partes (art. 1277).

El reajuste judicial de las prestaciones no puede tener efectos retroactivos al momento en que se produjo el desequilibrio por sobrevenida excesiva onerosidad. Si antes del evento extraordinario se intercambiaron prestaciones, se hicieron amortizaciones, etc., estas tienen efectos liberatorios. En otros términos, las prestaciones cumplidas quedan firmes.

Las prestaciones que debieron ejecutarse al tiempo en que sobreviene la excesiva onerosidad deben ejecutarse en los mismos términos acordados, el Juez no puede revisarlas.

De la misma manera, en los contratos de ejecución continuada o periódica, la resolución judicial del contrato no alcanza a las prestaciones recíprocamente cumplidas, las cuales quedan firmes. Las prestaciones que debieron haberse cumplido al tiempo de la sobrevenida excesiva onerosidad deberán ejecutarse en los mismos términos acordados, el Juez no las puede modificar.

En los contratos de ejecución instantánea, cuando se ha diferido el cumplimiento de la prestación (ej., hoy se vende una casa con la obligación del comprador de pagar el precio el próximo 28 de diciembre) o se ha convenido que el precio se pague en forma escalonada (ej., compraventa a plazos, en la que el precio se pagará en varias armadas mensuales), salvo que la contraprestación sea divisible, la resolución tiene efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato.

Cuando la excesiva onerosidad sobreviene luego que la parte perjudicada ha ejecutado su prestación, pero antes que el beneficiado cumpla la suya, la resolución del contrato tendrá como consecuencia que el demandado debe restituir lo recibido, quedando liberado de cumplir con su prestación.

7. Diferencias entre imposibilidad y excesiva onerosidad de la prestación

Hay diferencias entre resolución por *sobrevenida imposibilidad* de la prestación regulada en los artículos 1431 a 1434 y la resolución por *sobrevenida excesiva onerosidad* de la prestación disciplinada en los artículos 1440 a 1446. En la primera la prestación es imposible de cumplimiento, en cambio en la segunda solo hay dificultad para cumplirla; en otros términos, en la primera hay imposibilidad de ejecutar la prestación y en la segunda existe imposibilidad de alcanzar el fin del contrato. Solamente en la segunda se exige como requisito, la verificación de un evento extraordinario e imprevisible. A la primera se aplica la teoría del riesgo, y opera de pleno derecho; en cambio, la resolución por excesiva onerosidad de la prestación requiere de sentencia judicial.

Dentro de la teoría del riesgo, la prestación es imposible de cumplirse, el obstáculo que ha generado la imposibilidad es insuperable, como ocurre con la fuerza mayor y el caso fortuito, razón por la que el deudor queda automáticamente liberado de ejecutar su prestación, pues, nadie puede ser obligado a lo imposible; el contrato se resuelve de pleno derecho (*ipso iure*). En cambio, en el ámbito de la doctrina de la *imprevisión* la prestación que ha devenido en excesivamente onerosa es posible de cumplirse, pero generando un excesivo sacrificio para el deudor y un desmedido beneficio para el acreedor. Precisamente, porque el hecho extraordinario e imprevisible no produce la imposibilidad sino solamente la dificultad de la ejecución de la prestación devenida en excesivamente onerosa, la resolución no opera de pleno derecho, sino que primero se debe intentar el reajuste de los efectos del contrato, y, solo si esto no es posible, decidir la resolución.

Como en todo conflicto derivado de relaciones civiles o comerciales, en una situación de sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación, las partes de *mutuo acuerdo* deben llegar a restablecer el equilibrio entre las prestaciones o dejar sin efecto el contrato (art. 1313 del CC); si ello no es posible deben ir a la *negociación* contando con el asesoramiento de un abogado; si con la negociación no resuelven el conflicto pueden recurrir a la *conciliación extrajudicial*; y solo en última instancia pueden someter el caso a *arbitraje* o a *decisión judicial*.

VII. EXTENSIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

Artículo 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.

Concordancias: CC: arts. 1316, 1426, 1440, 1447.

Antecedentes normativos: CC argentino: art. 1198. CC italiano: art. 1469.

El art. 1440 dispone que la acción por excesiva onerosidad procede en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida. El art. 1441 extiende la acción por excesiva onerosidad a los contratos de ejecución inmediata cuando el cumplimiento de la obligación se ha diferido por causa no imputable a las partes; y a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causa extraña al riesgo propio del contrato, es decir, la revisión o resolución del contrato no procede por el riesgo previsto en el contrato, sino por un riesgo adicional extraordinario e imprevisible.

Sabemos, por lo expuesto antes, que el contrato es de *ejecución instantánea* cuando es posible que las prestaciones se ejecuten en un solo acto, ya sea inmediatamente que se perfecciona el contrato o en un momento ulterior. En cambio es de *ejecución permanente* (o de *tracto sucesivo* o de *duración*) cuando dura la ejecución de la prestación en forma continuada (ej., el suministro de energía eléctrica) o periódica (ej., el suministro periódico de algodón a una fábrica que produce hilos); estos contratos no cumplirán su función económica, no serán contratos, si por lo menos una de las prestaciones no se ejecuta durante un tiempo continuado o periódico, v. gr., no sería arrendamiento el contrato por el cual el arrendador cede el uso de un bien con la obligación de que el arrendatario lo devuelva inmediatamente que lo recibe.

De otro lado, el contrato el de *ejecución instantánea* puede ser de: a) *ejecución inmediata*, cuando la prestación o prestaciones se ejecutan inmediatamente que el contrato queda perfeccionado (p. ej., la compraventa al contado); b) *ejecución diferida*, cuando se posterga la ejecución de la prestación debida para un momento ulterior (ej., la compraventa en la que se posterga para un momento ulterior al entrega del bien o el pago del precio o ambas prestaciones); c) *ejecución escalonada*, cuando la prestación única se pagará por partes (ej., la compraventa a plazos).

El contrato es conmutativo cuando los contratantes conocen *ab initio* los beneficios que obtendrán; en cambio, es riesgoso cuando su objeto es un riesgo o alea, v. gr., los contratos de juego y apuesta, el contrato de renta vitalicia.

Por mandato del art. 1440 se aplica la revisión o, en su defecto, la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente a los contratos conmutativos de ejecución continuada o periódica y a los contratos de ejecución instantánea cuando, por acuerdo de las partes, se ha diferido una o ambas prestaciones para ser ejecutadas en un solo momento ulterior o para ser ejecutadas escalonadamente. Pero además, por mandato del art. 1441, la excesiva onerosidad se aplica a los contratos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella (ej., un caso fortuito o fuerza mayor); igualmente se aplica a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad no procede del riesgo regulado en el contrato, sino de un riesgo extraordinario e imprevisible. Así, en el contrato de renta vitalicia, el riesgo propio del contrato es la duración de la vida de la persona en cabeza de quien se ha

fijado la duración del contrato, pero no lo es, por ejemplo, una devaluación traumática de la moneda que pueda gravar desmedidamente la prestación de uno de los contratantes.

En otros términos, el artículo 1441.2 del Código Civil excluye la revisión o resolución del contrato en la hipótesis en que la sobrevenida onerosidad de la prestación entre en el alea normal del contrato. Por ejemplo, el riesgo asegurable previsto en un contrato de seguro constituye el alea normal de dicho contrato, el cual no puede estar en discusión por excesiva onerosidad como consecuencia de la verificación de tal riesgo.

VIII. LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LOS CONTRATOS CON PRESTACIONES A CARGO DE UNA SOLA DE LAS PARTES

Artículo 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 artículo 1440.

Concordancias: CC: arts. 1371, 1372, 1440, 1441.

Antecedentes normativos: CC italiano: art. 1468.

El contrato es con prestaciones a cargo de una sola de las partes (denominado también unilateral), cuando una sola de las partes es la que se obliga hacia la otra, sin que esta asuma ninguna obligación. Son contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes, por ejemplo, la donación, la fianza.

En estos contratos no se puede hablar de desequilibrio originario del contrato o de rompimiento de la equivalencia de las prestaciones, porque en ellos no hay una confrontación entre el equilibrio de las prestaciones en el momento de la estipulación del contrato y el desequilibrio en el momento de la ejecución, puesto que no hay prestación y contraprestación.

La fuente de la norma del artículo 1442 es el artículo 1468 del Código Civil italiano, el mismo que dispone: Artículo 1468 (Contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes): *“En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se trata de un contrato en el que una sola de las partes hubiese asumido obligaciones, esta podrá pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducirlas a la equidad”*.

Existiendo solamente prestación sin contraprestación, la cuestión se reduce a confrontar entre el valor o costo de la prestación en el momento en que se estipula el contrato y el valor o costo, más gravoso, que presenta la misma prestación en el momento del cumplimiento, como consecuencia de eventos sucesivos extraordinarios, cuyo acaecimiento las partes no pudieron representarse no obstante su común capacidad de previsión.

La ley confiere al deudor de la prestación la acción por excesiva onerosidad para que se reduzca la prestación a fin de que se restablezca el valor que tenía la prestación en el momento de la estipulación del contrato o, si ello no es posible, que se proceda a la

resolución³⁶.

IX. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR EXCESIVA ONEROSIDAD

Artículo 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.

Concordancias: CC: arts. 1318-1320, 1336, 1340.

Para que proceda la acción de revisión del contrato por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación se requiere que la ejecución de la prestación no se haya diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

Procede dolosamente el deudor que deliberadamente no ejecuta su prestación (art. 1318 del CC). Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación (art. 1319 del CC); y actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1320 del CC). Nadie puede pretender la revisión con el fin de que se reajusten las prestaciones para restablecer el equilibrio contractual o para que se resuelva el contrato amparándose en su propio dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve.

Como dice GOLDENBERG³⁷, “la ley solo concede el beneficio al deudor cuya conducta sea jurídicamente irreprochable. Esta postura, corolario del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (en juicio no se escucha a nadie que alegue su propia torpeza) se ve en este caso reafirmada por el carácter excepcional del instituto. Mal puede, por otra parte, compadecerse un comportamiento doloso o culpable con la regla de la buena fe que anida en la esencia de la doctrina”.

En la legislación comparada, el penúltimo párrafo del artículo 1198 del Código Civil argentino, establece que no procede la resolución del contrato por excesiva onerosidad “si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora”. Esta norma no se repite en el nuevo Código civil y comercial argentino.

El Código Civil peruano no contiene una norma que impida al deudor moroso ejercitar la acción por excesiva onerosidad, sin embargo, la ley no puede amparar a quien con su conducta provoca el desequilibrio de las prestaciones. Por tanto, no puede proceder el remedio legal cuando el deudor moroso con su dolo o culpa ha determinado la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación.

El contratante perjudicado que demanda por excesiva onerosidad de la prestación, podrá acumular a su acción la de indemnización por los daños que le ha irrogado el demandado moroso (arts. 1336 y 1339 del CC).

Por principio, si la excesiva onerosidad de la prestación se debe a la culpa o dolo del contratante perjudicado, este no podrá invocar la excesiva onerosidad de la prestación.

X. NULIDAD DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN

³⁶ En la legislación comparada, por ejemplo, el artículo 1460 del Código Civil italiano, encontramos que en los contratos con obligaciones para una sola de las partes, la reducción de la prestación a términos equitativos es el único remedio, no permitiéndose la resolución.

³⁷ GOLDENBERG, “La cláusula *rebus sic stantibus*”, cit., p. 110.

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

Concordancias: CC: arts. 219, 224, 1354, 1445, 1446.

Los requisitos legales exigidos para la aplicación de la teoría de la imprevisión con el fin de paliar los excesivos e injustificados sacrificios que sufriría la parte perjudicada como consecuencia de sucesivos acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, determinan que las normas que regulan la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación sean de carácter imperativo, razón por la que la renuncia previa a la acción por excesiva onerosidad de la prestación es nula.

Si bien es cierto que, conforme al artículo 1354, los contratantes son libres para determinar el contenido de sus contratos, no debe soslayarse que esa libertad encuentra su límite en las normas de carácter imperativo, como lo es la del artículo 1444.

Si se permitiera la renuncia anticipada a la acción por excesiva onerosidad de la prestación, tal renuncia se convertiría en una cláusula de estilo, quedando sin aplicación las normas que la regulan.

De otra parte, considerar válida la renuncia a la acción por excesiva onerosidad, significaría permitir al acreedor para que pueda exigir el cumplimiento de una prestación que se ha vuelto excesivamente onerosa, aun cuando con ello cause la ruina económica del deudor por un hecho que no le es imputable.

En aplicación del artículo 224 que establece que la nulidad de una o más disposiciones del acto jurídico no perjudica a las otras, la nulidad de la disposición contractual por la que se renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación no conlleva la nulidad de todo el contrato.

XI. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Artículo 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.

Concordancias: CC: arts. 1440, 1446, 2003, 2006.

La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos que han generado el rompimiento del equilibrio contractual. Conforme al artículo 1445, el plazo para ejercitar la acción por excesiva onerosidad es de caducidad, no de prescripción, por tanto, no admite suspensión ni interrupción, ni permite el pacto en contrario que suprima, disminuya o incremente dicho plazo, por ser la norma del artículo 1445 de carácter imperativo. Por ser el plazo de caducidad, puede el juez declararlo de oficio o a petición de parte.

El plazo de caducidad solamente se suspende mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano (art. 2005).

XII. TÉRMINO INICIAL DEL PLAZO DE CADUCIDAD

Artículo 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.

Concordancias: CC: arts. 183, 184, 1445, 2007.

Conforme a lo establecido por el artículo 1446, el plazo de caducidad de tres meses para el ejercicio de la acción por excesiva onerosidad de la prestación se computa a partir del momento en que han cesado de producirse los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. En aplicación del artículo 2007, la caducidad se produce trascurrido el último día del plazo de tres meses, aun cuando ese último día sea inhábil.