

Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos

Rodrigo Momberg Uribe

LL. M. en Derecho Privado Europeo, Universidad Utrecht

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

Introducción y propósito

La preocupación por la armonización y/o unificación del Derecho Mercantil Internacional ha sido un tema relevante en el trabajo de diversas organizaciones internacionales especializadas en la materia.

El presente trabajo tiene por objeto primario la exposición y análisis de las disposiciones relevantes en materia de modificación o revisión del contrato por un cambio sobreviniente en las circunstancias, contenidas en instrumentos internacionales de diversa naturaleza emanados de dos de esas organizaciones: el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y la Comisión de Derecho Contractual Europeo.

Por otra parte, un objeto secundario es introducir en el debate doctrinario nacional las alternativas planteadas en materia de revisión del contrato por estos instrumentos internacionales, teniendo en cuenta que el tema (bajo su denominación tradicional de "teoría de la imprevisión") ha sido incorporado dentro de las posibles reformas al Código Civil.¹ Por otra parte,

¹ Fundación Fernando Fueyo L., *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp.181-242. En dicho texto se hace referencia a las obras nacionales disponibles en la materia.

existe también un proyecto de ley relativo a la materia, que propone (mediante su incorporación en una ley particular dictada al efecto) la posibilidad de revisar judicialmente contratos de naturaleza civil y mercantil. No obstante, la tramitación de dicho proyecto se encuentra actualmente paralizada.²

Sin embargo, en los estudios nacionales disponibles, en cuanto a Derecho Comparado se trata, no se han considerado los instrumentos objeto del presente estudio, falta que justamente por medio de estas páginas se pretende subsanar.

1. Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente, fundada originalmente en 1926 bajo la tutela de la Liga de las Naciones, y reconstituida en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral, el denominado "Estatuto Unidroit".³ El objeto principal de UNIDROIT es la modernización, armonización y coordinación del derecho privado (en especial en materias comerciales) entre Estados o grupos de Estados.

En cumplimiento de este objeto, en 1980 se creó un Grupo de Trabajo encargado de fijar la agenda y establecer los procedimientos del proyecto denominado originalmente Codificación Progresiva del Derecho Comercial Internacional, optándose más tarde por la elaboración de unos Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante Principios UNIDROIT).⁴

En febrero de 1994 el Grupo de Trabajo finalizó la redacción de los Principios, la cual fue sancionada en mayo del mismo año por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT. La obra se compone de un Preámbulo y 119 artículos, divididos en siete capítulos: Disposiciones Generales, Formación, Va-

² El proyecto se inició por moción de un grupo de diputados, ingresando a la Cámara con fecha 14 de marzo de 2001 (Boletín 309-07). Aunque fue aprobado en dicha instancia, en el segundo trámite constitucional en el Senado se ordenó con fecha 14 de abril de 2004 su archivo. Por esta razón, estimamos que el análisis de dicho proyecto no es trascendente para los fines de este estudio.

³ Chile se incorporó a UNIDROIT en 1951, y tras interrumpir su participación en 1967, se volvió a incorporar en 1982 (D.S. 504 de 25 de agosto de 1982).

⁴ Sobre el origen de dicha iniciativa y razones por las cuales se abandonó el concepto de codificación, véase Pendón Meléndez, M., "Cap. I: Preámbulo"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *Comentario a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 32; y Bonell, M., *An International Restatement of Contract Law*, 2 Ed., New York, 1997.

lidez, Interpretación, Contenido, Cumplimiento e Incumplimiento. Los artículos, a la manera de los *Restatements* del derecho estadounidense, están seguidos de un comentario y en algunas ocasiones de ejemplos prácticos.

Recientemente, el Consejo de Gobierno aprobó una segunda edición de los principios, en virtud de la cual se agregaron cinco capítulos nuevos: Poderes de los Representantes; Derechos de Terceros; Compensación; Cesión de Derechos, Transferencia de Deudas y Cesión de Contrato; y Plazos de Prescripción.⁵

Los Principios UNIDROIT dedican una sección completa a la regulación del efecto del cambio sobreviniente de circunstancias o *hardship*, de acuerdo a la terminología por ellos empleada. Las normas se encuentran dentro del Capítulo Sexto, referido al cumplimiento del contrato. Por su parte, la fuerza mayor se regula en el Capítulo Séptimo, relativo al incumplimiento. La explicación es simple: en el primer caso, la obligación puede aun ser cumplida, pero bajo condiciones excesivamente perjudiciales u onerosas. En cambio en el segundo caso, el cumplimiento de la obligación ya no es posible bajo ninguna circunstancia.⁶

Estas reglas se inspiran en el principio del *favor contractus*, esto es, el propósito de preservar el contrato en tanto sea posible, limitando de esta manera el número de casos en los cuales su existencia o validez puede ser cuestionada o en los cuales las partes puedan liberarse del cumplimiento de las obligaciones contraídas.⁷

Regla general

El artículo 6.2.1 de los Principios UNIDROIT establece:

(Obligatoriedad del contrato)

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

⁵ El texto de los proyectos de los capítulos se encuentra disponible en: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/presentation.htm>. Se espera su próxima publicación oficial.

⁶ Perillo, J., "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1998, p. 120.

⁷ Bonell, M., *op. cit.*, p.117. Otras reglas relacionadas con el principio de *favor contractus* son los artículos 2.1, 2.11(2), 2.14, 2.22, 3.2, 3.3, 3.7, 3.10, 3.13, 7.3.1, 7.1.4

Este artículo es la confirmación del principio general del carácter obligatorio de los contratos (*pacta sunt servanda*) establecido en el artículo 1.3.⁸ Así, las partes deben cumplir las obligaciones contraídas siempre que sea posible, siendo indiferente la carga que ello importe para la parte obligada.⁹ Las partes deben asumir los riesgos normales que conlleva toda transacción, y el cumplimiento de las obligaciones no puede estar supeditado a las expectativas o ventajas que cada contratante espera obtener.

Sin embargo, esta regla general no es absoluta. En caso que las circunstancias sobrevinientes sean de tal magnitud que alteren de modo fundamental el equilibrio de las prestaciones, la parte afectada puede alegar excepcionalmente que se ha producido una situación de "excesiva onerosidad" o *hardship* que extingue o modifica las obligaciones por ella contraídas.¹⁰

La definición de *hardship* está dada por el artículo 6.2.2:

(Definición de la "excesiva onerosidad" [*hardship*])

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

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

⁸ Dicho artículo establece que "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios".

⁹ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, UNIDROIT, 1994, p. 148.

¹⁰ Los Comentarios a los Principios UNIDROIT señalan que se prefirió la expresión *hardship* por sobre otras empleadas en diversos sistemas jurídicos, como *frustration*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *imprevisión*, *excessiva onerosità sopravvenuta*, etc; debido a que la primera es utilizada frecuentemente en el comercio internacional, en especial en relación a las denominadas "cláusulas *hardship*"

La definición es compleja,¹¹ en el sentido que no sólo señala la naturaleza esencial de la excesiva onerosidad (una alteración fundamental en el equilibrio del contrato, ya sea incrementando el costo de la prestación que una de las partes debe ejecutar, o bien disminuyendo el valor de la prestación que una de las partes debe recibir), sino que también agrega otros factores que deben concurrir para que esta excesiva onerosidad sea jurídicamente relevante.

Requisitos de la excesiva onerosidad

Tomando en cuenta la definición señalada, sin duda que el criterio decisivo es que la alteración en el equilibrio de las prestaciones debe ser *fundamental*. En relación a ello, los Comentarios señalan que determinar si dicha alteración es fundamental o no dependerá de las circunstancias del caso concreto. Así, si la obligación es susceptible de apreciación pecuniaria, un aumento de 50% o más en el costo de la misma podría ser considerado como una alteración "fundamental".¹² Sin embargo, esta fórmula en ningún caso puede implicar que los riesgos económicos normales del contrato puedan ser traspasados a la contraparte.¹³

Debe destacarse que los Principios UNIDROIT consagran un criterio objetivo para determinar la existencia de excesiva onerosidad, sin que sea necesario que las partes hayan hecho de la permanencia de ciertas circunstancias la base de su relación.

Por otra parte, cuando se utiliza el término *onerosidad* se está haciendo referencia a *carga económica*.¹⁴ Así, la alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones se presenta principalmente por dos vías: aumento sustancial del costo de la prestación para una parte (v. gr. incremento desmesurado de las materias primas necesarias para la producción de las mercaderías, del costo de los seguros, etc.), o bien reducción significativa del valor de la prestación recibida por la otra, incluyendo el caso en que la prestación ha perdido todo valor para dicha parte (v. gr. imposibilidad de revender los bienes por prohibiciones administrativas posteriores).¹⁵

Establecida la situación anterior, que podemos considerar el presupuesto básico de la excesiva onerosidad, han de concurrir los requisitos adicional-

¹¹ Perillo, J., *op. cit.*, p. 127.

¹² UNIDROIT, *op. cit.*, p.150.

¹³ Maskow, D., "Hardship and Force Majeure", 40 *American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 662.

¹⁴ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 310.

¹⁵ UNIDROIT, *op. cit.*, pp.150-151.

les establecidos en el artículo 6.2.2 letras a) a d) para que la alteración fundamental en el equilibrio de las prestaciones la configure.

Estos requisitos son:

a) *Los hechos causantes de la excesiva onerosidad deben tener lugar o llegar a ser conocidos por la parte afectada con posterioridad a la celebración del contrato.*

Ello es lógico, ya que de haber sido conocidos, la parte afectada podría haber tomado las precauciones necesarias para evitar los perjuicios producidos por la alteración de las condiciones contractuales.

En todo caso, la inclusión de hechos anteriores a la celebración del contrato como causantes de la excesiva onerosidad no es pacífica. Así, por ejemplo, en su parte pertinente, los Principios del Derecho Europeo de Contratos los excluyen.

Dicho de otra manera, si los hechos eran conocidos de la parte afectada, quedaron integrados al equilibrio contractual, asumiendo el contratante respectivo el riesgo de tales eventos.

En todo caso, esta norma debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 3.10, relativo a la *lesión*, esto es, la excesiva desproporción entre las prestaciones del contrato, presente al momento de su celebración.¹⁶

b) *Estos hechos no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte afectada.*

Se trata de una cuestión de hecho, de manera que habrá que analizar el caso concreto para determinar si los hechos constitutivos de la excesiva onerosidad pudieron o no ser previstos por la parte afectada.¹⁷

¹⁶ Dicho artículo establece: "(1) Una parte podrá anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración, el contrato o la cláusula otorgan a la otra parte injustificadamente una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: a) Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y b) La naturaleza y finalidad del contrato. (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlo a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal podrá también adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las previsiones del artículo 3.13 (2)".

¹⁷ Mayores referencias al concepto de razonabilidad se harán al comentar los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

c) *Los hechos deben escapar del control de la parte en desventaja.*

Así, si la parte afectada pudo o puede influir con su poder sobre los hechos causantes de la excesiva onerosidad, obviamente no tiene derecho a invocarlos para efectos de modificar el contrato.

d) *El riesgo por tales hechos no debe haber sido asumido por la parte en desventaja.*

Si la parte afectada ha asumido el riesgo del cambio de circunstancias, la excesiva onerosidad debe ser excluida. En base al principio de la libertad contractual, los contratantes pueden perfectamente pactar la asunción de un riesgo mayor al ordinario.

Sin embargo, esta asunción del riesgo no sólo tiene lugar en virtud de declaración expresa de las partes, sino también cuando puede deducirse implícitamente de sus declaraciones o actuaciones o bien puede derivarse de la naturaleza del contrato.¹⁸ Así, la parte que celebra un contrato que implica operaciones especulativas está obligada a asumir los riesgos conexos al contrato, aun cuando al momento de celebrar el contrato no haya tenido una noción cabal del riesgo que asumía.¹⁹

Efectos de la excesiva onerosidad

A este respecto el artículo 6.2.3 establece:

(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:

¹⁸ Maskow, D., *op. cit.*, p. 663.

¹⁹ UNIDROIT, *op. cit.*, p. 152.

- (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
- (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

A. Derecho a requerir renegociaciones.

De esta manera, la parte afectada por el cambio de circunstancias puede (y debe) en primer lugar reclamar a la otra la renegociación de los términos del contrato para efectos de adaptarlo a los nuevos acontecimientos. Se estima que, en principio, son las partes quienes mejor pueden reestructurar el contrato para restablecer el equilibrio perdido. Queda claro entonces que la institución de la excesiva onerosidad está orientada, primordialmente, a la renegociación del contrato, de manera que las partes lleguen a un acuerdo similar al que habrían llegado en su momento si las circunstancias ahora concurrentes se hubieran dado entonces.²⁰

Por cierto, en caso que el contrato contenga estipulaciones que prevén su adaptación para el caso de alteración fundamental en el equilibrio de las prestaciones, deberá estarse a ellas y no cabe que la parte afectada requiera la renegociación del contrato; salvo que los hechos que han dado lugar a dicha alteración no se encuentren contemplados en la cláusula respectiva.²¹

Dicho requerimiento debe hacerse *sin demora injustificada*, esto es, "tan pronto como sea posible después que sucedió el hecho generador de excesiva onerosidad".²² En relación a este requisito, una situación compleja puede presentarse en el caso de hechos que no se producen de manera instantánea, sino durante un período de tiempo prolongado (como la inflación). Serán entonces las circunstancias del caso concreto las determinantes para definir cuándo se produjo el hecho y si existe o no demora en la solicitud de renegociación del contrato.

Además, la solicitud debe indicar los fundamentos en los que se basa, de manera de permitir a la otra parte un adecuado nivel de conocimiento respecto de la justificación de la renegociación. Un requerimiento infundado será considerado como extemporáneo.

Respecto de estos requisitos, los Comentarios señalan que su omisión no implica la pérdida del derecho a reclamar la renegociación, sino que afectarán la prueba de la excesiva onerosidad en el sentido de hacerla más dificultosa, ya que en ese caso puede entenderse que no es realmente gra-

²⁰ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 313.

²¹ UNIDROIT, *op. cit.*, p. 155.

²² *Ibid.*, p. 156.

ve la situación.²³ Sin embargo creemos que los términos de la norma son claros, y por tanto en caso de extemporaneidad o falta de fundamentos, la parte requerida puede negarse a renegociar. Esta interpretación es acorde también con el objetivo de evitar las maniobras que simplemente buscan dilatar la ejecución del contrato por parte de alguno de los obligados.

En este mismo sentido, el parágrafo (2) del referido artículo 6.2.3 establece que el requerimiento de renegociación no confiere por sí solo el derecho a la parte afectada de suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Dicha suspensión sólo podrá tener lugar en circunstancias extraordinarias, que dependerán de cada caso concreto. De otra manera, el principio general de la fuerza obligatoria de los contratos quedaría en peligro.

Además los Comentarios señalan que tanto el requerimiento de renegociación como la conducta de ambas parte durante dicho proceso deben conducirse de acuerdo al principio general de buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7) y al deber de cooperación (artículo 5.3).²⁴

B. Derecho a recurrir ante un tribunal²⁵

Si las partes son incapaces de llegar a un acuerdo respecto de la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias dentro de un plazo razonable, o simplemente la parte requerida se ha negado a renegociar los términos del contrato, el parágrafo (3) del artículo establece que cualquiera de ellas podrá recurrir a un tribunal para que éste resuelva la cuestión.

La determinación del plazo razonable o *tiempo prudencial*, como señala la norma, que tienen las partes para alcanzar el acuerdo, es una cuestión de hecho que dependerá en cada caso de la complejidad del contrato y demás circunstancias concurrentes.²⁶ Por cierto que debe entenderse que el plazo ha terminado si las negociaciones fracasan o se encuentran irrevocablemente estancadas.

El parágrafo (4) del artículo señala que el tribunal en este caso podrá resolver el contrato o adaptarlo a las nuevas circunstancias, siempre que lo considere razonable.

²³ *Loc. cit.*

²⁴ *Ibid.*, p. 157. El artículo 1.7 señala: "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber". Por su parte el artículo 5.3 establece que "Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última".

²⁵ De acuerdo con el artículo 1.10, el término "tribunal" incluye también a los tribunales arbitrales.

²⁶ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 313.

La expresión *siempre que lo considere razonable* debe entenderse en el sentido de que los términos o condiciones en que se establezca la resolución o adaptación por el tribunal, deben ser aquellos que se consideren más razonables sobre la base de la equidad.²⁷

En relación a la misma expresión, los comentarios señalan que la resolución o adaptación del contrato no son las únicas medidas que el tribunal puede adoptar, ya que de acuerdo al caso concreto, podría por ejemplo ordenar a las partes que reasuman las renegociaciones o bien ratificar los términos originales del contrato.²⁸ Se volverá sobre el punto en las conclusiones de este trabajo.

En caso que el tribunal decida resolver el contrato, puede libremente establecer la fecha y condiciones de dicha resolución, sin tener que sujetarse a las normas establecidas en los artículos 7.3.1 y siguientes.

Para el caso en que el tribunal disponga la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, de modo de restablecer el equilibrio entre las prestaciones, los Comentarios señalan que “[la readaptación] puede no reflejar todo el menoscabo sufrido por la parte en desventaja, ya que el tribunal puede, por ejemplo, tener en cuenta la medida en que una de las partes ha asumido los riesgos y en qué medida la otra parte se podría beneficiar con la prestación recibida”.²⁹

C. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (*Principles of European Contract Law*, en adelante PECL, según su sigla en inglés) son el resultado del trabajo de la Comisión de Derecho Contractual Europeo (*Commission on European Contract Law*), compuesta por miembros de todos los Estados de la Unión Europea, quienes no son representantes oficiales de dichos Estados, sino académicos y/o abogados en ejercicio, independientes políticamente de sus gobiernos nacionales. Su financiamiento procede principal, pero no exclusivamente, de la Comisión Europea.³⁰

Desde 1982, esta Comisión ha trabajado en la redacción de los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Estos Principios han sido redactados en la forma de artículos, junto con comentarios explicando el sentido de

²⁷ *Ibid.*, p. 315.

²⁸ UNIDROIT, *op. cit.*, p. 157.

²⁹ *Ibid.*, p. 158.

³⁰ Hartkamp, A., “Principles of Contract Law”, en *Towards a European Civil Code*; 2 Ed., Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 105-120.

cada uno de ellos. Además se incluyen casos prácticos para ilustrar la operatividad de las normas y un análisis comparado de normas nacionales e instrumentos internacionales relativos al tópico en cuestión. A la fecha, la Comisión ha publicado las partes I y II de dichos principios.³¹ Los temas tratados son: formación, representación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento. Además se encuentran disponibles los artículos de la parte III, que cubre las materias referidas a pluralidad de partes, cesión de créditos, cesión de deudas, compensación, prescripción, ilicitud, obligaciones condicionales y capitalización de intereses.³²

De acuerdo con la Comisión, estos Principios tienen por objeto principal servir como sustento para la redacción de un Código Civil Europeo. En este sentido, ningún sistema legal en particular ha servido de base para su elaboración, sino que se han tratado de establecer aquellos principios que se consideran como más adecuados en relación a las condiciones económicas y sociales de Europa.³³

Los Principios regulan la materia en el artículo 6.111, bajo el título de "Cambio de Circunstancias". Señala la norma:

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando su cumplimiento llegue a ser más oneroso para una de ellas, ya sea porque los costos de dicho cumplimiento se han incrementado o porque el valor de la prestación que recibe ha disminuido.

(2) Sin embargo, si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente oneroso debido a un cambio de circunstancias, las partes tienen la obligación de negociar la adaptación del contrato o la terminación del mismo, siempre que:

(a) El cambio de circunstancias haya sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato.

(b) La posibilidad del cambio de circunstancias no haya podido razonablemente tenerse en consideración al celebrarse el contrato.

(c) El riesgo del cambio de circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, debió ser asumido por la parte afectada.

³¹ Lando, O., y Beale H. (Eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

³² En http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html.

³³ http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/survey_pecl.htm.

Respecto a otras posibles funciones de estos Principios, véase Hartkamp, A., *op. cit.*

(3) Si dentro de un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo, el tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuados; o

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

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

Como puede apreciarse del texto del artículo, y tal como lo señala la doctrina,³⁴ sin perjuicio de la diferente terminología, el tenor de la norma es similar a la contenida en los Principios UNIDROIT, lo cual es lógico si consideramos que ambos grupos de trabajo mantienen una estrecha colaboración y muchos de sus miembros forman parte de ambos.

Existe por cierto una diferencia de forma, ya que los Principios UNIDROIT tratan la materia en tres artículos y PECL en sólo uno. Además, en cuanto al fondo, el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT incluye aquellos hechos acaecidos con anterioridad a la celebración del contrato, pero que son conocidos posteriormente por la parte afectada; en cambio PECL sólo se refiere a hechos posteriores a la celebración del contrato, reservando los hechos anteriores para las normas relativas al error.

Por otra parte, el artículo citado, al igual que el precepto pertinente de los Principios UNIDROIT, hace referencia al concepto de "carácter razonable". Sin embargo, los Principios UNIDROIT no contienen norma alguna que indique el criterio para definir o establecer el carácter razonable (o no razonable) de un acto o comportamiento. Esta falencia es subsanada por PECL en el artículo 1.302 que señala:

Artículo 1.302: Definición de lo razonable

Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable habrá de tenerse en

³⁴ Bonell, M., *op.cit.*, p. 89, y Maskow, D., *op. cit.*, p. 661.

cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

Al respecto, compartimos lo expresado por cierta doctrina en el sentido que no resulta fácil establecer el límite entre el comportamiento de buena fe y comportamiento razonable, que terminan siendo dos formas distintas de expresar la misma idea.³⁵

3. Conclusiones

Tal como se indicó en la introducción del presente estudio, los propósitos de éste se limitan a dar a conocer el tratamiento de la institución comentada en los párrafos precedentes en los Principios UNIDROIT y PECL, y consecuentemente introducir en el debate doctrinario nacional las alternativas que éstos plantean.

Sin embargo, estimamos necesario plantear algunas conclusiones en vista de lo expuesto y lo planteado a la fecha por los estudios nacionales disponibles:

1. En primer lugar, en los cuerpos normativos analizados precedentemente, la revisión del contrato por un cambio sobreviniente de circunstancias *aparece expresamente regulada*. Se destaca esto, ya que de acuerdo a un sector de la doctrina nacional, con los textos legales disponibles y los principios que informan el Derecho Civil y dentro de él específicamente a las Obligaciones y Contratos, es posible aplicar esta institución sin contravenir lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, y por tanto sin que sea necesario una enmienda legislativa.³⁶

Por otra parte, el profesor Peñailillo³⁷ sostiene la tesis contraria, esto es, que sin perjuicio que es posible admitir su aplicación con el texto actual del Código y demás principios pertinentes, es preferible y deseable su consagración legislativa, por razones técnicas, de armonización con otras instituciones y debido a su vacilante trayectoria en la doctrina y jurisprudencia.

³⁵ Díez Picazo, L., Roca Trías E., y Morales, A., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 163.

³⁶ Al respecto, véase lo sostenido por los profesores Illanes y Dörr en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, *op. cit.* en nota 1.

³⁷ En la obra citada en el número anterior y en "La Revisión Judicial de Obligaciones y Contratos en la Reforma del Código Civil (La Lesión y la Imprevisión)", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 208, pp. 209-237. Esta tesis pareció tener acogida con la presentación del proyecto de ley aludido en la introducción de este trabajo.

cia nacionales.³⁸ Adherimos a esta posición, y a lo planteado por el citado autor en el sentido de que debe tratarse de “normas fundamentales”, esto es, preceptos flexibles y esenciales, que consignent sólo los elementos esenciales y los principales efectos de la institución, dejando en manos del juez su concreción al caso particular. Tal es sin duda el estilo normativo utilizado en las normas que se han analizado en los párrafos precedentes.

Por último, puede argumentarse a favor de la consagración legislativa, que ésa es la tendencia en Derecho Comparado. Por cierto, la mayoría de los Códigos del siglo XX contemplan la institución en comento, y aun más, recientemente ha sido incorporada expresamente al Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) mediante la denominada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil Alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*). Lo dicho es relevante, ya que en dicho país los Tribunales, tomando como fundamento esencialmente la denominada “teoría de la base del negocio” (*Geschäftsgrundlage*), de Paul Oertmann, habían dado acogida a la revisión del contrato por cambio sobreviniente de circunstancias, sin que su Código Civil contemplara tal posibilidad de manera expresa.³⁹

2. En relación con lo anterior, para efectos de reafirmar la excepcionalidad de la revisión del contrato por un cambio sobrevinido de circunstancias, y evitar los peligros que algunos autores advierten para el caso de su consagración legislativa,⁴⁰ parece prudente que en la normas que regulen la materia se confirme mediante un enunciado general el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, de la manera que lo hacen los cuerpos normativos estudiados, sin perjuicio de mantener como precepto esencial al artículo 1545 del Código Civil.

3. En general, los requisitos para que se configure la excesiva onerosidad son los mismos que señala la doctrina nacional para la aplicación de la teoría de la imprevisión, por lo que no hay novedad al respecto.

En cuanto a lo planteado por los Principios UNIDROIT, en relación que el hecho causante de la excesiva onerosidad pueda ser anterior a la celebración del contrato, creemos que dicha posibilidad debe contemplarse en

³⁸ En relación a la jurisprudencia, como acertadamente lo señala el profesor Illanes en la obra citada en los números anteriores, no existe juicio del que haya conocido la Corte Suprema donde derechamente se haya planteado por una parte la teoría de la imprevisión para excusarse de cumplir una obligación en los términos pactados, por lo que en estricto rigor no hay pronunciamiento alguno de nuestro más alto Tribunal al respecto.

³⁹ Algunos fallos, a modo ejemplar, en K. Zweigert y H. Kötz, traducido al inglés por Weir, T., *An introduction to comparative law*, 3 Ed., Oxford, 1998, pp. 518-524.

⁴⁰ V.gr. Illanes y Dórr en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, op. cit. en nota 1.

las normas relativas al error como vicio del consentimiento, reservándose como hechos constitutivos de excesiva onerosidad sólo los acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato.

4. Quizás el punto más novedoso de las normas estudiadas es que tanto los Principios UNIDROIT como PECL confieren como primer derecho de la parte afectada por la excesiva onerosidad, el de reclamar la renegociación del contrato. Sólo en caso que tales negociaciones no prosperen, la parte respectiva podrá recurrir ante un tribunal. La doctrina nacional sólo plantea, en caso de concurrir los requisitos respectivos, la posibilidad que la parte afectada recurra ante un tribunal a efectos que éste determine la revisión o modificación del contrato.

El autor estima que la alternativa (o más bien, la obligación) de reclamar la renegociación del contrato es peligrosa y puede convertirse en el hecho en una práctica meramente dilatoria, por medio de la cual aquella parte que no se encuentre en condiciones de cumplir con las obligaciones que le impone el contrato, requiera siempre a la otra la revisión del contrato, amparada en un texto positivo que así lo faculte.

En el otro extremo, para que el derecho a requerir la renegociación del contrato fuese efectivo, deberían establecerse sanciones para la parte que simplemente se niegue a hacerlo, ya que de otra manera bastaría la sola negativa para abortar la renegociación planteada, haciendo ilusorio el derecho de la parte afectada.

En definitiva, creemos que no es conveniente incluir como derecho de la parte afectada el de requerir la renegociación del contrato a la otra, por las razones señaladas y además debido a que, en el hecho, una vez planteada por el deudor la imposibilidad de cumplir con su obligación por razones de excesiva onerosidad, la alternativa de modificar los términos originales del contrato generalmente ha sido objeto de negociaciones entre las partes, negociaciones que en el caso de fracasar, son las que precisamente hacen necesaria la intervención judicial.

5. Tal como se señaló, la resolución o adaptación del contrato no son las únicas medidas que el tribunal puede adoptar al conocer de un litigio de esta naturaleza. Otras alternativas serían ordenar a las partes que reasuman las renegociaciones o bien ratificar los términos originales del contrato. Sin embargo, como acertadamente apunta cierta doctrina,⁴¹ si bien en teoría es posible concebir las soluciones antedichas, las consecuencias prácticas de adoptar una u otra son incoherentes con el espíritu de la institu-

⁴¹ Madrid Parra, A., "Cap. VI: Cumplimiento"; en Morán Bovio, D. (Coord.), *op. cit.*, p. 316.

ción. Así, si el tribunal determinase ratificar los términos del contrato, que-rría decir que no consideró acreditadas las circunstancias para la existencia de una excesiva onerosidad, ya que de otra manera sería absurdo que ordenase la subsistencia del contrato en sus términos originales. Por otra parte, si el tribunal ordenase a las partes reasumir las negociaciones, dicha iniciativa tendría una alta probabilidad de fracaso, teniendo en consideración que fue justamente por la incapacidad de los contratantes de adaptar el contrato que se solicitó la intervención del tribunal.

Una opción que sí parece viable es que el tribunal decrete la suspensión de los efectos del contrato, por un tiempo determinado o bien en tanto se mantengan las circunstancias que hacen que la obligación de una de las partes sea excesivamente onerosa en relación a los términos originalmente pactados.

6. Por último, en relación a la adaptación del contrato por parte del tribunal, si bien no es fácil determinar los límites del poder de revisión del juez, estimamos que dichos poderes no pueden implicar la total alteración de lo originalmente pactado por las partes, sustituyendo lo que en principio era un precepto de autonomía privada por un precepto enteramente heterónomo.⁴² Incluso, tal como se señaló, la modificación puede no reflejar todo el menoscabo sufrido por la parte afectada, debiendo el tribunal tomar en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

⁴² En el mismo sentido, Díez Picazo, L., Roca Trías E., y Morales, A., *op. cit.* p. 296.