

LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO ¹

Prof. Víctor Pérez Vargas
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

INTRODUCCIÓN

El Profesor Francesco D. Busnelli, de la Universidad de Pisa, ha puesto de relieve que una de las escogencias de fondo, en el Derecho Comparado, se presenta entre **dos perspectivas diferentes** ²: por un lado, la perspectiva individualista anglosajona, en la que se afirma la relevancia prioritaria de la *Privacy*; por otro, el llamado *Civil Law*, donde este derecho de la personalidad es importante, pero no es supremo.

Tradicionalmente, en el Derecho Contractual Comparado, se ha repetido que el Sistema Romano (*Civil Law*) es más rígido que el Anglo-sajón (*Common Law*) en materia contractual.

Por ejemplo, se ha dicho que:

“la principal diferencia entre los sistemas de Common Law y de

Civil Law, por cuanto se refiere a la problemática de la interpretación de los contratos, está constituida por una aplicación mayormente rígida, en este último sistema, del criterio literal” ³.

No compartimos este criterio bastante generalizado; hay temas donde se revela lo contrario. Uno de ellos es el de la transformación de las circunstancias.

“Los supuestos de *hardship* hacen referencia a acontecimientos o circunstancias sobrevinidas (guerras, desastres económicos, disturbios políticos, etc.), igualmente imprevisibles y ajenas a las partes, pero que no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes.” ⁴

1 El presente aporte, elaborado para el libro homenaje al Profesor don Rubén Hernández Valle, constituye una actualización y reformulación específica, desde una perspectiva de Derecho Comparado, de mis artículos:

---La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina. Revista Judicial, N-4, Junio de 1977.

---La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana. Revista judicial, Corte Suprema de Justicia, N-46; junio, 1989.

---Pacta Sunt Servanda vs. Rebus sic stantibus. Revista Judicial 90, <http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Publicaciones02.html>

2 BUSNELLI, Francesco D. Quali regole per la procreazione assistita?

3 “La principale differenza fra i sistemi di common law e quelli di civil law, per quanto riguarda la problematica dell’interpretazione dei contratti, è costituita da un’applicazione maggiormente rigida, in questi ultimi sistemi, del criterio letterale”. DESIDERIO, Danilo, L’interpretazione dei contratti: un parallelismo con i sistemi di common law”. <http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=854&cat=5>.

4 Ph. Fouchard, “L’adaptation des contrats à la conjoncture économique”, Revue de l’arbitrage, 1979, pp 1979. Cit. p. Sánchez Lorenzo, Sixto A. Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado.

http://digibug.ugr.es/handle/10481/14630#.VFK_wWfLKS0

Si confrontamos los sistemas de Derecho Romano (*Civil Law*) y de Derecho Común (*Common Law*), en relación con los problemas derivados de un cambio de circunstancias (o desaparición de “la base del negocio jurídico”, “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”, en expresión de Larenz) ⁵, veremos su diverso tratamiento jurisprudencial en dichos sistemas, sin olvidar que también encontramos legislación (*Legislation* o *Statutory Law*) sobre el tema que nos ocupa en ambos.

Premisas de Derecho Comparado:

Recordemos que el Derecho Comparado, más que una rama del Derecho, es un método con el cual se intenta establecer los caracteres comunes y diferentes de un sistema o de un subsistema de ordenamientos como, por ejemplo, el anglosajón, el europeo continental o el Latinoamericano, como fuente de principios de Derecho.

El Derecho Comparado puede ayudar a comprender el conflicto paradigmático entre los países del sistema anglo-sajón (*Common Law*) y los de “tradición romano-canónica” (*Civil Law*), en expresión de John Henry Merryman ⁶.

El Civil Law

El Derecho Privado Romano es la base de todo el Derecho Privado posterior, hoy vivo en los Códigos Civiles del mundo, gracias a la unidad conceptual y axiológica del Derecho Romano. “En cuanto descendientes directos de la tradición jurídica romana, los códigos civiles modernos hacen del Derecho Romano, el Derecho viviente más antiguo... ya en tiempos de Norman el Conquistador de Inglaterra era más antiguo que lo que hoy es el Common Law” ⁷; el Derecho Romano no es pieza de museo, sino realidad conceptual y axiológica vigente en un nivel supranacional y más allá de los códigos mismos, que ha demostrado resistencia frente a la penetración de tradiciones más empíricas y de menor solidez científica. Tal resistencia se ha explicado por la mayor fuerza de la tradición axiológica y conceptual del sistema ⁸, determinando la existencia de una continuidad histórica que fue reconocida por Andrés Bello ⁹.

Estas constataciones han permitido hablar igualmente de un Derecho Romano actual de América Latina ¹⁰. Todos los Códigos Civiles latinoamericanos tienen como substrato al Derecho Romano. “América recibió el Derecho Romano a través de España”, ampliamente utilizado por los grandes

5 LARENZ, en su obra titulada “La Base del Negocio” (“*Die Geschäftsgrundlage*”), quien había aceptado la aplicabilidad de la teoría de la base del negocio de OERTMAN, tal como éste la había formulado, en 1921, en su obra titulada “La Base del Negocio”, “*Die Geschäftsgrundlage*”. En español: LARENZ, Karl, Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956

6 MERRYMAN, John Henry, La tradición jurídica romano-canónica, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 8

7 HERMANN-COMBE-CARBONNEAU, p. 10

8 CATALANO, América Latina y el Derecho Romano, p. 141

9 V. CATALANO, América Latina y el Derecho Romano, p. 145 y p. 172

10 CATALANO, América Latina y el Derecho Romano, p. 137

codificadores Bello, Vélez y Freitas ¹¹. Basta ver las notas de Vélez Sársfield o las bases de Bello.

Se encuentra la base romana en todas partes. “Estos países siguen unidos por un estrecho lazo que les lleva a adoptar los conceptos de la ciencia romana y las clasificaciones y nociones jurídicas aceptadas en común por sus juristas”¹². “Lo que más llama la atención es la semejanza de los Derechos de América Latina”¹³.

El Common Law

No es la ocasión de desarrollar los caracteres de este sistema. Baste recordar que:

*“En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066). Se llamó **common** (común) porque pasó a ser el Derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. En un sentido más amplio, se habla de Common Law para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho civil, como el nuestro, donde la principal fuente de Derecho es la Ley”¹⁴.*

Para comprender el Common Law es esencial entender lo que significa **Stare Decisis** (la regla del precedente). Este es una regla de origen romano que se utilizaba antes de Justiniano. Se usaban las decisiones previas, como precedentes, fuentes de Derecho. “Se introdujo en Inglaterra con la invasión del rey normando Guillermo el Conquistador en 1066”¹⁵; en la Edad Media se aplicaba como una guía, sin perjuicio de que se desatendiera en los casos de *bad law*. Es de notar que “no había registros oficiales de los casos, los que empezaron a aparecer hasta el siglo XIX”¹⁶.

“Este principio distingue el Common Law de los “civil-law systems”, que dan un mayor peso a los Códigos y a las leyes, así como a las opiniones de los juristas. Según este principio, cuando la Corte ha resuelto una cuestión, la misma cuestión debe ser decidida de la misma forma en otros casos, por la misma Corte y las Cortes inferiores, en esa jurisdicción”¹⁷.

En los Estados Unidos, la Suprema Corte y las diversas supremas cortes establecen los precedentes y los tribunales inferiores deben seguirlas (en los llamados temas de primera impresión).

“Con ello se limita la libertad de los jueces, salvo argumentos de *good reason*, casos en que la propia Suprema Corte ha “derogado” sus precedentes, por ejemplo en materia de segregación racial, vigentes durante 60 años”¹⁸.

11 CASTAN, La influencia... p. 107

12 MERRYMAN, op.cit., p. 8

13 DAVID, Tratado de Derecho Comparado, p. 252 y 261

14 <http://traduccionjuridica.es/que-es-el-common-law/>

15 V. ANIBAL TORRES VASQUEZ La jurisprudencia como fuente de Derecho.

<http://www.otorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>

16 V. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/stare+decisis>

17 V. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/stare+decisis>

18 <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/stare+decisis>

Esta regla explica, en parte, la reiteración del formalismo literal anglosajón para admitir una revisión del contrato en caso de transformación de las circunstancias.

Excesiva onerosidad sobreviniente

UNO DE LOS TEMAS DONDE ENCONTRAMOS CONFIRMACIÓN DE LA **mayor rigidez del Derecho Anglosajón** es el la excesiva onerosidad sobreviniente (el llamado *Hardship*), o sea: la transformación de las circunstancias existentes a la hora de celebrar el contrato.

En la materia contractual y, específicamente, en relación con la transformación de las circunstancias en los contratos de ejecución sucesiva, **el sistema Anglo-Sajón (Common Law) es más apegado al Pacta Sunt Servanda, más literal, formalista y rígido que el sistema Romano-Canónico**, que es más flexible, en el que se ha abierto paso el *Rebus Sic Stantibus* y se ha admitido que se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida.

Es claro que este instrumento de equidad debe usarse con mucho cuidado, pues hay que evitar que pueda ser utilizado como un pretexto de una de las partes para liberarse de un vínculo contractual que no le resulta conveniente. Son varios los países cuya jurisprudencia ha mantenido

criterios restrictivos para evitar abusos (así en Holanda, Fancia; incluso, en Argentina, donde existe una cantidad importante de fallos en la materia, los tribunales han sido restrictivos¹⁹.

El autor Sixto A. Sánchez Lorenzo es de la misma opinión sobre la rigidez, en lo que se refiere al Ordenamiento inglés:

“El Estudio del Derecho comparado revela no sólo diferencias muy acusadas entre los sistemas jurídicos, sino, sobre todo, inconsistencias e inseguridades que hacen muy poco realista un cálculo seguro acerca del régimen jurídico resultante si sobreviene una circunstancia imprevista o poco probable. Las soluciones que proporcionan sistemas más aquilatados, incluso el propio Derecho inglés (énfasis del autor), no son, por lo demás, reconfortantes, particularmente si se tiene en cuenta su rigidez a la hora de admitir una revisión del contrato en caso de excesiva onerosidad”²⁰.

Una posible explicación axiológica es el predominio de la Seguridad Jurídica, en materia comercial, en el *Common Law* sobre la equidad. En aras de la Seguridad Jurídica, encontramos en él una mayor exigibilidad de la voluntad originalmente expresada, a pesar de la transformación de las circunstancias que existían cuando se perfeccionó el acuerdo contractual.

19 V. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci_arttext

20 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. *Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado*
http://digibug.ugr.es/handle/10481/14630#.VFK_wWfLKS0

Excesiva onerosidad sobreviniente en el sistema Romano-Canónico

En el siglo XIX predominó la posición de que “los pactos deben de observarse, como dijo Grocio, en su tesis de **Pacta Sunt Servanda**. A la luz del Código Napoleón los contratos deben cumplirse porque tienen fuerza de ley entre los contratantes; el Código Napoleón establece (artículo 1134) que las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre los que las han hecho”²¹.

En Costa Rica el Artículo 1022 del Código Civil sigue esa línea: “Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”, sin dejar de recordar, el numeral siguiente, que obliga a la equidad.

Teoría de la imprevisión

En el Siglo XX recogieron y estudiaron la Teoría de la Imprevisión los autores franceses: Planiol en su Derecho Civil Tomo II y Ripert en su famosa Obra La Regla Moral de las Obligaciones Civiles y fue analizada asimismo por Bonnetcase, Colin y Capitant. Su regulación actual se encuentra en algunos ordenamientos del llamado “Civil Law”. Estas concepciones subjetivistas, fundamentan la solución en la llamada “imprevisión” que para la doctrina es, más bien, una hipótesis de aplicación especial de la teoría de la base del negocio²².

Como antecedente, se cita a WINDSCHEID, como se sabe, voluntarista, quien planteó la teoría de las presuposiciones subjetivas

y las concibió como condiciones no desarrolladas. Para este autor, “además de lo que las partes ponen en el contrato, está lo que ellas presuponen y... si llega a faltar este presupuesto que integra la voluntad contractual el acto celebrado pierde eficacia y las obligaciones que nacen de él dejan de existir por carecer de causa”²³.

Teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente

Con posterioridad a la revolución real-objetiva, iniciada por Bentham y Ihering, se desarrolló un énfasis mayor en el desequilibrio sucesivo por causas objetivas que en la previsibilidad. Las concepciones objetivistas, por el contrario de las voluntaristas, ponen como fundamento el cambio en la base del negocio, entendiendo como base, las circunstancias conocidas para las partes que determinaron que el negocio se realizara. Para estas concepciones la patología se encuentra en la causa.

Del análisis de diversos ordenamientos del sistema romano, se obtiene la conclusión de la tendencial admisión de la relevancia de la transformación de las circunstancias en la vida de los contratos de ejecución sucesiva.

En **Italia**, el Codice Civile establece:

*“Dell'eccessiva onerosità. Art. 1467.
Contratto con prestazioni corrispettive.
“Nei contratti a esecuzione continuata
o periodica ovvero a esecuzione
differita, se la prestazione di una*

21 http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-.cultura/pdf/CJ3_Art_4.pdf

22 V ALTERINI, Atilio, Contratos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 445 y 448

23 ALTERINI, Atilio, loc.ult.cit

delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”²⁴.

En el subsistema latinoamericano, del cual somos parte, la doctrina de la relevancia de la transformación de las circunstancias estuvo por muchos años en el olvido, debido al auge del liberalismo y del formalismo. Sin embargo, recientemente, se ha venido produciendo (tanto en la doctrina como en las leyes y la jurisprudencia) un renacer de la perspectiva equitativa que tiende a admitir la relevancia de los factores sobrevinientes sobre los contratos ²⁵.

En **Argentina**, ha habido consenso favorable a la doctrina de la imprevisión ^{26/} y el propio Código Civil de este país establece en su artículo 1198:

“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 torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e

imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato”.

Igualmente, el nuevo **Código Civil peruano** de 1984, en el artículo 1440, expresa:

“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 no fuere 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”.

La figura de la excesiva onerosidad de la prestación es un gran aporte del nuevo Código Civil de 1984 y está inspirada en el elemental principio de la equidad. Lo tradicional es que el contrato nazca para ser cumplido, sin embargo existen situaciones excepcionales que permiten que el contrato pueda ser revisado judicialmente, para evitar la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado de una parte, y se conserva, en suma, aquello que se conoce como el equilibrio contractual. El Art. 1440 del C.C. establece:

“Si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al Juez, que reduzca o que aumente

²⁴ <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36451>

²⁵ Véase por ejemplo el Código Civil de Bolivia de 1975, lo mismo que los diversos textos brasileños, colombianos y uruguayos y, particularmente el Código Civil peruano de 1984

²⁶ LLAMBIAS, BORDA, GALLI, ORGAZ, FORNIELES, REZZONICO, SPOTA, LEÓN, ALSINA, ATIENZA, COSSIO, MASNATTA, cit. p. ALTERINI, Attio, op.cit, p. 448

la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”.

En este Código los elementos del supuesto de la excesiva onerosidad son:

- a. Que se presente en los contratos de ejecución continuada, periódica y diferida. En los contratos ya ejecutados no se da la excesiva onerosidad.
- b. Que se dé la excesiva onerosidad por acontecimientos posteriores a la celebración del contrato de carácter extraordinario e imprevisibles, como por ejemplo el alza de materiales, la suba de la mano de obra por un aumento no previsto de sueldos, un proceso devaluatorio o inflacionario, entre otros casos.
El hecho extraordinario será aquel que está alejado de lo que frecuentemente sucede como situación normal o corriente, en cambio lo imprevisible está vinculado con lo que ordinariamente puede esperarse, esto es, lo que surge del razonamiento común y corriente de los seres humanos. Ambos conceptos han sido, son y serán discutidos en la doctrina y difícilmente se alcanzará consenso. En todo caso, ambos factores deberán ser evaluados por el Juez.
- c. La parte perjudicada, tiene el derecho de pedir al Juez la revisión del contrato, para que reduzca la prestación o aumente la contraprestación, a fin de hacer cesar la excesiva onerosidad.

Los efectos de la excesiva onerosidad son:

- a. Que el Juez la regule equitativamente.
- b. Si no fuera posible su regulación, el Juez ordenará en forma excepcional la resolución del contrato.
- c. No es aplicable la excesiva onerosidad a las prestaciones ejecutadas.
- d. No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación, cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada ²⁷.

Este Código llega a establecer en su artículo 1444 que “es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad sobreviniente”.

En **Chile**: “Aunque actualmente la doctrina mayoritaria tiende a aceptar la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente sobre la base de los textos legales vigentes, las opiniones se mantienen divididas en cuanto a la conveniencia de la introducción de un texto positivo que la regule... particularmente después de un fallo reciente la Corte Suprema que ha rechazado la aplicación de la referida teoría por no estar expresamente consagrada en el ordenamiento legal y ser contraria a las disposiciones del *Código Civil*” ²⁸.

En **México** (2010): En el primer bimestre del año 2010, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal añadió diversos párrafos al artículo 1796 del Código Civil y creó el artículo 1796-Bis, 1796 ter, recogiendo la tesis de la posibilidad de modificar las cláusulas de un contrato, si las condiciones económicas que lo fundaron son modificadas por la realidad económica, haciendo que

27 http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.rodriuezvelarde.com.pe%2Fpdf%2Flibro2_parte1_cap10.pdf&ei=pzBFVMHDKZPoggTwrYGgBg&usg=AFQjCNEm7OoHcOSS5npEmHRc_KaJne8BLA&sig2=Ls7xcESbV-OuOygbMG5CTQ&bvm=bv.77648437,d.eXY V. tamb: ESPINOZA, Evelyn, La Excesiva Onerosidad De La Prestación, <http://rosimver.blogspot.com/>

28 http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci_arttext

las prestaciones convenidas originalmente resulten excesivamente onerosas en su ejecución ²⁹.

Estas referencias al Derecho Privado latinoamericano demuestran que el principio de fondo es parte de nuestro sistema.

En la Legislación costarricense

Nuestro Código Civil no tiene una regulación general a favor del principio “Rebus sic stantibus”; más bien, como ocurre con el contrato de obras por ajuste o precio alzado, el Código Civil (en el artículo 1189) se pronuncia pro “Pacta sunt servanda”:

“El arquitecto o empresario que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio, en vista de un plano convenido con el propietario, **no puede** pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, y aunque se haya hecho algún cambio o aumento en el plano, si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario”.

Esta disposición es excepcional en el Código (“*lus singularis*” para este contrato), lo cual permite la interpretación de que en los demás contratos donde no existe esta prohibición sí está permitido el reajuste.

Existen aisladas disposiciones en nuestro país en materia de contratación administrativa.

El Artículo 18 de la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995 ³⁰/ establece:

“Salvo cuando se estipulen, expresamente, parámetros distintos en los términos del cartel respectivo, en los contratos de obra, servicios y suministros, con personas o empresas de la industria de la construcción, la Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos, cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios de la oferta y los índices correspondientes al mes de la apertura de las ofertas. Para aplicar el reajuste, el contratista deberá presentar, en su oferta, un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que componen su precio, incluyendo un desglose de los precios unitarios. La presentación de facturas, por avance de obra cada mes, será obligatoria.

En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato.

Para cumplir con lo estipulado en los párrafos anteriores, en el Reglamento de la presente Ley se establecerán los criterios técnicos por seguir para

29 LÓPEZ MONROY, José de Jesús La cláusula “rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión”, UNAM. http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_4.pdf

30 Publicada en el Alcance No. 20 a La Gaceta No. 110 de 8 de junio de 1995

garantizar la determinación objetiva del reajuste o la revisión de los precios. Asimismo, en el cartel de licitación debe establecerse la forma de revisar precios y determinar reajustes, así como la referencia al Reglamento, en cuanto al mecanismo de aplicación”.

Por su parte, el Artículo 17 de la Ley General de Concesión de obras públicas con servicios públicos, N° 7762, de 14 abril 1998³¹ determina que dentro de los derechos del concesionario están:

- b) Ser resarcido íntegramente por la lesión patrimonial causada a la obra o el servicio como consecuencia de la modificación impuesta por la Administración concedente, por razones de interés público.
- c) Solicitar ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo.

En la Jurisprudencia de Costa Rica

No puede afirmarse que haya una jurisprudencia consolidada sobre el tema, pero algunos fallos permiten augurar su aplicación más generalizada:

EL TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA en resolución N° 301 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de setiembre del dos mil tres, explicó: Los cimientos y génesis del fenómeno en cuestión

se remontan a la doctrina científica alemana, -entre otros LARENZ-, donde se enuncia que la base del negocio jurídico es la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial, de modo que si posteriormente esas circunstancias desaparecen o no llegan a existir, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su no realización, la parte perjudicada por ello tiene un derecho de resolución o de denuncia del contrato. Los citados planteamientos son aceptados e incluso ampliados tanto por la doctrina y jurisprudencia española y la argentina”.

EL TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SEC. SEGUNDA en su resolución N°: 509 del 23/11/1994 09 hs. 35 m., manifestó: “Ciertamente los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Así lo establece el numeral 1022 del Código Civil, norma que proviene de la máxima jurídica “pacta sunt servanda”, locución latina que significa que “los pactos han de cumplirse”. Véase: Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1988, página 229. Ahora bien, para atenuar los duros efectos de que los pactos han de cumplirse, encontramos la cláusula

31 Publicada en Alcance No. 17 a la Gaceta 98, de 22 mayo 1998

“rebus sic stantibus”, que es “... convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos”. En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación...” (Cfr. op. cit., página 53). A esta cláusula responde el inciso 1º del ordinal 1023 del Código Civil, en tanto establece que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.... Aquí es donde surge la excesiva onerosidad sobreviniente”.

El TRIBUNAL SUPERIOR DE PUNTARENAS, en sentencia N. 924 de 15 y 5 hs de 6 de diciembre de 1990, sostuvo: “La Señora Juez a quo, aunque no lo señala, imprime a a su fallo un importante componente axiológico, cuando, al advertir una circunstancia lesiva en el contrato, pretende reducir el mismo a equidad por la vía señalada en el artículo 1023 del Código Civil dirimiendo de esta forma la clásica dicotomía entre las corrientes de pensamiento doctrinario que pugnan por el respeto a la voluntad exteriorizada en los contratos y su antagónica que permite la injerencia del Juez cuando una excesiva onerosidad sobreviniente rompe el equilibrio convencional (Pacta sunt servanda vs. Rebus sic stantibus) o, en ausencia de circunstancias

sobrevinientes la aplicación de la teoría de la lesividad contractual. No cabe duda que en los tiempos actuales donde la inflación generalizada ha distorsionado todas las expectativas económicas tanto interna como externa, no es posible que un sistema jurídico como el nuestro, de tradición germanico-romanística, pretender el cumplimiento a ultranza de la letra de los contrato”.

No me canso de recordar el voto salvado en la sentencia de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA número 000788-F-2005 de las nueve horas del veintisiete de octubre del dos mil cinco, en el que la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández expresa:

“La cláusula “Rebus sic stantibus” y la denominada “teoría de la frustración del fin del contrato” tienen como común denominador: la equidad. En ambos casos la incidencia de un hecho posterior al perfeccionamiento del acuerdo coloca a una de las partes en una situación de evidente desventaja. El Derecho no ignora esta problemática ya que de aceptarse se cohonestaría un lucro indebido. Ha de tenerse presente que las partes, a través del contrato programan sus intereses económicos dirigidos a determinada actividad. La causa como elemento esencial del negocio jurídico señalará el motivo objetivo u objetivado perseguido por los contratantes. De fracasar este propósito es claro que el acuerdo queda vacío de contenido axiológico”.

Hardship en el Common Law

En teoría (legislación y doctrina):

También la doctrina ha hablado de “**failure of consideration**” (que me permito traducir como falta de causa justa) para denotar también una causa que ha dejado de existir total o parcialmente.

El Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, en su texto 2-615, establece como excusa de cumplimiento la ausencia de condiciones presupuestas³². Se ha utilizado, dentro del sistema anglosajón esta doctrina de la “**frustration**”³³, así como la doctrina de las condiciones implícitas “**implied conditions**” y, al igual que en el sistema romano, se ha usado también la doctrina de la desaparición de la base del contrato: “la deficiencia de algo que estaba en la base del contrato en la intención de ambas partes” (“**a failure of something that was at the basis of the contract in the intention of both parties**”) ³⁴.

En la práctica jurisprudencial:

A pesar de lo expuesto, la verdad es que en el Derecho Anglosajón, en la práctica jurisprudencial, la tendencia a tomar en cuenta

las modificaciones de las circunstancias ha sido **restrictiva, literal, formalista y rígida**.

La jurisprudencia anglosajona es abundante en ejemplos de casos de clara excesiva onerosidad sobreviniente que han sido declarados sin lugar. Por ejemplo, un tribunal inglés, cuando fue cerrado el Canal de Suez y los buques debían dar la vuelta al África por el Cabo de Buena Esperanza, consideró que la nueva prestación no era radicalmente diferente de la pactada, pues los gastos adicionales eran “solamente” de un 12.2 % sobre el flete contemplado en el conocimiento de embarque³⁵.

En otro caso, donde un distribuidor de leche vio incrementado el costo del producto en un 33%, se dijo que los riesgos de la inflación estaban adjudicados al vendedor³⁶. Con base en una comparación de diversos casos se ha afirmado que, “mientras que un aumento de un 1000% por ciento determinaba “impracticability”; menos de un 100% de incremento no excusa el cumplimiento”³⁷. He aquí un problema jurídico serio reducido a una arbitrariedad numérica excesiva por las cortes estadounidenses.

Un solitario caso rompió esta tendencia formalista³⁸:

32 SMITH AND ROBERSON'S, Business Law, Fifth edition, St. Paul, 1982, Appendix A, p. 24

33 BLACK, Henry, Law Dictionary, West, St. Paul, 1979, p. 534

34 *The Restatement recognizes that circumstances existing at the execution of a contract may render performance impracticable or they may frustrate the purpose of one of the parties so as to excuse his performance. S.265 – declares a party is discharged from performing his contract where his principal purpose is substantially frustrated by the occurrence of a supervening event. Frustration must be substantial – it is not enough that it has become less profitable or even that he will sustain a loss. S.261 of the UCC declares a party is discharged from performing a contract where a supervening event renders his performance impracticable. Performance may be impracticable bc extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss to one of the parties will be involved.*

35 Ocean Tramp Tankers Corp. C/ V= Socfracht 1964, cit. p. EBIN, Deligning impracticability due to increased expenses. University of Florida Law Review, Vol. XXXII, Spring. 1980, n. 3

36 Maple Farms Inc. c/ City School District, 1974, Cit p. EBIN, op.cit., p. 526

37 EBINop.cit., p. 535

38 <http://casebrief.me/casebriefs/aluminum-co-of-america-v-essex-group-inc/>

“... **existe un único y aislado caso en la jurisprudencia norteamericana** (énfasis del autor), *Aluminium Co. of America (AICOA) v. Essex Group, Inc.*, en adelante el caso *Alcoa*, en que se ha decretado la modificación del contrato en virtud de excesiva onerosidad sobreviniente, constituida en este caso por el abrupto y drástico aumento de los costos de producción de *Alcoa* debido a la crisis energética del año 1973. En primera instancia, la Corte Federal de Distrito falló a favor de *Alcoa*, sosteniendo que había existido error (*mistake*) en la elección del índice de reajuste y además *commercial impracticability*, esto es, *excesiva onerosidad sobreviniente*, decretando la modificación del contrato por medio de la sustitución del índice de reajustabilidad pactado por uno nuevo establecido por el tribunal, con el objeto de redistribuir entre las partes las riesgos y pérdidas generados por las nuevas circunstancias y de esta manera reducir los costos de *AICOA* a cantidades tolerables por la empresa... Sin perjuicio del carácter innovador y original de la sentencia del caso *Alcoa* y de la extensa y controvertida bibliografía que generó, la decisión **no ha sido seguida como precedente** en casos posteriores y (hasta 2010) sólo dos jueces (uno de la Corte Suprema de *West Virginia* y otro de una Corte Federal en *New Jersey*)

han citado el fallo en los fundamentos de sus decisiones ³⁹.

Hardship (excesiva onerosidad sobreviniente) en la Lex Mercatoria

En la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, ha prevalecido la tendencia literalista anglosajona, pues los árbitros se han manifestado muy estrictos en seguimiento del *Pacta sunt Servanda*; a este respecto la jurisprudencia comercial arbitral internacional se separa de los Principios UNIDROIT ⁴⁰.

Los Principios, en su texto actual, expresan:

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

39 Momberg Uribe, Rodrigo. LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR LAS PARTES: EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN COMO EFECTO DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOREVINIENTE, *Revista chilena de derecho*, vol. 37 N° 2, pp.43 - 72 [2010], versión On-line ISSN 0718-3437).

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100003&script=sci_arttext

40 Al respecto mi trabajo: La continuidad entre La Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT, la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la jurisprudencia arbitral costarricense, en *Revista Judicial*, 108, junio, 2010.

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

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”.

A pesar de estas expresiones de “Los Principios”, en relación con el respeto a

la voluntad expresada, los árbitros se han manifestado muy estrictos.

Hay jurisprudencia arbitral (entendida como reiteración de principios en diversos laudos) de la Cámara de Comercio Internacional rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente. Esta tendencia resulta de una aplicación (adicional a la que ya se utiliza en materia de vicios de la voluntad) de las presunciones de apreciación de los riesgos y de competencia profesional⁴¹. La ausencia de cláusulas de adaptación del contrato en caso de cambio de circunstancias se ha tomado por la jurisprudencia como una voluntad deliberada de las partes de no aceptar alteraciones en la ejecución del pacto, de respetar el principio de sacrosantidad de la ley contractual. Afirman que la presencia de dichas estipulaciones es común en los contratos internacionales de ahí que su ausencia se interprete como una intención de las partes en ese sentido⁴².

En el arbitraje comercial internacional, se ha admitido la modificación del contrato o su resolución, solamente si las partes lo han

41 “...para rechazar el argumento basado en la noción de “frustration”, como para estimar que no se puede tener en cuenta la máxima “*Rebus sic stantibus*”, se desprenden, al menos dos ideas forzosas : la primer la de la preeminencia sobre cualquier otro principio de la norma “*Pacta sunt servanda*” que sólo puede derogarse en casos excepcionales...la segunda idea... es que los prácticos del comercio, por el hecho de presumirse que tienen experiencia en los negocios, están obligados a protegerse por sí mismos, mediante disposiciones contractuales adecuadas, de los acontecimientos que pueden sobrevenir y que sean susceptibles de perjudicar la ejecución del contrato. Por eso, si el contrato no contiene tales disposiciones, no se considera como involuntaria esta laguna y la máxima “*Pacta sunt servanda*” exige que el contrato sea ejecutado como fue concebido inicialmente, con conocimiento de causa, hasta que se demuestre lo contrario” Derains, Yves. Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Gráficas Joaquín Morales. Madrid. p.184., 93; así : 1972, CASO C.C.I. 1990).

“Considerando además que el principio “*Rebus sic stantibus*”, invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene, en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en un contrato. Esta preocupación se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que, en general, las partes conocen los riesgos que pueden sufrir y pueden, por ello, formularlos de manera precisa. Y que, además, los prácticos del comercio internacional deben comprometerse con conocimiento de causa en las operaciones que negocian, y no pueden pretender que no están en condiciones de darse cuenta de la importancia de las obligaciones que corren a su cargo” (Caso C.C.I. 2404 de 1975)

42 McLAREN Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

pactado de tal manera ⁴³. En caso contrario, la presunción es la de que los contratantes no quisieron ninguna ineficacia sobreviviente o transformación de los efectos jurídicos del contrato, en caso de cambio de la base negocial ⁴⁴.

“La tendencia en los procesos de arbitraje internacionales, es la aplicación del principio de *Pacta sunt servanda* de la manera más rígida” ⁴⁵. Esta línea ha sido continuada por la jurisprudencia arbitral reciente, restringiendo la aplicación de los Principios de UNIDROIT ⁴⁶.

43 “En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía “En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas”. Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAIS, 115). “Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar.

“El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones” (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.

“En cuanto a la devaluación de la peseta, habrá podido convertir las importaciones de Italia a España en más onerosas, pero no en imposibles” “...sin duda la demandada tenía derecho a prevalerse de la devaluación del mes de noviembre de 1967 para invocar el beneficio del artículo 18 del contrato, en el que se preveía la transformación de la concesión de venta en concesión de producción (en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil) (1972, CASO C.C.I. 1990).

44 “En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía “En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas”. Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAIS, 115). “Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar.

“El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones” (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.

45 RAMIREZ, Ana Lucía, La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses.

46 En relación con la construcción de una carretera en Argelia, el actor, una compañía francesa, entró en una relación contractual con el demandado “1”, una compañía española, cuyos derechos fueron cedidos al demandado “2”, también español. Debido que el actor se atrasó en la realización del trabajo, el demandado le pidió que aumentara los recursos para recuperar el tiempo perdido. El actor explicó que el atraso se debió a las condiciones en Algeria que le impidieron movilizar el personal necesario y el trabajo extra solicitado. Luego se hizo una enmienda al contrato. El trabajo siguió pero atrasado. El demandado reclama penalidad por el atraso y le envió al actor unos títulos de crédito para que los firmara, a lo que el actor se negó. Así, las cosas el actor presentó la demanda arbitral alegando fuerza mayor por el atraso. Reclamó además el pago de unas facturas. El accionado contrademandó para obtener el pago de las penalidades por el atraso. El tribunal no consideró aplicable UNIDROIT en relación con el tema de “hardship” en las condiciones que lo pedía el actor. Examinó los diversos reclamos y estableció las sumas debidas. Los costos fueron divididos a la mitad (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

(continúa en la siguiente página)

CONCLUSIONES

De lo expuesto puede concluirse:

Que no es cierto que el Sistema Romano de Derecho Comparado sea más rígido que el *Common Law* en materia contractual, como lo suelen expresar algunos autores.

Que, frente a los problemas que suscita de la transformación de las circunstancias, el sistema romano muestra una mayor adaptabilidad a las nuevas realidades que el sistema anglosajón el cual, en este campo, se revela más inflexible. Definitivamente, este es uno de los puntos donde divergen ambos sistemas, el romano-germánico, por un lado

y en el anglosajón (incluida la jurisprudencia arbitral internacional), por otro.

Que, si bien partimos de la existencia de perspectivas diferentes, la confrontación entre los Principios de UNIDROIT y la referida práctica arbitral, nos muestra que, en muchos casos, la divergencia no está tanto en en la legislación y en los principios, (sobre muchos de los cuales hay acuerdo, equidad, buena fe, diligencia, etc.) como en su grado de implementación en los casos concretos de excesiva onerosidad sobreviniente. Este diverso tratamiento ocurre, en la práctica, a partir de una diferencia jerárquica entre los valores seguridad y justicia, en materia contractual.

“El único medio para justificar su aplicación será el de decir que se trata de una “codificación” de los usos existentes y que los Principios de UNIDROIT deben ser aplicados en calidad de usos codificados. Para llegar a esta conclusión será necesario probar que las reglas invocadas por la actora (en particular la de *hardship*, artículo 6.2.1) corresponden a un uso internacional generalmente establecido... Queda excluido que se pueda considerar las disposiciones en materia de *hardship* contenidas en UNIDROIT como usos del comercio. Se trata de lo contrario, de reglas que no corresponden, al menos en el momento actual, a la práctica corriente de los negocios en el comercio internacional y que no serán aplicables sino cuando las partes hagan referencia a ellas” (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

El demandado (turco) había ordenado a una planta de producción de cubitos de azúcar. Debido a que el demandado falló en sus pagos, el actor (holandés) dió por terminado el contrato de venta y pidió compensación e intereses, destacando su intento de mitigar los daños, vendiendo parte del equipo... el demandado alegó su imposibilidad de financiar el pedido debido a cambios económicos imprevistos en el mercado de caña turca de caña de azúcar, en tipo de cambio y costos de energía, etc. y que no había podido obtener financiamiento bancario. El árbitro resolvió que el contrato era eficaz por cuanto el financiamiento no era una condición. Consideró que estos eventos no liberaban al demandado y que ellos eran parte de los riesgos asumidos por éste.

“El criterio decisivo aquí es el principio *pacta sunt servanda*, tal como se expresa en el artículo 1.3. de UNIDROIT... la terminación de un contrato sobre la base del acaecimiento de circunstancias imprevistas (“*hardship*”, “cláusula *rebus sic stantibus*,”) debe ser admitida solamente en casos extremos y raros...El principio subyacente en el comercio internacional es más bien que las mismas partes asumen sus correspondientes riesgos de cumplimiento de los contratos, a menos que los riesgos hayan sido expresamente distribuidos en el contrato mismo. El artículo 6.2.1. de UNIDROIT establece específicamente que el mero hecho de que un contrato implique mayores dificultades económicas para una de las partes no es suficiente justificación para aceptar un caso de “*hardship*”... una caída dramática de precios y la diferencia de tipo de cambio no constituyen por sí mismos circunstancias imprevisibles y en consecuencia no justifican la terminación del contrato” (Caso C.C.I. 8486 de 1996, p 69).