

**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**

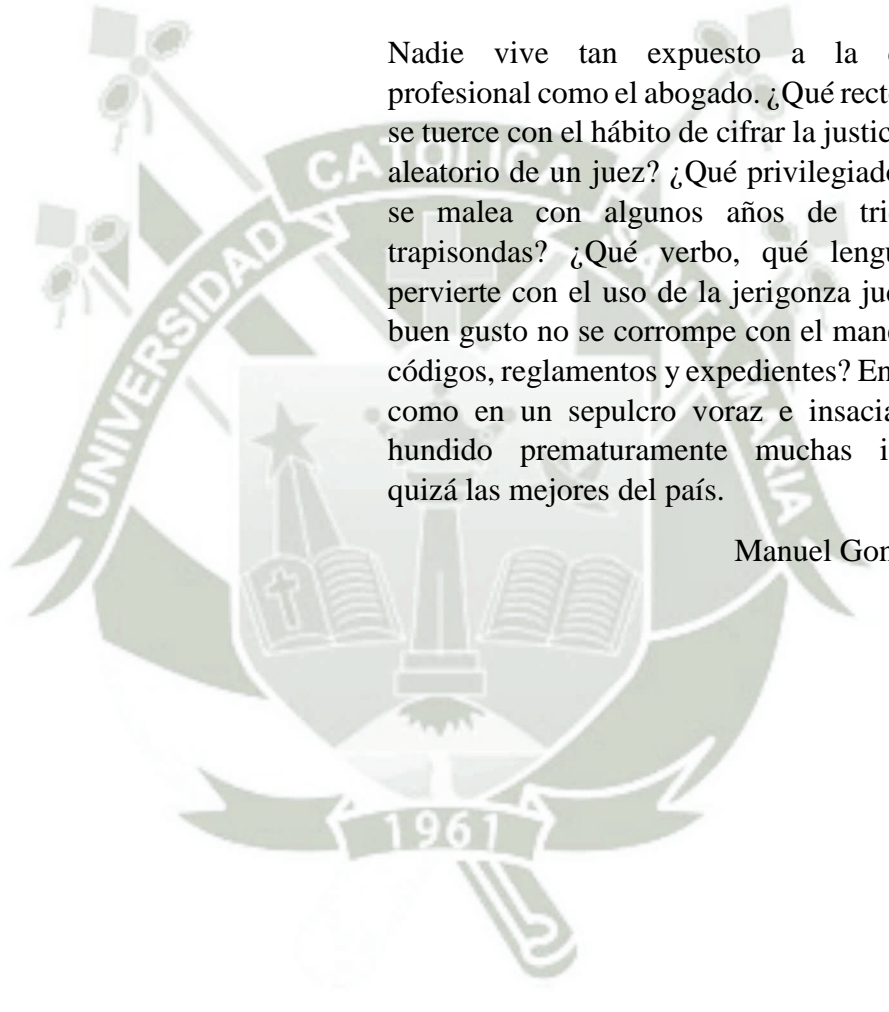


La supresión de la posibilidad de revisión judicial del contrato para reducir la prestación o aumentar la contraprestación en caso que la prestación se vuelva excesivamente onerosa.

Tesis presentada por el bachiller en derecho  
Diego Fernando Angel Angulo Osorio para  
optar el título profesional de abogado.

Arequipa – Perú

2016



Nadie vive tan expuesto a la deformación profesional como el abogado. ¿Qué recto corazón no se tuerce con el hábito de cifrar la justicia en el fallo aleatorio de un juez? ¿Qué privilegiado cerebro no se malea con algunos años de triquiñuelas y trapisondas? ¿Qué verbo, qué lenguaje, no se pervierte con el uso de la jergonza judicial? ¿Qué buen gusto no se corrompe con el manejo diario de códigos, reglamentos y expedientes? En la abogacía, como en un sepulcro voraz e insaciable, se han hundido prematuramente muchas inteligencias, quizá las mejores del país.

Manuel González Prada.

## Índice.

Índice.....	3
Introducción.....	5
Resumen.....	9
Abstract.....	11
Resultados de la investigación.....	13
Del capítulo primero:.....	13
Del capítulo segundo:.....	13
Del capítulo tercero:.....	14
Marco teórico.....	16
Capítulo I Conceptos básicos y generalidades.....	16
1. El contrato civil.-.....	16
2. La libertad contractual.-.....	26
3. La seguridad jurídica.-.....	35
4. Los límites de la libertad contractual y la socialización del contrato.-.....	37
5. El principio <i>pacta sunt servanda</i> .-.....	44
6. El principio <i>rebus sic stantibus</i> .-.....	49
Capítulo II Legislación y tendencias jurídicas contemporáneas.....	57
1. Análisis legal de la excesiva onerosidad en el Código Civil peruano.-.....	58
1.1. Antecedentes normativos:.....	58
1.2. Análisis de la norma vigente:.....	60
2. Legislación internacional.-.....	64
2.1. Principios del Unidroit:.....	65
2.2. Principios de Derecho Europeo de los Contratos:.....	68
3. Legislación y jurisprudencia comparada.-.....	71
3.1. Francia:.....	72
3.2. Alemania:.....	78
3.3. Italia:.....	82
3.4. España:.....	86
3.5. Argentina:.....	93
3.6. Chile:.....	97
3.7. Colombia:.....	99

Capítulo III Análisis de la intervención judicial.....	103
1. Generalidades del intervencionismo judicial.-.....	103
2. Eficiencia en la intervención judicial de los contratos.- .....	108
2.1. Modelo de eficiencia aplicable: .....	110
2.2. Aquello que se pueden mantener o lograr: .....	115
2.3. Aquello que se pueden sacrificar:.....	118
2.4. Resultado y balance del análisis costo beneficio realizado: .....	123
3. Eficacia en la intervención judicial de los contratos.- .....	125
3.1. Modelo de eficacia aplicable: .....	125
3.2. Incentivos a la intervención judicial de los contratos:.....	127
3.3. Desincentivos a la intervención judicial de los contratos:.....	129
3.4. Análisis de la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú de los años 2010 al 2014: .....	132
3.4.1. Casación N° 1258-2009-Arequipa: .....	132
3.4.2. Casación N° 4245-2011-Lima: .....	136
3.4.3. Casación N° 712-2014-Lima: .....	142
3.4. Resultado y balance del análisis de eficacia: .....	145
Conclusiones.....	147
Sugerencias.....	148
Propuesta legislativa.....	149
Bibliografía.....	151
Bibliografía jurídica: .....	151
Bibliografía metodológica:.....	165
Jurisprudencia extranjera: .....	166
Jurisprudencia internacional:.....	169
Jurisprudencia nacional: .....	170
Anexos.....	172

## Introducción.

Tres casos. En España se ha suscitado una crisis inmobiliaria derivada de la explosión de la burbuja inmobiliaria que se desarrolló desde 1997 hasta el 2007; son muchos los casos de personas y familias que han sido desalojadas de los inmuebles que arrendaron o hipotecaron. Hasta que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español en su Sentencia N° 591/2014 del 15 de octubre de 2014, varió los términos contractuales y redujo la renta pactada de un arrendamiento sustentándose en la cláusula implícita *rebus sic stantibus*. Este precedente ha dado un arma muy útil a aquellas personas en riesgo de perder sus viviendas por esta crisis.

En Argentina la existencia de una norma que limita la cantidad de dinero que se puede sacar del banco, o corralito financiero, y de otra que establece un control riguroso en la circulación del dólar estadounidense, ha provocado que no pocas personas hayan invocado la cláusula *rebus sic stantibus* para pedir que se renegocien los contratos que suscribieron; porque definitivamente si tienen que cumplir prestaciones en dólares estadounidenses y el valor real de dicha divisa es mucho mayor a la moneda nacional, existe un problema de descalce cambiario.

En el Perú son muchas las personas y empresas que obtienen sus ingresos económicos en moneda nacional y que se han endeudado en dólares estadounidenses cuando su precio era mucho menor al que existe hoy día. No han pactado cláusulas de reajuste ni ninguna otra que los proteja contra una contingencia cambiaria. Existe un riesgo latente, que no se ha materializado aún, pero que subsiste ahí.

Josserand afirmaba que “contratar es prever”; más allá del concepto legal del contrato, uno contrata para prevenir los incumplimientos, para prever lo previsible y para asignar responsabilidades. Por esta razón no se puede esperar pasivamente a que la crisis económica sorprenda a un país. El legislador debe prever, y adelantarse a su tiempo, sabiendo que su norma no es para los problemas actuales sino para los futuros; después de todo, como lo sentenció Talleyrand “cuando es urgente, ya es demasiado tarde”.

La cláusula *rebus sic stantibus*, es ese extintor al que se recurre cuando el fuego se desató y el detector de humos falló; por este motivo, debe estar siempre cargado y vigente, sin

que su contenido haya caducado, porque sino, se clamará como Hurtado Miller: “¡Qué Dios nos ayude!”

El primer trabajo nacional cuya seriedad amerita su recensión, es el artículo de Felipe Osterling Parodi publicado en 1967, que se anticipó al Código Civil peruano de 1984, y que puso sobre la mesa el problema de la revisión judicial del contrato. Ahora bien, son dos los autores peruanos que han escrito con mayor prolijidad y acierto sobre la teoría de la excesiva onerosidad; el primero es Eduardo Benavides Torres cuyo libro “La excesiva onerosidad de la prestación” plantea un análisis de forma extensiva en la doctrina, el derecho comparado y la norma; y el segundo es Nelson Ramírez Jiménez en su artículo “La excesiva onerosidad de la prestación” cuyo análisis es intensivo en la doctrina y la norma. Ambas producciones académicas, riquísimas en reflexiones, son propias de su tiempo, anteriores a la Constitución Política del Perú de 1993 y propias de un escenario hiperinflacionario. Dos nuevos elementos les son ajenos, el cambio de modelo económico y la nueva realidad económica nacional y mundial. Por último, corresponde citarse el debate doctrinario sostenido entre Alfredo Bullard González, “¿Hay algo imprevisible?”, y Mario Castillo Freyre, “Y seréis como dioses”, que se enfrascan en una constructiva discusión sobre el costo y posibilidad de la previsibilidad de cualquier contingencia contractual. Sin embargo, esta investigación tiene dos enfoques que no han suscitado mayor investigación en el mundo académico, la primera es el análisis económico del derecho a reclamar la revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida: su eficacia y eficiencia. Y el segundo, se sustenta en el trabajo del Estado peruano de insertarse en el mercado global y de internacionalizar sus relaciones comerciales; dos claros ejemplos contemporáneos: son la creación del Mercado Integrado Latinoamericano en materia bursátil y el proceso de ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Por este motivo se han analizado los principios de los contratos de la Unión Europea y del Unidroit, los cuales son referentes para nuestra legislación nacional; porque es innegable que el legislador latinoamericano se nutre de la doctrina europea y su labor legislativa; y el segundo por tratarse de *soft law*.

Dado que, el artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984 permite que el juez aumente la contraprestación o reduzca la prestación en caso que esta última se vuelva excesivamente onerosa; es probable que el juez no remedie el desequilibrio contractual o lo agrave. De esta manera, la investigación estará orientada a determinar si ésta norma es

eficaz, permite que efectivamente el juez se preocupe por restaurar el equilibrio contractual, y si es eficiente, la intervención del juez no desperdicia recursos económicos agravando la crisis, no resolviéndola o sacrifica muchos más recursos de los que busca proteger.

Para el análisis de los conceptos generales de la presente investigación se partió de la fuente primaria de la normativa y jurisprudencia nacional apoyada por fuentes secundarias, entre las más resaltantes se pueden citar a las exposiciones de motivos del Código Civil peruano vigente de 1984 y el comentario exegético realizado por los redactores del mismo cuerpo normativo. Esta jurisprudencia está constituida por sentencias de altos tribunales: Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional. Para el análisis de las normas internacionales y extranjeras se adoptó una estrategia similar, la revisión de fuentes primarias como las normas y jurisprudencia, lo cual fue complementado con la doctrina correspondiente a cada uno de ellos. Es importante resaltar que existen países como España y Colombia, donde el desarrollo es meramente doctrinario y jurisprudencial sin intervención de la ley. Finalmente en el último capítulo se realizó un planteamiento teórico sobre el intervencionismo judicial en los contratos basado exclusivamente en fuentes primarias; en un segundo apartado se realizó un análisis de eficiencia basado en los postulados de las voces más autorizadas del análisis económico del derecho como son los jueces de la Corte de Apelaciones Richard Posner y Guido Calabresi, el ex presidente de la Sala de la Competencia del Tribunal del Indecopi Alfredo Bullard González y los académicos Robert Cooter y Thomas Ulen, lo cual fue complementado con sentencias de altos tribunales. Finalmente se realizó un análisis de eficacia basado en fuentes primarias y secundarias, con una revisión pormenorizada de sentencias casatorias de la Corte Suprema de Justicia del Perú recaídas en expedientes que contenían procesos de revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación.

El primer capítulo plantea los conceptos básicos necesarios para desarrollar la presente investigación y a través de ellos se responde al primer objetivo e interrogante. El segundo objetivo específico y su respectiva interrogante son absueltos en el desarrollo del segundo capítulo de la presente investigación. El segundo y tercer objetivos específicos junto con sus respectivas interrogantes específicas son resueltos por el capítulo siguiente. La respuesta del objetivo principal y su interrogante provienen del desarrollo conjunto de los

objetivos específicos planteados, la absolución de sus respectivas interrogantes y el planteamiento de sus correspondientes conclusiones.



## Resumen.

Desde el ordenamiento jurídico romano, ha existido una gran preocupación sobre la imprevisión y la previsibilidad en los contratos, los romanos concibieron esta cláusula como salvaguarda frente a la variación de las circunstancias sobre las cuales se contrató. Los canonistas inspirados en Santo Tomás de Aquino la elevaron a principio general del derecho de los contratos y el Código Civil bávaro de 1756 determinó su presencia implícita en todos los contratos.

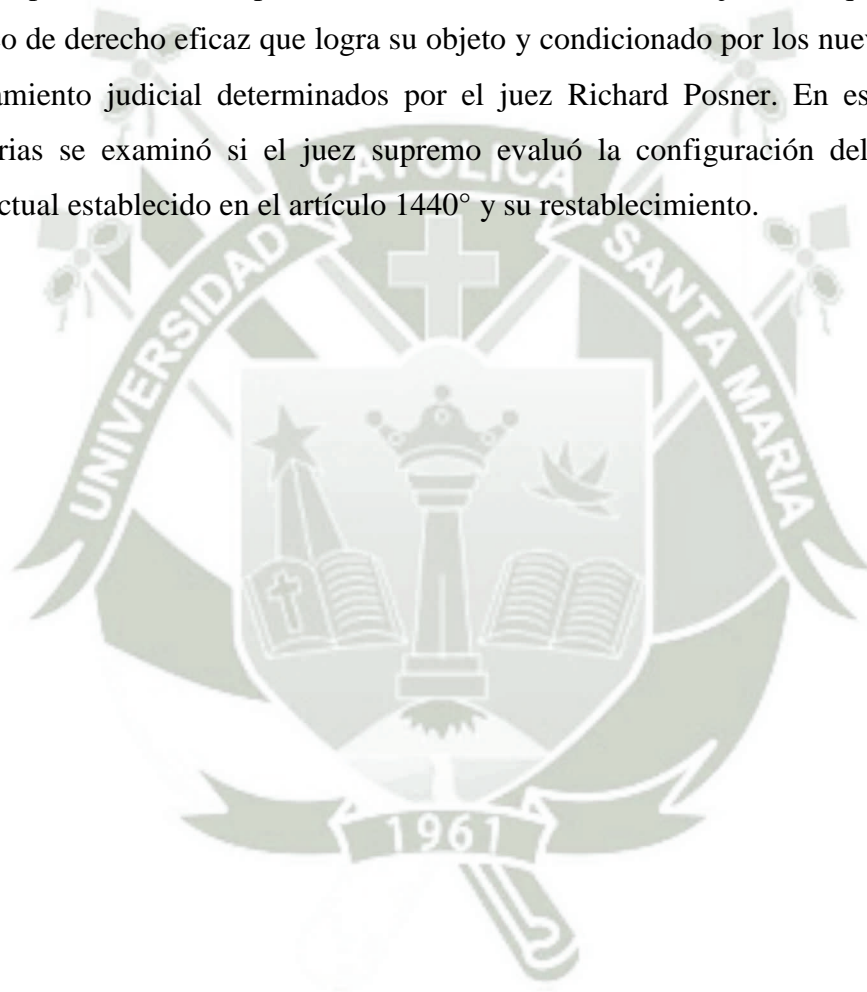
Su incorporación a los ordenamientos jurídicos europeos tuvo una férrea resistencia, hasta las dos guerras mundiales que azotaron dicho continente; el juez francés fue el primero en reconocer su vigencia y materializar sus efectos a través de la teoría de la imprevisión. Frente a ello la academia jurídica alemana desarrolló la teoría de la base del negocio jurídico bajo tres creaciones teóricas que se sucedieron simultáneamente hasta lograr la consolidación de la teoría de la perturbación de la base del negocio. La escuela italiana atemperó la intransigencia de la teoría de la imprevisión francesa y desarrolló la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida que admitía la variación de las prestaciones; esta teoría se replicó en el Código Civil peruano vigente de 1984. La teoría italiana igualmente halló acogida en los fallos colombianos y en el recientemente aprobado Código Civil argentino. Los jueces españoles por su parte adoptaron la teoría alemana y se alejaron de la corriente francoitaliana. Por último, Chile se mantiene renuente a aceptar legal o jurisprudencialmente la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Los principios contractuales Europeos y del Unidroit por su parte han adoptado una construcción legislativa por la cual se prioriza la resolución contractual conforme a la teoría francesa de la imprevisión y en su defecto o imposibilidad, el decisor optará por la adecuación del contrato conforme a los postulados alemanes.

El examen de eficiencia de la norma está sustentado en el análisis costo beneficio realizado a dos niveles, el primero respecto a los bienes jurídicos que se sacrifican para lograr la prevalencia de otros bienes jurídicos. El segundo, está constituido por los recursos que se emplean en la revisión del contrato, contra los beneficios que otorgará la revisión contractual. Para la realización de este análisis se utilizaron los teoremas de

Pareto, Kaldor – Hicks y Coase. En primer lugar, conforme al teorema de Pareto, se partirá de un escenario perfectamente eficiente representado por la celebración del contrato. Al transitar a una situación de desequilibrio económico, se planteará la renegociación voluntaria como mecanismo de restauración del equilibrio contractual conforme al teorema de Kaldor – Hicks. Si este intento de solución fracasa y se entra en un escenario contencioso se hallará la solución conforme al teorema de Coase.

El examen de eficacia está determinado por el análisis de la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia peruana, a través del *case method*, bajo el enfoque del concepto jurídico de derecho eficaz que logra su objeto y condicionado por los nueve modelos de razonamiento judicial determinados por el juez Richard Posner. En estas sentencias casatorias se examinó si el juez supremo evaluó la configuración del desequilibrio contractual establecido en el artículo 1440° y su restablecimiento.



### Abstract.

From the Roman law, there has been much concern about the lack of foresight and predictability in contracts. The Romans conceived this as implied clause as a safeguard against the change in the circumstances on which he was hired. Canonists inspired by Saint Thomas Aquinas elevated to the general principle of contract law and the Bavarian Civil Code of 1756 determined its implicit presence in all contracts.

European legal systems had a stiff resistance until the two world wars that ravaged the continent. The French courts were the first to recognize its validity and realize their effects through the theory of unpredictability. Against this German legal academia developed the theory of the basis of the legal business under three theoretical creations that occurred concurrently until the consolidation of the theory of core business perturbation. Italian School tempered the intransigence of the french theory of unpredictability and developed the theory of excessive supervening onerous admitting variation of benefits; this theory was replicated in the peruvian Civil Code in force in 1984. The italian theory also found acceptance in the colombian sentences and the recently approved argentine Civil Code. spanish judges meanwhile adopted the german theory and away from the french-current. Finally, Chile remains reluctant to accept legal or jurisprudential application of the *rebus sic stantibus* clause.

European contract and the Unidroit principles for their part have adopted a legislative structure by which the contractual resolution is prioritized under French theory of unpredictability and failing or impossibility, the decider will opt for the adequacy of the contract in accordance with the principles Germans.

Examination of efficiency standard is supported in the cost benefit analysis performed at two levels, the first concerning the legal rights that are sacrificed to achieve the prevalence of other legal rights. Second are the resources used in the review of the contract, against the benefits awarded the contract review.

The examination of effectiveness is determined by analysis of the casatoria jurisprudence of the Supreme Court of Peruvian Justice, by the case method, under the approach of the legal concept of effective law it achieves its object and conditioned by the nine models of

judicial reasoning determined by Judge Richard Posner. In these judgments casatorias examined whether the supreme judge assessed the contractual imbalance configuration set out in Article 1440 ° and reinstatement.



## Resultados de la investigación.

### Del capítulo primero:

La cláusula implícita *rebus sic stantibus* como excepción histórica al principio *pacta sunt servanda* es aplicable en los contratos conmutativos gratuitos y onerosos de ejecución continua, diferida y periódica. Su origen en el Derecho Romano, se consolidó en el Derecho Canónico, cayendo en desuso hasta las dos guerras mundiales.

La cláusula *rebus sic stantibus* se encuentra sustentada en el principio jurídico de equidad como la justicia del caso concreto, su resurrección coincide con la crisis del liberalismo jurídico, sustentado en la socialización del contrato que arribó al Perú a mediados de la década de los cincuenta.

Esta cláusula fue muy discutida y censurada por los redactores de la Constitución Política del Perú vigente de 1993, cuyo texto que consagra la “santidad de los contratos” descartó cualquier forma de dirigismo contractual. De una lectura sistematizada del texto constitucional peruano y del Código Civil peruano vigente de 1984 se concluye la primacía de los principios de libertad contractual y seguridad jurídica en materia contractual.

### Del capítulo segundo:

El artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984 introdujo en la legislación nacional el concepto de la cláusula *rebus sic stantibus* adhiriéndose a la corriente italiana de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. La diferencia del articulado peruano con su referente italiano, es que el primero prioriza la revisión y adecuación judicial del contrato obligando a la parte afectada a invocarla y el juez de oficio podrá decidir la resolución si a su juicio, es imposible intervenir el contrato; en cambio el segundo otorga la facultad de decisión a la parte afectada que podrá decidir si

opta por la resolución contractual o su revisión y adecuación. Otra distinción entre la norma peruana y su referente italiano radica en el concepto de alea propia de la actividad económica, de esta manera para la legislación italiana, si el riesgo es propio y usual en la actividad económica no se podrá invocar la cláusula *rebus sic stantibus*; en cambio, la disposición peruana considera que el examen que deberá realizar el juez de la previsibilidad será siempre y en todos los casos conforme al hombre promedio.

Los ordenamientos internacionales de los principios de contratos del Unidroit y de la Unión Europea han establecido que debe preferirse la renegociación contractual, cuyo fracaso origina la resolución del contrato, y frente a su imposibilidad el órgano decisor deberá optar por la intervención y adecuación del contrato.

Respecto a los ordenamientos jurídicos extranjeros, se determinó que la postura francesa a través de la teoría de la imprevisión admitió la resolución contractual como remedio contractual en un caso que la cláusula *rebus sic stantibus sea invocada*, descartando la revisión del contrato y su adecuación. Frente a ello la doctrina alemana y su jurisprudencia derivada desarrolló tres teorías sobre la base del negocio jurídico sumamente subjetivas que fueron objetivándose. La escuela italiana se adscribió a la teoría francesa, atemperándola y admitiendo la revisión contractual. Los tribunales españoles a su vez se decantaron por adscribirse a la teoría alemana en defecto de una legislación propia. A nivel latinoamericano, su más reciente admisión fue la del ordenamiento civil argentino que adoptó semejantemente al Perú la teoría italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida. Chile por su parte se mantiene renuente en admitir en su ordenamiento jurídico la cláusula *rebus sic stantibus*. Finalmente Colombia desarrolló jurisprudencialmente, frente a un vacío en su Código Civil, la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana.

### **Del capítulo tercero:**

Teniendo presente que la formación del contrato constituye una asignación perfecta de recursos económicos, al satisfacerse las necesidades de las partes y no rebasarse los precios de reserva de las partes, se presenta un escenario óptimo según el teorema de

Pareto. Al presentarse la excesiva onerosidad sobrevenida y afectarse el equilibrio contractual, una de las partes se ve perjudicada; por lo que el teorema de Kaldor – Hicks, plantea una solución, la compensación de la parte beneficiada a la parte perjudicada, en tanto dicha compensación no afecte su posición. Este escenario, puede concretarse a través de la renegociación voluntaria del contrato; sin embargo, frente a la negativa u oportunismo de una de las partes el precitado teorema fracasa. Por esta razón, se recurre al teorema de Coase, por el cual ante un costo elevado para la asignación de recursos y solución de problemas debe intervenir el Estado, judicial o legislativamente. La intervención judicial será óptima cuando los costos judiciales probatorios y decisionales sean moderados o bajos; mientras que la opción legislativa será la óptima cuando los costos judiciales probatorios y decisionales sean altos, a efecto de reducirlos y facilitar la tarea del juez de resolver el caso concreto.

La norma actual del Código Civil peruano vigente de 1984 resulta ineficiente como remedio contractual para tratar de restablecer el equilibrio económico perturbado en un contrato por devenir en excesivamente onerosas las prestaciones. Dado que, en primer lugar, se sacrifican derechos de relevancia constitucional como son la libertad contractual, la propiedad privada y la seguridad jurídica en favor de principios de rango infraconstitucional como son la equidad, la buena fe contractual y la conservación del acto jurídico. Al mismo tiempo se tiene, el gasto de recursos por parte de las partes y del Estado para resolver estos casos, que por ser atípicos demandan mayor cantidad de recursos que otros casos típicos y menos complejos.

Por otro lado, se puede asumir que resulta ineficaz la norma precitada por la revisión de las sentencias casatorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú N° 1258-2009-Arequipa, 4245-2011-Lima y 712-2014-Lima, a través del *case method*. Si bien es cierto que los jueces supremos llegan a pronunciarse sobre el fondo mismo de la controversia en las dos últimas casaciones, éstos no realizan un análisis económico ni se realizan la calificación de los hechos alegados como supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida. Por el contrario, se limitan a realizar un análisis simplista sin un mayor examen del caso concreto.

## Marco teórico.

### Capítulo I Conceptos básicos y generalidades.

#### 1. El contrato civil.-

Conviene iniciar el capítulo, con la definición del contrato civil; empezando por las definiciones más genéricas hasta las más técnicas propias del derecho, a fin de poder realizar un desarrollo ordenado del presente capítulo.

El primer concepto de contrato que se debe anotar, es el más lato, contenido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que lo define como “[p]acto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas” (Real Academia de la Lengua Española, 2015). De esta primera definición se deriva, lo que será analizado más adelante: su carácter consensual.

Contrato proviene del latín *contraere*, que “tiene un sentido sinónimo a *commitere*. Otras veces es vocablo vecino a *constituere* (constituir). En cambio, *contractus* (como derivado de *contrahere*) es mucho más tardío de lo que se piensa” (Di Pietro & La Piezza Elli, 2012, pág. 177). En el derecho romano, no aparece una definición propiamente de contrato; sin embargo, el Digesto de Ulpiano (Paricio, 2009), intenta desarrollarlo a partir de Labeón, que se nutrió de las Instituciones de Gayo; clasificándolas por su forma de origen, unas se derivan de los actos humanos, otras de la negociación y las demás de la contratación; el acto jurídico es el género, y el contrato es la especie, es así que “significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman *synallagma* como la compra, venta, locación” (Moncayo Rodríguez, 2004, pág. 4). De esta manera puede afirmarse que la noción de contrato contemporáneo se deriva del Derecho Romano.

En las Institutas de Gayo se clasificó al contrato en reales o *re*, verbales o *verbis*, literales o *litteris* y consensuales o *consensu*. En dicho documento, se sostiene que el contrato es la fuente de las obligaciones, y siendo un acto jurídico da a lugar a sus efectos a través de la entrega de la cosa en el caso del contrato real (*re*), por la solemnidad pronunciada verbalmente (*verbis*), por la escrituración del contrato (*litteris*) o por la sola aceptación de

la oferta al formarse el consentimiento (*consensu*) (Argüello, 1998, pág. 299). Ahora bien, de esta clasificación se puede concluir que los contratos reales eran aquellos que se perfeccionan por la tradición o *traditio*; es decir, puede haberse aceptado la oferta, pero el contrato no estará perfeccionado hasta que la cosa no sea entregada. En cambio los contratos verbales si bien no requerían la tradición ni la escritura, necesitaban para su perfeccionamiento que los contratantes pronunciaran fórmulas solemnes preestablecidas en la forma de una declaración unilateral o a través de una pregunta y su respuesta. Los contratos literales en cambio se perfeccionaban a través de su escritura. Y finalmente, los contratos consensuales que han inspirado nuestro actual modelo contractual, se perfeccionaban sin mayor requisito que las partes arriben a un acuerdo, es decir con la aceptación de la oferta.

Estos contratos reales, verbales y literales, fueron cayendo en desuso a lo largo de la época romana o clásica, siendo que en el tiempo de Justiniano el único contrato sobreviviente era el consensual o *consensu*. En menor medida sobrevivió el contrato verbal solemne, por el cual se cumplían determinados ritos religiosos y seculares; donde unos requerían la consagración del sacerdote en el templo, que inicialmente no era un requisito de validez y su ausencia no provocaba la nulidad o invalidez del contrato, sino su inoponibilidad. Estos rituales del *ius civile* constituían meramente una solemnidad. Sin embargo, en la época tardía del derecho romano y cuando el cristianismo se convirtió en la religión oficial de Roma, el denominado sacramento o *sacramentum*, primó sobre la consensualidad del contrato, adquiriendo mayor importancia la solemnidad sobre el fondo. Tal es así, que los Cánones de la Iglesia Católica que requerían la consagración por el sacerdote, constituyéndose la pena de nulidad a la ausencia de la bendición religiosa (Golmayo, 1896, pág. 100). Llama la atención, la dinámica, por la cual el contrato inicialmente consensual griego o *synallagma*, se diversificó en los contratos romanos consensuales o *consensu*, reales o *re*, solemnes verbales o *verbis* y literales o *litteris*; para posteriormente entrar en desuso los tres últimos dejando en constante uso a los contratos consensuales hasta el arribo de los cánones católicos que revivieron la solemnidad y la impusieron.

Posteriormente, en España con las Siete Tablas del Rey Alfonso X de Castilla, se marcó un punto de quiebre con el rígido formalismo canónico. Más específicamente en la V Tabla (Real Academia de la Historia, 1807, pág. 151), se desarrolló la contratación entre

particulares, liberándose a la contratación del requisito de las solemnidades propias del derecho canónico y se les reemplazó por otras seculares menos rígidas; por ejemplo, en el caso de la promesa de contratar, si bien es cierto que se le consideró un acto meramente consensual, era necesario que se celebre mediante una pregunta y una respuesta, siguiendo al pie de la letra la formalidad ritual establecida en la ley<sup>1</sup>. Cabe mencionar, que en este cuerpo normativo subsisten aún los contratos reales, como el comodato y el depósito.

El Código Civil napoleónico de 1804 (Consejo de Estado, 1809, pág. 202), rompió con la tradición formalista y solemne del derecho canónico que subsistió en el resto de Europa, reconociéndoles el carácter consensual al contrato civil, de modo que el simple consentimiento perfecciona el contrato, conforme a su artículo 1101<sup>o2</sup>. Y es a partir de este cuerpo legislativo, que en el Derecho Civil cobra preponderancia el contrato consensual en detrimento del contrato formal y extinción del contrato real, asemejándose al Derecho Anglosajón.

Concluido este breve desarrollo histórico del concepto de contrato y su naturaleza, y en esta misma línea, se tiene una definición doctrinaria jurídica muy útil, simple y práctica del contrato, como el “[c]onvenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa. [...] Llevando la síntesis al extremo de tan sólo dos palabras, podría caracterizarse el contrato como *acuerdo jurídico*. [...] El *contrato* es una convención generadora de derecho” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 337). Esta definición encontrada en un diccionario jurídico clásico que no perdió vigencia por su calidad doctrinaria, es genérica sin calificar la pertenencia del contrato a cualquier rama del Derecho. En cambio, al calificarlo como civil, su conceptualización se limita a establecer que es “[e]l regido por el Derecho Común, y

---

<sup>1</sup> Ley II del Título XI de la Tabla V.- Cómo la promisión se debe facer por palabras et non por señales.- Pregunta et respuesta ha meester que sea fecha en la promision por palabras con entendimiento de se obligar; et quando esto facieren non deben entremeter otras palabras. Mas quando la una parte preguntare, debe luego responder la otra sil place ó non; et si por aventura fuere fecha la promision en esta manera diciendo, prometedesme de dar o facer tal cosa nombrándola, si el otro responde porque non, también finca obligado por tal palabra como ésta, si dixiese, que si prometie, mas si aquel á quien es fecha la pregunta respondiese bien será ó bien se fará, entonce decimos que non serie obligado por tales palabras. Otrosi decimos que si quando le preguntase non respondiese nada, mas que moviese la cabeza ó faciese otra señal alguna, non diciendo si, nin non, nin otra palabra ninguna, entonce non fincarie obligado; ca tal obligación, como esta que se debe facer por palabras non se puede facer por señales. Et por ende decimos que los mudos nin los sordos non pueden obligarse nin facer tal pleyto como este, porque los mudos non pueden preguntar nin responder, nin los sordos non podrien oir quando los preguntasen, como quier que puedan facer los otros pleytos que se cumplen por consentimiento. (sic.)

<sup>2</sup> Artículo 1101° del Código Civil francés de 1804.- El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo.

especialmente por el Código Civil” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 341). Debe tenerse presente que es a partir de los contratos civiles, que se desarrollan los demás contratos de las otras ramas del Derecho, como son los contratos comerciales y laborales, por ejemplo; por lo que, en este caso, a diferencia del párrafo anterior, el Código Civil bien puede ser aplicable supletoriamente a dichos contratos, pero sólo en defecto de la propia norma específica.

Finalmente, corresponde abordar la legislación peruana sobre la cual se centra el interés de la presente investigación; se encontrará en el artículo 1351° del Código Civil de 1984, la actual definición legal de contrato civil<sup>3</sup>. Es así, que de ésta definición legal se desprende que en el Derecho peruano el contrato solamente regula relaciones patrimoniales, excluyendo así a las relaciones jurídicas extrapatrimoniales.

Es importante resaltar que, el Código Civil de 1936 no poseía una definición legal de contrato, que sí lo tenía su antecedente legislativo, el Código Civil de 1852, que en su artículo 1226° establecía que el contrato era un “convenio celebrado entre dos o más personas por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa”<sup>4</sup>. Por lo que, los antecedentes legislativos propios del articulado actual provienen de los artículos 1318° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984<sup>5</sup>, 1370° de la Comisión Reformadora de 1981<sup>6</sup> y 1° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980<sup>7</sup>, que en textos similares establecían una redacción similar, sino idéntica como el Proyecto de 1984 (Revoredo de Debakey, 1985, pág. 216).

Ahora bien, advirtiéndose que a lo largo de la construcción y desarrollo histórico del concepto legislativo y doctrinario del contrato, se ha utilizado muchas veces del uso de la palabra convención, confundiéndola con contrato; resulta importante aclarar, que no se utilizó el término convención en nuestro articulado actual, en vista que la doctrina considera que el primero no solamente crea, regula, modifica o extingue obligaciones patrimoniales entre las partes contratantes, también se desarrolla hacia un campo más

---

<sup>3</sup> Artículo 1351° del Código Civil peruano de 1984.- Noción de contrato.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

<sup>4</sup> Artículo 1226° del Código Civil peruano de 1852.- Contrato es un convenio celebrado entre dos o más personas por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

<sup>5</sup> Artículo 1318° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

<sup>6</sup> Artículo 1370° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones de carácter patrimonial.

<sup>7</sup> Artículo 1° Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, o extinguir entre sí obligaciones de carácter patrimonial.

grande, abarcando toda clase de relaciones de relevancia jurídica, sean patrimoniales o extrapatrimoniales. Por otro lado, el contrato se distingue del pacto, en que el segundo es parte integrante del primero y sólo aparece con la formación del contrato (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, pág. 15). De esta forma se tiene como conclusión que, el género es el convenio que abarca a la especie, el contrato, que a su vez contiene diferentes pactos, que resultan una suerte de acuerdos muy específicos como la retroventa. La definición legal adoptada por el Código Civil peruano vigente de 1984 tiene el carácter de “nominal” al desarrollar el contrato conceptualmente, como un “acuerdo entre dos o más partes” analizando sus consecuencias jurídicas de “crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (De la Puente y Lavalle, Definición de contrato, 2007, pág. 1351). Sin embargo, en opinión de De la Puente y Lavalle, el artículo es imperfecto e incompleto, puesto que debió ser redactado con remisión al artículo 140° del Código Civil<sup>8</sup>, a efecto de completar su contenido con los requisitos de agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita por Ley bajo sanción de nulidad. Esta postura fue descartada por él mismo posteriormente, en vista que el Código Civil peruano vigente de 1984 ha optado por normar de forma apartada “la teoría general del acto jurídico” que contiene las normas genéricas de los actos jurídicos unilaterales o plurilaterales, patrimoniales o extrapatrimoniales; mientras que, “la teoría general del contrato”, se ha ocupado del contrato como un acto jurídico bilateral patrimonial de forma exclusiva (De la Puente y Lavalle, Sistema peruano de contratación civil, 2010, pág. 26).

Conviene traer a colación, la complementación entre definición de contrato que establece el Análisis Económico del Derecho que hace hincapié en la función económica del contrato; así Posner considera preliminarmente que el “derecho de los contratos tiene cinco funciones económicas diferentes: 1) prevenir el oportunismo<sup>9</sup>, 2) interpolar términos eficientes<sup>10</sup>, 3) prevenir los errores evitables en el proceso de contratación, 4)

---

<sup>8</sup> Artículo 140° del Código Civil peruano de 1984.- Noción de acto jurídico y elementos esenciales.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

<sup>9</sup> El oportunismo se entiende como el abuso de las oportunidades que ponen en situación de ventaja a una de las partes del contrato, por ejemplo en el monopolio.

<sup>10</sup> Es demasiado difícil lograr un contrato “perfecto” que asuma todos los escenarios posibles de ejecución; por lo que para su eficiente ejecución debe introducirse términos que produzcan su ejecución eficiente así no hayan sido pactados.

asignar el riesgo a quien pueda soportarlo mejor, y 5) reducir los costos de la resolución de las disputas contractuales” (Posner, *El análisis económico del derecho*, 2013, pág. 169); así en la corriente nacional se estableció que “[e]l contrato es la unidad básica de intercambio. Es el sinónimo legal del concepto económico de transacción. En ese sentido tanto la contratación paritaria como la masiva persiguen el mismo fin: intercambiar bienes y servicios” (Bullard González, *Derecho y economía*, 2010, pág. 267). Por tanto “[e]l contrato es un mecanismo de revelar valores subjetivos” (Bullard González, *Derecho y economía*, 2010, pág. 387).

En conclusión, como señalan Cooter y Ulen, “[e]l derecho de los contratos [...] ayuda a promover la cooperación entre los individuos mediante el cumplimiento forzoso, la interpretación y la regulación de las promesas” (Cooter & Ulen, 2008, pág. 287). Por tal motivo, “[l]a institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita una riqueza privada” (Messineo, *Doctrina general del contrato*, 1986, pág. 15).

Ahora bien, como ya se mencionó en líneas anteriores, destaca el contrato civil en principio por ser consensual, no requiriendo la entrega de la cosa o seguir formalidad alguna<sup>11</sup>, para el perfeccionamiento del mismo. Este desarrollo del contrato real hasta el contrato consensual ha implicado que, fue necesario un gran desarrollo del Derecho para que se conciba al consentimiento como causa de perfeccionamiento del contrato; es así que, el formalismo romano por el cual se pronunciaba una determinada frase santificada en latín por el ciudadano romano, entró en crisis y desuso, dando paso a fórmulas mucho más informales. Estas normas romanas fueron adoptadas por los pueblos conquistados por el Imperio Romano de Occidente, creando así una tradición jurídica latina con un núcleo duro formalista, que tuvo en contraposición a la tradición germana esencialmente informal. Posteriormente, el Código Civil de los franceses de 1804 rompió con este formalismo, sin romper con la cultura formalista de la que es tributario; al otro lado surgió un Código Alemán de 1900 mucho menos solemne (Ferdinand Cuadros Villena, 1997, pág. 82).

El principio del consensualismo contractual, entiende que el contrato se concluye por la aceptación de la oferta, y consecuentemente se perfecciona por el conocimiento de la

---

<sup>11</sup> Existen casos en el Código Civil peruano de 1984 que establecen diversas formalidades, como que el contrato se extienda por escrito o que sea otorgada una escritura pública.

aceptación de la misma por el oferente; puesto que, la declaración de voluntad del ofertante y la declaración de voluntad del aceptante, concurren en un mismo punto y convergen evidenciando un acuerdo. Sin embargo, para que nazca el contrato es necesario un acto más, hacer manifiesta esa voluntad para que cumpla su objeto que el Derecho le reconoce, obligar a las partes. Esto de ninguna forma significa, que la evidencia de dicha voluntad tenga que ser plasmada en un documento escrito, admitiendo así la ley civil<sup>12</sup> que se manifieste verbalmente o por otros medios. “Esta convergencia de voluntades singulares y unilaterales, en una sola de carácter común, produce un contrato en el que el oferente asimila la voluntad del aceptante y viceversa, volviendo la voluntad bilateral” (De la Puente y Lavalle, Perfeccionamiento del contrato, 2007, pág. 176). Por tanto, se concluye que el conocimiento de la aceptación, es el paso final que perfecciona el contrato; dado que, es evidente que la sola aceptación no produce el contrato, porque es necesario el conocimiento del oferente de la aceptación para que considere que ha nacido el contrato como tal.

En la legislación civil histórica peruana, llama la atención que en el Código Civil de 1852 en principio se establezca como regla general el carácter consensual del contrato<sup>13</sup>; sin embargo, se admita la coexistencia con los contratos reales<sup>14 15</sup> por un lado y los solemnes en otro<sup>16</sup>. Esta situación, se mantuvo parcialmente en el Código Civil de 1936 respecto a la regla principal del contrato consensual, conforme se desprende de una lectura razonada de los artículos 1333<sup>o17</sup>, 1335<sup>o18</sup> y 1336<sup>o19</sup>, que si bien no reconocen como regla principal el carácter consensual del contrato, su redacción evidencia expresamente que el contrato

---

<sup>12</sup> Cabe mencionar que los casos especiales que detalla el Código Civil peruano vigente de 1984, referidos a aceptación tácita no han sido desarrollados en el presente trabajo, por no ser relevantes para el desarrollo de la presente investigación.

<sup>13</sup> Artículo 1234° del Código Civil peruano de 1852.- Para la validez de los contratos se requiere: 1. El consentimiento de las partes. 2. Su capacidad para contratar. 3. Causa cierta que sea materia del contrato. 4. Causa justa para obligarse.

<sup>14</sup> Artículo 1228° del Código Civil peruano de 1852.- Son consensuales, cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos y reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa.

<sup>15</sup> Artículo 1845° del Código Civil peruano de 1852.- Deposito es un contrato real, por el que una persona recibe de otra alguna cosa para custodiaria, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante.

<sup>16</sup> Artículo 1232° del Código Civil peruano de 1852.- Todo contrato sobre la traslación de dominio de un inmueble, debe constar de escritura pública, cualquier otra prueba es subsidiaria.

<sup>17</sup> Artículo 1333° del Código Civil peruano de 1936.- Si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el oferente la hubiere dispensado, se reputará concluido el contrato, si la oferta no fue rehusada sin dilación.

<sup>18</sup> Artículo 1335° del Código Civil peruano de 1936.- Los contratos celebrados por correspondencia epistolar o telegráfica, se consideran perfectos desde que fue expedida la aceptación.

<sup>19</sup> Artículo 1336° del Código Civil peruano de 1936.- Repútese celebrado el contrato en el lugar en que se formuló la oferta.

quedará perfeccionado cuando se produce la aceptación de la oferta. Por otro lado, a pesar del silencio en éste último sobre la existencia de contratos reales, se evidencia su subsistencia por ejemplo en el artículo 1857<sup>20</sup>; asimismo, es importante señalar que, se mantiene la excepción a la regla de los contratos solemnes conforme al artículo 1340<sup>21</sup>. Es recién en el actual y vigente Código Civil de 1984, que se suprime del esquema legislativo la existencia de los contratos reales, dejando que el contrato sea consensual por regla general y la solemnidad como la excepción, que en su artículo 1352<sup>22</sup> estableció su carácter consensual, es decir cuando la aceptación de la oferta es conocida por el oferente conforme se encuentra establecido en el artículo 1373<sup>23</sup> del mismo cuerpo legal, “[e]n efecto, el principio de *solus consensus obligat* es el resultado de una evolución jurídica que ha terminado por imponerse en la mayoría de legislaciones contemporáneas” (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, págs. 15-16).

Es importante anotar sobre la construcción legislativa del artículo 1352° del Código Civil peruano de 1984, que éste no tiene un antecedente directo en el Código Civil peruano de 1936 y recoge sólo esencialmente el antecedente del artículo 1228° del Código Civil peruano de 1852; por lo que, se debe considerar como antecedente legislativo a las redacciones de los artículos 1319° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984<sup>24</sup>, 1371° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981<sup>25</sup> y 2° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980<sup>26</sup> (Revoredo de Debakey, 1985, pág. 218). Estas fórmulas legislativas, se mantuvieron en esencia en el caso de las dos primeras y la más reciente de forma idéntica.

---

<sup>20</sup> Artículo 1587° del Código Civil peruano de 1936.- Por el comodato una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo, o para cierto fin, y después la devuelva.

<sup>21</sup> Artículo 1340° del Código Civil peruano de 1936.- Si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial, las partes que han celebrado el contrato, pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

<sup>22</sup> Artículo 1352° del Código Civil peruano de 1984.- Perfección de contratos.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

<sup>23</sup> Artículo 1373° del Código Civil peruano de 1984.- Perfeccionamiento del contrato.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

<sup>24</sup> Artículo 1319° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley, bajo sanción de nulidad.

<sup>25</sup> Artículo 1371° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.- Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben revestir la forma señalada por la ley.

<sup>26</sup> Artículo 2° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980.- Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben revestir la forma señalada por la ley.

Un aspecto, no menos importante, que requiere aclaración, y que se tratará solamente de forma tangencial, es el carácter obligatorio del contrato entre las partes; cabe mencionar en este aspecto, que dicho carácter no emana de la voluntad o autonomía de las partes sino del reconocimiento del Estado sobre dicha autonomía que le otorga un valor jurídico propio y por tanto vinculante; de esta manera se descartó de plano que el contrato sea una Ley formal, sin restarle que sea una norma jurídica positiva.

Esto se debe, a que el contrato no es un mandato regulador de carácter genérico sino más bien específico circunscrito únicamente a la relación obligacional de las partes que lo celebran. Savigny citado por De la Puente y Lavalle distinguió claramente el acto jurídico de la ley formal, siendo la primera una fuente primaria del derecho objetivo, mientras que el segundo del derecho subjetivo; en este sentido Savigny sentencia que “colocar en una misma línea a las leyes y a los contratos, contemplar a los contratos como fuentes de derecho (objetivo), es confundirlo todo” (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 1991, págs. 269-270); considerando que el contrato origina la relación jurídica patrimonial, y no una norma jurídica. Por tanto la locución “el contrato es ley entre las partes” sólo tiene un significado figurativo que reviste la obligatoriedad de los contratos y de ninguna forma puede tomarse de forma literal.

Ahora bien el desarrollo específico de la presente investigación, reclama el enfoque conceptual del contrato en relación a la cláusula *rebus sic stantibus*; cláusula que se aplica al contrato conmutativo por regla general; este tipo de contrato en especial debe definirse doctrinariamente como “[a]quel en que el valor de las prestaciones de cada parte se fija definitivamente en el momento de su perfección” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 342). En este sentido y ampliando el concepto ya dado, se tiene que el contrato conmutativo es:

“[A]quél en el que la entidad de las prestaciones puede ser establecida en el momento de celebración del contrato. También se ha visto que la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios tiene carácter principal y no constituye una subclasificación de los contratos onerosos. Puede haber, en consecuencia, contratos conmutativos tanto a título oneroso como a título gratuito, así como contratos aleatorios a título oneroso y a título gratuito”. (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, pág. 594)

Ahora bien, cabe señalar que la cláusula *rebus sic stantibus*, es aplicable tanto a contratos conmutativos onerosos como a contratos conmutativos gratuitos (Roppo, 2009, pág. 942); muy a pesar que, como fue señalado en la exposición de motivos del Código Civil peruano de 1984 que la “excesiva onerosidad de la prestación se presenta en los contratos conmutativos onerosos, es decir, en aquellos en los cuales existe cuando menos una base cierta de apreciación entre los contratantes, determinada en el inicio mismo de la relación obligacional” (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, pág. 105).

Ahora bien, dentro del contrato conmutativo, se tienen los contratos de duración o de tracto sucesivo, que contienen a los contratos de ejecución continuada y ejecución periódica. El contrato de tracto sucesivo que es “[a]quel en que las prestaciones tienden a repetirse o a variarse de acuerdo con las circunstancias, dentro de los límites secundarios, según lo concertado con un comienzo, aunque sin final establecido” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 353). Llama la atención, la existencia en el mismo diccionario jurídico el concepto de contrato sucesivo, que muy semejantemente, establece que es “[e]l que contiene prestaciones periódicas” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 359).

El contrato de ejecución continuada o sucesiva, de forma preliminar es “[a]quel en que una de las partes, o con más frecuencia ambas, requieren la repetición en el tiempo de las distintas acciones, por imperioso escalonamiento al ejecutar o por cumplimientos parciales” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 347). Así también, se puede establecer que se encuentra ante un contrato de ejecución continuada “cuando la obligación contractual da lugar a una prestación que, siendo una sola, se ejecuta ininterrumpidamente durante todo el plazo del contrato” (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, pág. 596).

En cambio, se está en frente de un contrato de ejecución periódica “cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter que deben ejecutarse periódicamente de un modo fraccionado con cierta *distancia temporis* una de la otra durante la vigencia del contrato” (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, pág. 596).

Por otro lado, los contratos de ejecución diferida son “aquellos en los que, no obstante que por su naturaleza pueden ser de ejecución inmediata, las partes acuerdan que la ejecución de sus prestaciones sea diferida a una oportunidad común para todas ellas o a

una oportunidad diferente para cada una” (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, pág. 596). Debiéndose entender al efecto diferido como la calificación de “distintas instituciones en que las prestaciones o la ejecución se sujetan a cierto lapso” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 251).

## 2. La libertad contractual.-

Corresponde ahora analizar el derecho y principio de libertad contractual; conviene precisar, que este orden en el desarrollo conceptual del capítulo de la presente investigación se encuentra inspirado en el desarrollo legislativo del Código Civil peruano vigente de 1984, que desarrolla en primer lugar la definición del contrato, luego sigue con el carácter consensual del mismo y continúa con el reconocimiento del derecho a la libertad contractual, que se desarrollará a continuación.

El artículo 1354° del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>27</sup> reconoce que las personas tienen derecho a establecer libremente el contenido de los contratos que celebren, siempre que éstos no se opongan a una norma imperativa. Dicho reconocimiento, será analizado en tres fases, primero como producto de la evolución legislativa civil peruana de los Códigos Civiles de 1852 y 1936; luego en concordancia con el articulado concordante del mismo Código; y finalmente respecto a la vigente Constitución Política de 1993, que rige su actual aplicación.

El artículo 1278° del Código Civil peruano de 1852<sup>28</sup>, como antecedente nacional más lejano del artículo vigente bajo análisis, reconoció el libre arbitrio de las partes para determinar las condiciones que integran sus contratos, mientras no sean contrarias a la ley y la moral; sin embargo, cabe resaltar que la omisión de la palabra libertad, no afecta en el fondo al derecho y principio de libertad contractual reconocida en dicho artículo; dado que, de la redacción de dicho artículo, como ya se mencionó, se entiende que se deja al arbitrio de las partes, que se reputa libre<sup>29</sup>, la definición del contenido del contrato.

---

<sup>27</sup> Artículo 1354° del Código Civil peruano de 1984.- Libertad contractual.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

<sup>28</sup> Artículo 1278° del Código Civil peruano de 1852.- Se puede poner en los contratos cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes, ni a la moral.

<sup>29</sup> Artículo 13° del Código Civil peruano de 1852.- Por la mayoría se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil.

El Código Civil peruano de 1936, de igual forma que respecto a la definición del contrato, en su articulado no contiene una disposición que haya recogido el precitado artículo 1278° del Código Civil peruano de 1852 ni que haya sido antecedente del artículo 1354° del Código Civil vigente de 1984. La limitación a contratar en contra de las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936<sup>30</sup>, es propiamente el antecedente del actual artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>31</sup> referido a la nulidad virtual, lo que no es relevante para la presente investigación.

El reconocimiento a la libertad contractual contenido en el primer precepto del artículo 1354° del Código Civil peruano vigente de 1984 tiene como antecedentes exactos a las primeras frases de los artículos 1321° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984<sup>32</sup>, 1372° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981<sup>33</sup> y 3° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980<sup>34</sup>. Es la construcción de la segunda cláusula del artículo 1354° del Código Civil peruano vigente de 1984, la que no recogió los ya citados proyectos normativos, donde el más reciente hacía referencia a la nulidad virtual conforme a en virtud a las normas que importan el orden público y las buenas costumbres; mientras que los otros dos proyectos remitían la limitación a artículos referidos al interés social, público y ético<sup>35</sup> (Revoredo de Debaquey, 1985, pág. 219).

Ahora bien, abordando propiamente el artículo 1354° del Código Civil peruano vigente, en su exposición de motivos, se consideró para su redacción, que:

“El precepto recoge el principio de la libertad contractual, al permitir que las partes establezcan los términos y condiciones en que se obligan, las leyes y tribunales a que se someten y demás matices o modalidades, pero sin caer en los excesos de la autonomía de la voluntad. Como es sabido, la clásica teoría de la autonomía de la voluntad sostiene que las partes son absolutamente libres de

---

<sup>30</sup> Artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936.- No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

<sup>31</sup> Artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

<sup>32</sup> Artículo 1321° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, salvo lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar.

<sup>33</sup> Artículo 1372° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, con la salvedad establecida en el artículo siguiente.

<sup>34</sup> Artículo 3° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, con la salvedad establecida en el artículo siguiente.

<sup>35</sup> *Vid. infra* pág. 38.

crear, regular, limitar o extinguir obligaciones, sin que nadie se le pueda permitir interferir en su formación y en sus efectos”. (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, pág. 17)

Es decir, el Código Civil vigente de 1984 reconoce el derecho a elegir libremente el contenido del contrato y establece como regla general el principio que importa el respeto a ese libre arbitrio. De esta forma, y conforme al artículo 1356° del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>36</sup>, la Ley se aplica supletoriamente al contrato en defecto de los pactos de las partes.

Este carácter supletorio del Código Civil sobre el contrato, fue concebido en su exposición de motivos para que las partes tengan la absoluta libertad de pactar sobre materias no reguladas por el Código Civil y sobre aquellas que aún reguladas admitan un pacto en contrario; de tal manera, que si las partes por omisión o por decisión propia deciden no realizar ningún acuerdo sobre una materia regulada que admite el pacto en contrario, la ley civil se aplica directamente. Estas “normas facultativas, interpretativas o supletorias” de carácter dispositivo, de ninguna manera quedan derogadas por la voluntad de las partes, únicamente no se aplican. En cambio, las disposiciones imperativas siempre serán de aplicación al contrato, constituyendo en la práctica cláusulas tácitas que se reputan puestas en él. De tal forma que “[a]l hablar de normas facultativas, [...] son aquellas que admiten ser sustituidas por las partes. Naturalmente, si las partes no las sustituyen por regulaciones específicas, su aplicación será ineludible” (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, págs. 19-20).

Ahora bien, el contenido de la libertad contractual reconocida en el Código Civil peruano vigente de 1984, determina el respeto del Estado a la autodeterminación de las partes en la forma en que han normado sus relaciones obligacionales. De esta forma, los particulares determinan libremente la forma en que se desarrollan sus vínculos y transacciones económicos, asimismo, se les reconoce a las partes la facultad de elegir con quién escogen contratar. Esta libertad, determina y reconoce las personas son libres y capaces de disponer libremente su patrimonio al obligarse o adquirir acreencias sin el temor que el Estado interfiera o varíe las condiciones en que fueron pactadas dichos negocios. Este derecho es oponible no solamente al Estado sino también a toda la

---

<sup>36</sup> Artículo 1356° del Código Civil peruano de 1984.- Carácter supletorio de la Ley.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

sociedad, su carácter puede ser definido *erga omnes*. Por ejemplo, los jueces no pueden de oficio anular o declarar la ineficacia de un contrato por considerarlo injusto (Gutiérrez Camacho, La libertad de contratación, 2007, pág. 38).

Cabe resaltar, que tradicionalmente esta libertad fue llamada “autonomía privada”, la cual es sinónimo de la libertad contractual hoy reconocida unánimemente por este nombre jurídico; al respecto, De la Puente y Lavalle, desarrolla el concepto tradicional confirmando lo que Gutiérrez Camacho sobre el concepto vigente desarrolló en el párrafo anterior:

“Obsérvese que en este concepto de la autonomía privada, la autonomía privada, la libertad adquiere un nuevo sentido, pues sin dejar de ser la ausencia de ataduras para obligarse, se convierte también en poder de crear relaciones jurídicas obligacionales. La persona es no sólo libre para contratar sino también soberana para hacer obligatorias las relaciones jurídicas producto del contrato. Podemos decir, pues, que la autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí”. (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 1991, pág. 262)

Cabe precisar, que la “autonomía privada” no fue plenamente reconocida por la doctrina, sino más bien se empleó también el concepto de autonomía de la voluntad, el cual es propio de los autores más tradicionales y clásicos. Esta autonomía se le otorgó a la libre voluntad de la persona humana, a efecto que sea ella la que determine libremente el contenido de sus relaciones jurídicas. Esto sirvió como fundamento de la teoría general del acto jurídico y posteriormente a la teoría general del contrato, durante la época de formación de dichos conceptos y en los que la “autonomía privada” tenía absoluta preponderancia en el ordenamiento civil.

Al respecto se tuvo la gran disyuntiva, si este fundamento nacía de la propia libertad inherente al hombre o si era el Estado quien abdicaba dicho poder y lo cedía a los particulares; el segundo postulado propio de autores y ordenamientos jurídicos estatistas entraron en desuso y crisis por la evolución humanista del derecho, en el que se concibieron a los derechos de las personas como las fuentes generadoras del Derecho. De esta manera se puede concluir, que es la libertad plena de la persona la que da lugar a la libertad contractual, la cual puede ser limitada dentro de un Estado Constitucional de

Derecho. “Por lo tanto, en un sentido muy general, la persona tiene libertad para ejercitar facultades y derechos y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le tañen. Este es el concepto amplio de autonomía privada” (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, pág. 198).

En este sentido, debe tenerse presente que tradicionalmente se consideraba que fue el Estado el que abdicó parte de su poder y lo delegó a las personas; sin embargo, por el contrario son las personas las que nacen libres y ceden al Estado parte de su libertad para asegurar la vida en sociedad; de tal forma que como lo ha señalado acertadamente Díez – Picazo y Gullón Ballesteros, “reconocer libertad significa reconocer autonomía, es decir que el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. En otras palabras, un reconocimiento del valor jurídico de sus actos, que serán vinculantes y preceptivos” (Kresalja & Ochoa, 2009, pág. 277). Este reconocimiento que hace el Estado, implica respeto por lo que decidan las partes y su compromiso de no intromisión, en tanto y en cuanto los pactos adoptados en virtud de dicha libertad no vulneren los límites establecidos por la cesión de parte de dicha libertad. Por otro lado, la libertad contractual se sustenta en la imposibilidad del ordenamiento civil de cubrir todos los posibles escenarios de las transacciones que se celebran en la vida económica del país; dado que, la variedad de las actividades económicas y su diversificación tienden a incrementarse de forma más rápida que el posible desarrollo de la propia ley. De este modo sólo se debe asegurar un piso regulatorio que asegure la equidad y justicia en las actividades económicas sin sacrificar la libertad ni la eficiencia. Por esta razón, la ley no puede circunscribir al mercado, porque su naturaleza muta demasiado rápido como para poder enmarcar a todos los posibles escenarios transaccionales en un ordenamiento jurídico, por más dinámico y flexible que sea (Gutiérrez Camacho, La libertad de contratación, 2007, pág. 42).

Siendo todo esto así, se puede concluir de forma preliminar que existe libertad contractual cuando:

“[L]as partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, es uno de los principios más importantes de la contratación en la sociedad moderna regida por un orden económico abierto, competitivo y orientado hacia el libre comercio. Por este principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres de decidir, sin controles ni restricciones exteriores, si contratan o no.

Si deciden contratar son libres de elegir la persona o personas con quien contratar y, hecha esta elección, son libres para determinar el contenido del contrato”. (Torres Vásquez, Teoría general del contrato, 2012, págs. 43-44)

Esta libertad, abarca la libertad de contratar o libertad de conclusión y la libertad contractual propiamente dicha o libertad de configuración. La primera se refiere a la libre autonomía de la persona para decidir si concreta o no un contrato y la otra persona con la que lo celebrará. Mientras que la segunda libertad, se orienta a cautelar el derecho de las partes de decidir libremente qué pactos integran el contrato que van a celebrar. Ésta última facultad integra las facultades de decidir la forma del contrato, el modo de solucionar las controversias que surjan derivadas de la celebración o ejecución del contrato y la de fijar el objeto del contrato (Gutiérrez Camacho, La libertad de contratación, 2007, pág. 40). Por lo que, esta doble configuración de la libertad contractual tendría una acción externa respecto quiénes contratan y en qué momento lo hacen, y otra interna referida a qué y cómo contratan.

Siguiendo esta línea, existe otro criterio más completo, por el cual se sostiene que la libertad contractual tiene una triple dimensión. Las dos primeras son las precitadas libertad de conclusión y libertad de contenido, ya explicadas en el párrafo anterior, con la única salvedad que la segunda no puede utilizarse para eludir las normas imperativas en materia contractual. Mientras que la tercera, la libertad formal implica “[p]or regla general, [que] las partes determinan qué forma ha de tener el contrato, si simplemente oral, escrita en documento privado o constatado en documento público” (Fundación Tomás Moro, 2007, pág. 409). Esta tercera libertad, está también sujeta a las diferentes normas imperativas del ordenamiento civil que impone formalidades a determinados contratos, tales como ser otorgados mediante escritura pública.

Tal es así, que la libertad contractual garantiza la “santidad del contrato”, el cual pactado no podrá ser intervenido por el Estado sea de forma legislativa, administrativa o judicial. En este sentido, se fundamentó la redacción del artículo 62° de la Constitución Política del Perú vigente de 1993<sup>37</sup> en que “la nefasta intromisión del Estado en los contratos de

---

<sup>37</sup> Artículo 62° de la Constitución Política del Perú de 1993.- Libertad de contratación.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...).

alquileres, para congelar los arriendos, hubiera sido constitucionalmente imposible. Tal intromisión del Estado ha sido, [...] nefasta, puesto que a ella se debe que no se hayan construido viviendas en número suficiente, con grave perjuicio, precisamente, para quienes no son dueños de casahabitación, y aspiran a tomar una en alquiler, y no hay oferta. [...] Al revisar los artículos ya aprobados de la nueva Constitución, la mayoría parlamentaria pretendió modificar el artículo 62° introduciendo excepciones que hubieran destruido la santidad de los contratos” (Chirinos Soto, Libertad de contratación, 2006). Al respecto el señor congresista de la República Carlos Torres y Torres Lara, que intervino en la redacción y aprobación de la Constitución Política del Perú vigente de 1993, señaló:

“Es la visión sobre los contratos, porque ha sido usual en el Perú, como en toda Latinoamérica, ese espíritu de justicia generalizada, en donde un legislador un día piensa que los alquileres están muy altos, y entonces promueve una ley normando que los alquileres quedan congelados, y, por supuesto, muchos aplauden, pero no piensan en aquella anciana que vive con alquileres y tiene una indemnización que la invirtió en un pequeño departamento que le sirve para sobrevivir, no se piensa en el enfermo que con ese arrendamiento está pagando su medicina. Esa justicia “general” no es justicia. [...]”. (Rubio Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993, 1999, pág. 282)

De forma posterior, y atendiendo a un intento de reforma constitucional del artículo 62° de la Constitución Política del Perú vigente de 1993, el señor congresista de la República Enrique Chirinos Soto defendió dicho artículo y su contenido conforme a la siguiente intervención en la sesión del Congreso de la República del 20 de agosto de 1993:

“El señor Chirinos Soto.- Señor presidente [...] La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo del contrato. Pero añado ahora que, excepcionalmente, por razones debidamente comprobadas de utilidad moral, de calamidad pública, de seguridad y orden interno, pueden expedirse leyes o disposiciones de cualquier clase, hasta resoluciones ministeriales o directorales, que modifiquen los términos de cualquier contrato. Con lo cual, terminó para siempre la santidad del contrato. Con el señor Joy Way, nos hemos paseado Bonn, Estrasburgo, París, Madrid,

Miami, exhibiendo el texto constitucional. Nos hemos llenado la boca para decir que el Perú garantiza, por fin, la santidad de los contratos, y que ni siquiera una ley del Congreso puede modificarlos retroactivamente. Ahora, hasta el más estúpido de los abogados tiene que leer, en el texto que se propone, que, por razones de utilidad o de calamidad o de seguridad – es decir, por cualquier razón –, pueden expedirse leyes o disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales. [...] Así resulta que pretendidos juristas que no arriesgan una elección ni están sujetos a las difíciles responsabilidades del mandato parlamentario, son los que dictan el texto constitucional a la mayoría, y la mayoría trae ese texto al pleno sin siquiera el trámite de comisión que exige la Constitución del Estado. Tales novedosos juristas, presumiblemente autores del Código Civil de 1984, se apartan del derecho clásico, del Derecho Romano, para decir lo que no hace ninguna falta que se diga. Según el Derecho Romano, siempre vigente en el Perú, todos los contratos tienen una cláusula tácita que se llama *rebus sic stantibus*. Quiere decir ésta que el contrato vale estando las cosas como están, y deja de valer cuando las cosas ya no están como estaban. De manera que, si el Estado se siente lesionado por un contrato, acude al correspondiente tribunal de justicia, y deduce la nulidad o invalidez del contrato. [...] Lo que creo yo, sinceramente, que persigue el gobierno y persigue el Presidente de la República es atraer inversión de capitales para dar trabajo a nuestro pueblo, para dar ocupación a los que están mal empleados, para abrir horizontes a nuestros jóvenes que salen a los caminos de la vida sin esperanzas”. (Chirinos Soto, Libertad de contratación, 2006, págs. 155-157)

En esta línea de ideas, se puede concluir de forma preliminar que la libertad contractual según la Constitución Política del Perú de 1993, sólo podrá ser limitada a la licitud de su objeto y a la no contravención a las normas que interesan en el orden público (Chirinos Soto, Derechos fundamentales de la persona, 2006, pág. 49). Por tal motivo, el derecho a la libertad de contratación y a contratar propiamente dicho, está referido a la protección que merece la concreción jurídica de las relaciones patrimoniales de las personas que tengan fines lícitos (Chanamé Orbe, 2009, págs. 143-144). Es importante señalar, que la libertad contractual, ha permitido que el contrato evolucione desde el contrato *re* al contrato electrónico; puesto que las partes han sido y son libres de determinar su

contenido y la forma en que contratan. Esta evolución hubiera sido más lenta y se hubiera dado escalonadamente y no continuada en un escenario donde el la intervención estatal haya sido preponderante.

Siendo todo esto así, la existencia del contrato forzoso, por el cual el Estado obliga, por ejemplo, a los propietarios a celebrar contratos de arrendamiento con determinadas personas, está proscrito; en vista que la libertad de conclusión conlleva una voluntad conjunta a la que se llega mediante un acuerdo, que no puede ser impuesta (De la Puente y Lavalle, *El contrato en general*, 2001, pág. 254).

De esta forma, y agotado el desarrollo de la libertad contractual, se puede concluir que la intangibilidad de los contratos por parte del estado y el cumplimiento cabal por parte de los particulares, son garantías propias del ordenamiento constitucional vigente que prepondera la autodeterminación de la persona humana. Relegando al Estado el papel de garante del cumplimiento de las partes de los términos contratados y de la normativa mínima establecida legalmente, en razón del valor de nuestro Estado Constitucional de Derecho, la seguridad jurídica. Ésta protege a las partes que los términos contractuales no sean variados ni intervenidos por el Estado de forma legislativa, administrativa o judicial (Chanamé Orbe, 2009, pág. 330). Este valor jurídico, el de la seguridad jurídica, muchas veces relegado frente a la justicia, no tiene un rango inferior a ésta última, sino más bien comparte su rango constitucional. De esta manera:

“Uno de estos valores o reglas fundamentales es la libertad de contratación. Al consignar nuestra Constitución esta libertad, declara también que la nuestra es una sociedad contractual, es decir, que en materia económica prima la autonomía de la voluntad y el consentimiento, que no es otra cosa que la inteligencia o entendimiento entre dos voluntades. De ahí que en nuestro ordenamiento el contrato solo se forma cuando hay pleno acuerdo entre las partes. De esta manera las transacciones y, por lo tanto, nuestro Derecho Económico, se basan en la libertad, que es el primer y el principal de los principios contractuales”. (Gutiérrez Camacho, *Libertad de contratación*, 2013, pág. 104)

Por lo que, la libertad contractual permite a las partes crear sus propios términos contractuales, pudiendo o no recoger y hacer suyas las normas dispositivas del ordenamiento civil, respetando el orden público y las buenas costumbres (Spota,

Instituciones de Derecho Civil, 1983, pág. 23). Por lo que en el subsiguiente numeral se desarrollarán los límites legales y doctrinarios a la libertad contractual.

### 3. La seguridad jurídica.-

El principio jurídico de seguridad jurídica no está reconocido expresamente en la Constitución Política del Perú vigente de 1993; sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano lo ha reconocido como principio del Estado Constitucional de Derecho peruano en su Sentencia recaída en el expediente N° 0016-2002-AI/TC:

“El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. [...] Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales [...]”. (Acción de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 27755, 2003)

Esta predictibilidad o predecibilidad significa la certeza que tienen las personas dentro del sistema jurídico sobre los efectos de sus derechos, acciones y peticiones. De esta manera y para efectos de la presente investigación, se puede afirmar que la seguridad jurídica otorga a la persona la confianza en que el contrato que celebró, se cumplirá conforme al principio *pacta sunt servanda*; que el incumplimiento será sancionado o que sus consecuencias serán reparadas; y en última instancia que frente a dicho incumplimiento tendrá forma de procurarse la prestación prometida.

La seguridad jurídica está compuesta por otros subprincipios, que expresan sus dimensiones y alcances. El primero de ellos es el de *lege promulgata* es decir la norma debe estar promulgada y comunicada efectivamente a la población, en el caso peruano a

través de su publicación en el diario oficial. El segundo es el de *lege manifesta* que establece la necesidad de normas claras sin tipificaciones en blanco o abiertas. El tercero *lege plena*, por el cual las consecuencias jurídicas de la norma deben estar igualmente expresadas en una norma clara y promulgada. El cuarto, *lege stricta* que establece la necesidad de la regulación mediante leyes y normas ciertas conductas que no pueden estar libradas al libre arbitrio del administrador gubernamental o de justicia. El quinto, *lege previa*, el principio de no retroactividad cuya única excepción está basada en un principio de *favorabilia* que no es materia de la presente investigación. Y el último, *lege perpetua*, por el cual debe preferirse las normas estables y de duración indeterminada en detrimento de las normas de excepción y regímenes transitorios (Carbonel, 2004, págs. 587-589). Todo esto constituye el aspecto positivo del presente principio, las obligaciones que debe cumplir el Estado.

El segundo aspecto, negativo, constituye específicamente la proscripción de la arbitrariedad, basado en los principios constitucionales que limitan el poder estatal, estos son de forma enunciativa más no limitativa: el derecho a la fundamentación de las decisiones judiciales, la prohibición de ser penado sin juicio, el derecho a ser juzgado por el juez natural (González, 1995, págs. 52-53).

La importancia de este principio jurídico constitucional, es transversal en el sistema jurídico, desde las relaciones entre privados hasta las relaciones de las personas con la administración gubernamental; por ello su importancia jurídica en la vida económica de las personas:

“[E]n un sistema económico que tiene como principios ordenadores la libre iniciativa privada, la competencia y la propiedad privada, resulta indispensable eliminar, en el mayor grado posible, todos los factores que puedan traducirse en una incertidumbre económica”. (Villegas, 1995, pág. 34)

Esto incide directamente en la contratación, cuya libertad y exigibilidad debe estar asegurada por parte del Estado, para generar un ambiente de confianza. Si las partes confían en que sus derechos serán respetados y que frente al cumplimiento de sus obligaciones sus intereses serán satisfechos, el sistema de contratación funcionará:

“Tradicionalmente se nos ha dicho que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencia de propiedad debe estar dotada de una

serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de “compra” de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos”. (Bullard González, Derecho y economía, 2010, pág. 166)

#### **4. Los límites de la libertad contractual y la socialización del contrato.-**

Corresponde desarrollar ahora los límites a la libertad contractual y el principio de socialización del contrato que lo inspira, siguiendo el orden lógico jurídico del Código Civil peruano vigente de 1984, que se ha adoptado para el desarrollo del presente capítulo. El principio de Socialización del contrato tuvo su origen en la extinta Unión Soviética, en la cual se estableció que los Derechos Civiles debían ser ejercidos en el estricto sentido económico y social que estableció el Estado dentro de la planificación económica; este principio exportado a los ordenamientos jurídicos no socialistas, se materializó en normas contractuales que protegían indistintamente a los deudores de una explotación cierta o ficticia (Céspedes Ramírez, 1998, pág. 136). Es así, que la doctrina que fomentó este principio sostenía como fundamento inicial que la libertad contractual era por sí injusta con la clase trabajadora porque “[e]l verdadero fundamento de la libertad del contrato es, sin duda [...] dejar a los [ricos] la mano libre para percibir rentas sin trabajar” (Menger, 2011, pág. 171).

Posteriormente, y con el ingreso al escenario jurídico del pensamiento europeo de posguerra, se mantuvo este principio, pero bajo el sustento de la Justicia Social y el Estado de Bienestar.

Las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el artículo 1355° del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>38</sup>, se analizará empezando por sus antecedentes legales, después su contenido actual y para finalizar su interpretación en consonancia con la Constitución Política del Perú vigente de 1993.

Tal es así, que en la exposición de motivos del precitado artículo, se “[precisó] que es la ley, inspirada en el interés comunitario la que determina aquellas situaciones en las cuales

---

<sup>38</sup> Artículo 1355° del Código Civil peruano de 1984.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

el contrato en sí o su contenido está limitado y no queda abandonado a la simple voluntad de los contratantes” (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, pág. 19). Es decir, la intención del legislador del Código Civil peruano vigente de 1984, era en principio respetar los pactos y condiciones determinados por las partes libremente en ejercicio de su autonomía privada en tanto no se opongan al interés comunitario; sin embargo, cabe señalar que dicho interés comunitario está integrado por tres componentes: el interés público, el interés social y el interés ético. Estos conceptos se redujeron al interés público. Ni en el Código Civil peruano de 1852 ni en el Código Civil peruano de 1936 se presentaron antecedentes legislativos a este artículo, solamente se estableció en el artículo 1278<sup>o39</sup> del Código Civil peruano de 1852 y en el artículo III<sup>40</sup> del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936 la prohibición de pactar contra la ley y la moral, el cual es antecedente legislativo del artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>41</sup>, que no es materia de la presente investigación, por cuanto la limitación al derecho de contratación se refiere a las buenas costumbres y a la ética, conceptos ajenos a la presente investigación.

En este sentido, se fundamenta que no es materia de la presente investigación la prohibición de pactar contra el orden público y las buenas costumbres; puesto que, no están inmersas en la excesiva onerosidad de la prestación y son ajenas al principio de socialización del contrato, al dirigismo contractual y al intervencionismo judicial en los contratos. Prueba de ello, es que la consecuencia para estos conceptos es la revisión contractual o su resolución, mientras que en el caso de la violación del orden público y las buenas costumbres es la nulidad.

En este sentido, se debe entonces apuntar que el primer antecedente legislativo nacional respecto a la limitación del contenido de los contratos por razones de interés social, público y ético se encuentra en el artículo 1373<sup>o</sup> del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981<sup>42</sup> y en el artículo 4<sup>o</sup> del Anteproyecto de la Comisión Reformadora

---

<sup>39</sup> Artículo 1278<sup>o</sup> del Código Civil peruano de 1852.- Se puede poner en los contratos cualesquiera condiciones que no sea contrarias a las leyes, ni a la moral.

<sup>40</sup> Artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936.- No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

<sup>41</sup> Artículo V del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

<sup>42</sup> Artículo 1373<sup>o</sup> del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Las reglas o limitaciones, inclusive aquellas referentes a precios de bienes o servicios, se considerarán automáticamente incluidas en los

de 1980<sup>43</sup>; cuyo primer enunciado es idéntico al del articulado actual (Revoredo de Debakey, 1985, pág. 220). Llama la atención, la desaparición del segundo enunciado referido a la transformación del contrato de forma automática en virtud de una disposición estatal, el cual hoy en día sería manifiestamente inconstitucional, en vista que como se ha señalado anteriormente, la Constitución Política del Perú en su artículo 62° consagra la “santidad del contrato” otorgando total preponderancia a la seguridad jurídica.

Ahora bien, a fin de zanjar la exclusión de la presente investigación la limitación respecto al pacto reñido con la ética; se debe señalar que sólo corresponde su anulación como una consecuencia automática del Código Civil peruano vigente de 1984; en vista que, “cuando el artículo 1355° se refiere a “consideraciones éticas” es imprescindible tener en cuenta el artículo V del Título Preliminar, según el cual es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y aquellas cuya esencia responde a la moral” (Arias Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, 2011, págs. 88-89). Por lo que, la nulidad virtual del artículo V del Título Preliminar replicada en el artículo 1355° del Código Civil peruano vigente de 1984, no es propiamente una limitación del contrato por razones económico sociales que motivará la revisión del mismo, sino más bien un límite de orden interno que no es materia de la presente investigación.

Por otro lado, la crisis hizo que el contrato civil dejara de ser exclusivamente una creación de los individuos, admitiendo la intervención del Estado para satisfacer necesidades comunes de la sociedad. Es así, que en la época moderna se demostrara la necesidad de la colaboración entre los individuos para poder lograr la satisfacción de intereses comunes a través de sus contratos y convenios; por lo que se otorgó al Estado el papel de garante de ese interés común y que se respete el orden social preestablecido. Por lo que, se reconoció al contrato como un “fenómeno social” y no solamente particular (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 1991, pág. 305). Sin embargo, se omitió responder la acertada interrogante, si el interés común que debía ser resguardado es el interés público del Estado como construcción social o el interés social que resulta una suma de los

---

contratos a celebrarse, formando parte de la declaración contractual, aun en sustitución de las cláusulas que en contrario hayan sido puestas por las partes.

<sup>43</sup> Artículo 4° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Las reglas o limitaciones, inclusive aquellas referentes a precios de bienes o servicios, se considerarán automáticamente incluidas en los contratos a celebrarse, formando parte de la declaración contractual, aun en sustitución de las cláusulas que en contrario hayan sido puestas por las partes.

intereses privados de las personas. Asunto que pareció quedar resuelto en la redacción del artículo 1355° del Código Civil peruano vigente de 1984, donde se reconoció tanto al interés público como al interés social; sin embargo, y como se verá en este tópico, es con el cambio constitucional del año 1993, donde se descartó el interés social como elemento que merecía protección del Estado.

En este sentido, se coincide con Messineo, quien considera que la limitación de la libertad contractual de ningún modo significará la abolición de la libertad contractual, sino solamente corresponderá al respeto del interés de la comunidad para asegurar la convivencia:

“La preeminencia de los intereses generales sobre los intereses particulares es el principal aspecto de este principio. Pero, reconocido esto, se debe reafirmar que bajo todos los otros aspectos, el contrato sigue siendo, como hemos visto y veremos, el instrumento de la iniciativa y de la autonomía privadas y como tal debe entenderse y estudiarse. También las restricciones inspiradas en la especial materia de algunos contratos o en exigencias generales de carácter económico, actúan como límite a la autonomía privada, pero sin abolirla, si bien la reducen de una manera a veces intolerable”. (Messineo, Doctrina general del contrato, 1986, pág. 21)

Todo esto, se encuentra sustentado en que el artículo 1355° del Código Civil peruano vigente de 1983, le reconoce al Estado una finalidad cautelar en los contratos, que después le es negada excepto en materia de protección al consumidor en la Constitución Política del Perú vigente de 1993; imponiéndose a los individuos el respeto al orden público y las buenas costumbres. Esto se debe a que la Constitución Política del Perú de 1979 a cuya luz se redactó el precitado artículo, se consagraba constitucionalmente “los fines de protección social y gobierno del orden económico” (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, pág. 243), que fueron vigentes en las décadas de los setenta y ochenta, y que perdieron vigencia en la década de los noventa. Esta pérdida de vigencia del orden económico planificado y del intervencionismo estatal, se originaron en los cambios económicos que sufrió el Perú en los años 1990 y 1991, que se consolidaron con la Constitución Política del Perú vigente de 1993.

Llama la atención el gravísimo error, que comete Aníbal Torres Vásquez, al comentar el presente artículo, desconociendo totalmente el texto constitucional vigente:

“Está claro que en el Estado Constitucional de Derecho nadie puede hacer lo que quiere, como quiere, donde quiere y cuando quiere, sino tiene que desarrollar su actividad laboral, empresarial, comercial o industrial dentro del margen de libertad que le confiere el ordenamiento jurídico con el fin de garantizar la moral, la salud y la seguridad pública, brindando oportunidades a los que sufran cualquier desigualdad, a fin de que exista un mercado verdaderamente libre, sin monopolios ni posiciones dominantes”. (Torres Vásquez, Teoría general del contrato, 2012, pág. 49)

De lo anterior, se desprende un primer yerro, en el cual considera que los ejercicios de las actividades no son libres por principio sino por una merced otorgada por el Estado; siendo todo esto erróneo, la regla general es que la persona es libre de hacer cuanto quiera y como quiera, y es recién dicha libertad restringida en razón de asegurar la convivencia social; esto se encuentra sustentado en la garantía constitucional contenida en el literal a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú vigente de 1993<sup>44</sup>. En segundo lugar, se equivoca también Torres Vásquez, al señalar que un mercado verdaderamente libre se da sin monopolios o posiciones dominantes; lo cual tampoco es cierto, la proscripción constitucional se refiere al abuso de la posición dominante y a la realización de prácticas anticompetitivas; sin embargo, el monopolio como tal y la posición dominante no están prohibidas conforme se encuentra descrito en el artículo 61° de la Constitución Política del Perú vigente de 1993<sup>45</sup>.

Por estas razones, el contrato privado con la libertad contractual como su núcleo duro, no crea un espacio infranqueable a la libertad de los individuos contratantes, para evitar que sus pactos afecten negativamente a otros (De la Puente y Lavalle, Estudios del contrato privado, 1983, pág. 64). Esto tiene especial relevancia, en vista que la limitación a la libertad contractual asegura la sana convivencia social; de esta forma se asegura la cohesión social sin violar la libertad contractual de las partes.

---

<sup>44</sup> Artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993.- Derecho a la libertad y seguridad personales.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. La libertad para el desarrollo de la vida humana es amplia, salvo las que estén expresamente prohibidas o limitadas por la ley. (...).

<sup>45</sup> Artículo 61° de la Constitución Política del Perú de 1993.- Libre competencia.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...).

Ahora bien, cómo definir estos conceptos, la respuesta es bastante complicada, sin embargo bastante didáctica:

“Los conceptos de interés social, público o ético, deberían ser leídos a la luz de lo que dice la teoría económica [...] [s]ólo las consecuencias de las llamadas “fallas de mercado” deberían servir de sustento para intervenir muy excepcionalmente en los contratos, bajo el riesgo de que dicha intervención impida que los individuos puedan, por propia iniciativa, encontrar el camino hacia su bienestar. Se debe tener cuidado con la aplicación de estos conceptos. El interés social parecería contraponerse con el interés público de hacer un uso eficiente de los recursos. Quizás la mejor manera de entender esa diferencia sería señalando que el interés social se refiere a consideraciones redistributivas, es decir, intervenir en el contrato para proteger, por ejemplo, a los grupos más pobres, usando herramientas como controles de precios o prohibiciones de cláusulas leoninas. Sin embargo, debe entenderse que la Constitución actual removió el principio de protección al interés social como justificación al intervencionismo contractual, lo cual es consistente con el modelo que hemos descrito líneas arriba. Así, la intervención contractual para fines redistributivos no solo es inconveniente, sino que es inconstitucional. En cambio, el concepto de cautela del interés público se refiere justamente a la afectación de terceros ajenos a los contratantes, para evitar externalidades negativas o producir externalidades positivas. Podría ser un ejemplo la prohibición de venta de sustancias tóxicas o la limitación de los términos en los que se pueden comercializar ciertos estándares contractualmente inmodificables”. (Bullard González, *Dirigismo contractual*, 2007, págs. 54-55)

En síntesis, que cuando se promulgó el Código Civil peruano vigente de 1984, el orden constitucional se regía bajo el manto de la Constitución Política del Perú de 1979, la cual comprendía un Estado interventor y planificador en su artículo 111<sup>o46</sup>, el cual podía actuar activamente para armonizar la libre iniciativa de las personas privadas con el interés social

---

<sup>46</sup> Artículo 111° de la Constitución Política del Perú de 1979.- El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.

conforme al artículo 115<sup>o47</sup>. Todo esto tenía un evidente objetivo redistribucionista que se encontraba consagrado en su artículo 110<sup>o48</sup>. Por lo que, era perfectamente constitucional considerar el interés social como una causal que produzca la intervención del Estado en las relaciones contractuales de las personas privadas.

La actual Constitución Política del Perú de 1993 desterró de su redacción el interés social, como se desprende de la lectura de su artículo 58<sup>o49</sup>; en cambio sólo se admite el interés público (salud y seguridad públicas) materializado en normas de orden público y la moral como limitación a las libertades económicas, según lo establece su artículo 59<sup>o50</sup>.

Es así, que no pocos han sostenido que el artículo 62<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1993 ha derogado el artículo 1355<sup>o</sup> del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>51</sup>; sin embargo, se debe considerar esto no tan cierto, únicamente se derogó la limitación respecto al interés social que fue desterrado por la Constitución Política del Perú de 1993, subsistiendo el interés público como límite. Al respecto el Tribunal Constitucional analizando el Régimen Constitucional Económico señaló en su Sentencia recaída en el expediente N° 008-2003-AI/TC que el Estado únicamente puede ejercer una función “garantizadora y heterocompositiva” (Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4<sup>o</sup> del Decreto de Urgencia N° 140-2001, 2003) el cual actúa regulando y controlando el sistema económico, con una intervención mínima sustentada únicamente en el interés público. De esta forma el reparto justo debe entenderse a la luz del valor de la Justicia

---

<sup>47</sup> Artículo 115<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1979.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

<sup>48</sup> Artículo 110<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1979.- El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

<sup>49</sup> Artículo 58<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1993.- Economía social de mercado.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

<sup>50</sup> Artículo 59<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1993.- Rol económico del Estado.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

<sup>51</sup> Por ejemplo se tiene el pronunciamiento oficial de la oficina de asesoría jurídica del Ministerio Público en el oficio N° 970-2013-MP-FN-OAJ del 24 de octubre de 2013 que aparece en el buscador de normas del Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ (20 de setiembre de 2015).

que inspira nuestro ordenamiento jurídico para preservar el interés común o público<sup>52</sup> y no como interés social<sup>53</sup>, el cual está más ligado al populismo.

## 5. El principio *pacta sunt servanda*.-

Una vez analizadas las generalidades del contrato civil relevantes para la presente investigación, el principio de libertad contractual y sus límites, corresponde analizarse el principio *pacta sunt servanda*, el cual igualmente se encuentra consagrado en la redacción del Código Civil peruano vigente de 1984, a cuyo orden lógico jurídico se ha sometido este capítulo.

El antecedente al nacimiento de este principio se encuentra en el Derecho Romano, donde el pretor Ulpiano consagró la fuerza vinculatoria del contrato al afirmar que “[m]antendré los pactos convenidos siempre que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edictos, y por lo que no cometa fraude contra cualquiera de ellos” (Petit, 1983, pág. 599).

Este aforismo latino con carácter espiritualista, traducido libremente significa “Los pactos deben cumplirse”; proviene del principio del Derecho Canónico *pacta, quantum cumque nuda, servanda sunt*; el cual significa “Los pactos deben cumplirse, así sean complejos”. Éste aforismo revolucionó el rígido formalismo ritual contractual romano; el cual sólo consideraba el remedio contractual de la ejecución judicial para aquellos simples, excluyendo los complejos o que devenían en complejos, cuyo cumplimiento quedaba a la buena voluntad de las partes (Petit, 1983). Es así, que por éste principio se hacían exigibles los contratos *re, verbis* o solemnes, así se hayan vuelto sumamente complejos, una vez se haya probado su celebración, en tanto no vulneren las buenas costumbres y las leyes del orden público.

Este principio eliminó el límite procesal romano que dejaba a los pactos complejos sin tutela jurisdiccional efectiva; de tal forma que a partir del Derecho Canónico se desterró

---

<sup>52</sup> La utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Debe constituir el alma de las leyes y el criterio del gobierno (Cabanellas de Torres, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, pág. 462).

<sup>53</sup> Por ejemplo, de esta manera se asegura el desarrollo parejo de toda la sociedad y no de determinados grupos.

la posibilidad de que las partes se arrepintieran y trataran de rescindir sus contratos, bajo el pretexto que estos habían devenido en complejos.

Es en el año de 1188 que nace el principio espiritualista *pacta sunt servanda*, en el *Summa de Gratia Decretum* que explicaba porque y como los acuerdos eclesiásticos adoptados al amparo del *Corpus Iuris Canonici* debían ser cumplidos, bajo el criterio que aquel miembro de la Iglesia Católica Apostólica y Romana que incumpliera estos acuerdos cometería un pecado grave, no distinguiendo Dios si el infractor habría jurado respetarla, puesto que bastaba la sola declaración de voluntad de incumplimiento para tener por cometido el pecado (Decock, 2013, págs. 123-124).

El Derecho Español desarrolló especialmente el principio *pacta sunt servanda*, en el Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, al declarar: “Sea valedera la obligación o el contrato que fueren hechos de cualquier manera a otro y hacer contrato con él”. De forma que la libertad contractual prevalecía y se respetaban los acuerdos adoptados por las partes, los cuales tenían efecto vinculante entre ellas (García Delgadillo, 2002, págs. 50-51).

Es evidente, que éste principio se encuentra íntimamente ligado al de autonomía de la voluntad en vista que los contratos obligan a las partes a su cumplimiento derivándose así dos consecuencias, “una positiva, consistente en la necesidad de ser cumplido conforme a su tenor específico; otra negativa, que se proyecta sobre los terceros, sobre todos en general, y que se concreta en la obligación que todos tienen de respetar las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. De tal manera, que ninguna de las partes se podrá negar al cumplimiento de sus obligaciones y cualquier otra persona no podrá dificultar ni intervenir en su ejecución.

Actualmente, y más específicamente en el Perú, el principio *pacta sunt servanda* se encuentra consagrado en el artículo 1361° del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>54</sup>, el cual mantiene la esencia del precitado principio del Derecho Canónico que lo inspiró, al darle fuerza obligatoria entre las partes que la hayan pactado, de esta forma las partes están sometidas al contrato y deben de cumplir sus estipulaciones.

---

<sup>54</sup> Artículo 1361° del Código Civil peruano de 1984.- Fuerza vinculatoria del contrato.- 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.

Sus antecedentes más antiguos en el Perú republicano se encuentran en el artículo 1256° del Código Civil peruano de 1852<sup>55</sup> y el artículo 1328° del Código Civil peruano de 1936<sup>56</sup>. El primero y más antiguo de ellos, establecía la llamada “Ley entre partes”, la cual como ya se señaló anteriormente es un error conceptual, por cuanto no son equiparables la Ley con el contrato. El segundo antecedente, que del cual directamente se inspiró la actual redacción del articulado vigente, resume la postura del primer antecedente, puesto que el concepto de obligación incluye el de acreedor y deudor y por consiguiente derechos o acreencias y obligaciones o deudas.

Son el artículo 1327° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984<sup>57</sup>, el artículo 1383° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981<sup>58</sup> y el artículo 14° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980<sup>59</sup>, que perfilaron la redacción de la actual norma que contiene el principio *pacta sunt servanda*. En la construcción legislativa del actual artículo 1361°, prevaleció la redacción de los dos primeros proyectos, eliminándose así el componente referido a la buena fe, y se remitió a otro artículo totalmente independiente. Cabe mencionar, que el segundo párrafo, irrelevante para la presente investigación, fue una constante en los tres proyectos (Revoredo de Debakey, 1985, págs. 223-224).

Es así, que es la voluntad común la obligatoria para las partes contratantes, puesto que estas la determinaron libre y convencionalmente; por lo que debe entenderse que es una sola voluntad la que es obligatoria para ambas, y no los designios de cada una para con la otra; esto se desarrolló en su exposición de motivos, explicándose que:

“El artículo bajo comentario se refiere al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y a la presunción de la coincidencia entre esta coincidencia y la voluntad común. Cabe indicar, que cuando se menciona la

---

<sup>55</sup> Artículo 1256° del Código Civil peruano de 1852.- Los contratos producen derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes, y temen fuerza de ley respecto de ellos.

<sup>56</sup> Artículo 1328° del Código Civil peruano de 1936.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

<sup>57</sup> Artículo 1327° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

<sup>58</sup> Artículo 1383° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.- 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 deberá probarlo.

<sup>59</sup> Artículo 14° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980.- Los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien negare esa coincidencia deberá probarlo.

voluntad común, nos estamos refiriendo a los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresa en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo”. (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, pág. 24)

De tal manera que la voluntad individual de cada una de las partes contratantes orientada a conseguir mediante el contrato el nacimiento de un intercambio económico, deben continuar iguales durante toda la ejecución del contrato, a efecto mantener intacta la voluntad común de las partes contenida en el contrato, manteniéndolo intangible. (De la Puente y Lavalle, Estudios del contrato privado, 1983, pág. 122).

En este orden de ideas, la *lex contractus* es una norma conductual de las partes, a la cual se han sometido libremente para autorregular sus relaciones jurídicas patrimoniales, en las que se han obligado a dar, hacer o no hacer (Pérez Gallardo, 2007, pág. 91). Por tal motivo, su lógica normativa dicta que es la autorregulación la que prima, debiéndose recurrir subsidiariamente a la Ley.

El ordenamiento jurídico positivo, reconoce a los particulares su potestad de regular sus propios intereses, y establece sus propios límites, a través de las normas legales que admiten un pacto en contrario, las cuales son la regla general en materia contractual. Este respeto por la libre autonomía privada requiere “la protección a una razonable seguridad jurídica que garantice que la relación jurídica creada por el contrato sólo podrá ser modificada por causas que, a criterio del mismo ordenamiento jurídico, realmente lo justifiquen” (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 1991, págs. 433-432). De aquí, que el Estado reconoce y trata como intangible el contrato privado, celebrado libremente.

Por otro lado, el carácter vinculante del contrato tiene un fundamento ético y otro funcional. El primero, como el imperativo moral de respeto a la palabra empeñada, donde el contrato tiene que ser cumplido, conforme a la exclamación *pacta sunt servanda*. En cambio, el segundo fundamento reconoce al contrato como el instrumento preponderante de la organización y funcionamiento de las relaciones jurídicas de naturaleza económica. De esta manera, el contrato no cumpliría su finalidad si no fuera obligatoriamente vinculante para las partes contratantes; puesto que, las partes contratan justamente para

determinar de forma cierta y efectiva sus derechos, obligaciones y responsabilidades. He ahí su finalidad, que una de las partes no desconozca su palabra empeñada y varíe arbitrariamente la prestación a su cargo (Torres Vásquez, Teoría general del contrato, 2012, pág. 68).

De esta manera, la consecuencia más importante de la obligatoriedad de contrato es su intangibilidad o irrevocabilidad unilateral. Debiéndose entender por intangibilidad o irrevocabilidad, que una vez perfeccionado el contrato, así no haya entrado en vigencia por una condición, no podrá ser modificado, sino por un nuevo acuerdo adoptado de la misma manera que el contrato original. Esta es una sola parta de la intangibilidad consagrada en el artículo 62° de la Constitución Política de 1993, el cual también extiende su mandato al Estado el cual tampoco podrá modificar los términos contractuales, garantizando la santidad del contrato (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, págs. 317-319).

Por estos motivos, se asimila la conclusión arribada por Messineo, quien acertadamente concluye que:

“[E]n el fondo, en la observancia y en la ejecución, reside el resultado práctico del contrato; es el resultado para cuya consecución se estipuló éste. Y que el contrato deba ser observado, es decir, que las partes cumplan lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquél del respeto a la palabra dada y de la consideración de que el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas. El principio *pacta sunt servanda* invocado a otro propósito, reposa en sustancia sobre el mismo orden de conceptos”. (Messineo, Doctrina general del contrato, 1986, pág. 144)

Este respeto a la palabra dada, tiene una razón ética, como un imperativo moral de fidelidad a la palabra dada y de no traicionar el compromiso dado, bajo el apercibimiento e afrontar su propia responsabilidad civil (Roppo, 2009, pág. 496).

Por todos estos motivos, este principio se establece como el pilar de los sistemas jurídicos contemporáneos occidentales, evitando su autodestrucción al garantizar la seguridad jurídica para aquellos que deciden contratar (Montoya, 2005, pág. 138). Es imposible que pueda lograrse una vida social económica sin la plena vigencia de este principio.

## 6. El principio *rebus sic stantibus*.-

Por último, y siguiendo el orden jurídico lógico adoptado en la presente investigación, corresponde realizar el análisis del principio *rebus sic stantibus*, el cual sólo será a nivel del principio propiamente dicho y sus fuentes doctrinarias; dado que, en el siguiente capítulo se desarrollará el tratamiento legislativo nacional del principio positivado en comparación con los sistemas jurídicos más representativos de América Latina y de Europa, que ostentan una especial relevancia para la presente investigación.

El la cláusula *rebus sic stantibus*, es una convención adaptada del Derecho Romano que se incorporaba tácitamente en todos los contratos; en función de la cual, los términos contractuales se mantenían vigentes y exigibles mientras las circunstancias que originaron el contrato no hubiesen sido modificadas sustancialmente. En el caso que dichas condiciones originales en las cuales se originó el contrato, variaran significativa e imprevisiblemente, el obligado afectado se encontraba facultado para resolver el contrato bajo la causal de la excesiva onerosidad de la prestación (Cabanellas de Torres, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1994, págs. 169-170). De tal manera, que se concibió tradicionalmente al principio *rebus sic stantibus* como contraposición al principio *pacta sunt servanda*, desarrollado en el numeral anterior.

*Rebus sic stantibus*, es la alocución latina abreviada del precepto del derecho canónico, “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”; invocar este principio permitía dejar sin efecto un contrato de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, cuando las circunstancias cambiasen durante el transcurso del tiempo. En el mismo sentido que el principio *pacta sunt servanda*, esta cláusula garantiza la intangibilidad de la voluntad de las partes, sólo que el primero lo hace en función a lo manifestado por las partes, mientras que la segunda defiende el interés inicial de ellas (García Delgadillo, 2002, pág. 57). De tal manera, que los contenidos del principio *pacta sunt servanda* y de la cláusula *rebus sic stantibus*, no son incompatibles.

Ahora bien, esta cláusula tiene su origen como tal en el derecho canónico, el cual fue posteriormente recogido por el iusnaturalismo y considerado como una excepción al

principio *pacta sunt Servanda*. El derecho canónico, haciendo suya la concepción cristiana de la iglesia Católica, condenaba que el obligado afectado por un cambio económico, por ejemplo una severa sequía, sea obligado a cumplir con una obligación que desencadenaría su ruina patrimonial. De esta forma dicho derecho adoptó el criterio que la existencia de una marcada desproporción económica entre las prestaciones era causal suficiente para eximirse de su cumplimiento. Tal es así, que en la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, se estableció como principio jurídico que el hombre tiene el derecho a incumplir su palabra empeñada cuando “circunstancias de las personas y de los negocios han cambiado” (Castañeda Rivas, 2012, pág. 205) Este principio, se mantuvo inmutable hasta el ingreso del derecho civil moderno, cuyo exponente principal el Código Civil napoleónico lo desterrara a través de la fe ciega en el principio de la autonomía de la voluntad.

Es de forma muy posterior, en la I Guerra Mundial, se aplicara nuevamente la doctrina *rebus sic stantibus*, pero no como principio sino como cláusula; a continuación se relata el primer caso contemporáneo que se resolvió utilizando esta cláusula:

“[E]n 1916, el Consejo de Estado francés falló un caso aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, este Tribunal [admitió] la aplicación de la teoría de la imprevisión para revisar el contrato que había suscrito la Compañía de Alumbrados de la ciudad de Burdeos con la municipalidad de dicha ciudad, en cuya virtud, la primera se había obligado a suministrar electricidad bajo ciertas tarifas. Con la ocupación germana de la cuenca carbonífera del norte de Francia, los galos debieron recurrir al carbón de la región de Gales, carbón que adquirirían a un mayor precio. Entonces se presentó la siguiente cuestión ante el tribunal: [E]l mayor coste que significaba la adquisición de carbón galés debía ser asumido por la Compañía de Electricidad o, se debía proceder a la revisión de la cláusula del contrato que establecía el precio en que se suministraría dicha energía. El principal problema con que se encontró el tribunal fue el principio del *pacta sunt servanda*, contenido en el Código Civil francés, en virtud del cual los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley para los contratantes y por ello deben ser respetados por éstos. Sin embargo, prevaleció el interés público y el tribunal procedió a revisar el precio de la energía fijado en el

contrato. El Fallo del Consejo de Estado es de fecha 30 de marzo de 1916”.  
(Rivera Restrepo, 2015, págs. 35-36)

Hecho el desarrollo histórico de la cláusula, conviene ahora desarrollar su contenido jurídico, el cual se encuentra en la llamada teoría de la imprevisión o de la variabilidad; la cual tiene su origen en las décadas del siglo XX, que muy similarmente a la concepción Canónica, permitía la modificación o resolución de aquellos contratos de tracto sucesivo o distanciados entre su formación y su ejecución cumplimiento por un plazo durante el cual han cambiado, por causas no imputables a las partes contratantes, las circunstancias originales. Esta teoría jurídica con orientación económica apareció con mayor fuerza en aquellos países que sufrieron una inflación<sup>60</sup>, deflación<sup>61</sup> o depreciación<sup>62</sup> monetaria (Banco Central de Reserva del Perú, 2011), cambiando radicalmente el poder adquisitivo de su moneda. Tal es así que, como ya se mencionó y relató anteriormente, como consecuencia de la grave crisis económica originada por la Gran Guerra, se produjeron la bancarrota de los países vencidos y dificultades financieras en los países vencedores, acarreando serios problemas en el comercio, al tratar de ejecutarse contratos celebrados antes de la I Guerra Mundial.

Es así, que frente a todos estos problemas, en Francia esta cláusula fue positivizada al final de la I Guerra Mundial por la Ley Failliot del 21 de enero de 1918, que estableció literalmente:

“Independientemente de las causas de resolución derivadas del Derecho Común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1° de agosto de 1914 pueden ser resueltos, a petición de cualquiera de las partes, si se prueba que, en razón del estado de guerra, el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia rebasaría, en gran medida, las previsiones que pudieron hacerse, razonablemente, en la época

---

<sup>60</sup> Aumento persistente del nivel general de los precios de la economía, con la consecuente pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Se mide generalmente a través de la variación del índice de precios al consumidor.

<sup>61</sup> Situación inversa de la inflación. Consiste en el descenso general y continuo de precios causado principalmente por la disminución de la cantidad de circulante monetario, lo que origina una disminución en el ritmo de la actividad económica, afecta, entre otros aspectos, al empleo y a la producción de bienes y servicios de un país.

<sup>62</sup> Pérdida del valor de una moneda con relación a otra moneda, específicamente si sucede en respuesta a cambios en la demanda y oferta del mercado, en un sistema de libre fluctuación. Cuando esta pérdida se produce por decisión de las autoridades monetarias se conoce como devaluación.

del contrato”. (Cabanellas de Torres, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, 1996, págs. 39-40)

Es así, que pueden ejemplificarse como hechos imprevisibles que motiven la aplicación de la teoría de la imprevisión de forma enunciativa pero no limitativa, los fenómenos económicos precitados, la guerra, una sequía prolongada, un fenómeno del Niño fuerte, el encarecimiento de los fletes, las huelgas prolongadas. De hecho, debe establecerse tajantemente que los casos en que pueda ser invocada la cláusula *rebus sic Stantibus* no pueden ser nominados taxativamente, sino que deben ser evaluados conforme si no han podido ser previstos por los contratantes en su experiencia propia<sup>63</sup>.

Ahora bien, conviene mencionarse que “[este] acontecimiento debe ser imprevisible, es decir que, aun cuando las partes obren con "cuidado y previsión" no puedan haberlo previsto, por ser desacostumbrado, no significando que deba ser insólito” (Araujo, 2010, pág. 98). De esta manera, por ejemplo no será un hecho previsible la mala pesca motivada por un oleaje anómalo; puesto que un pescador medianamente experimentado sabrá que siempre se presentará durante el año, y sólo desconoce el momento en que ocurrirá, por lo que deberá prever su ocurrencia. Muy diferente es la ocurrencia de un maremoto que encarecerá la pesca o la hará sumamente riesgos por un lapso extenso de tiempo, donde este fenómeno natural es insólito. En conclusión, existirá imprevisibilidad cuando un hecho escapa a la normal diligencia y experiencia media de las partes; y no, cuando a pesar de ser un hecho que escasamente se presenta, es propio de la experiencia de las actividades económicas de las partes.

El segundo elemento de la teoría de la imprevisión exige el que el equilibrio económico de un contrato se ha quebrado, por la llegada de nuevas circunstancias extraordinarias e imprevisibles, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a cargo de las partes. De esta manera, y como efecto queda gravemente comprometida la buena fe contractual y conforme a la equidad se exceden los propios riesgos económicos del contrato (Spota, Instituciones de Derecho Civil, 1983, pág. 531)

De esta manera, la base subjetiva del contrato se extingue, porque las expectativas esperadas por las partes se han visto frustradas. Así también, se encuentra trastocada la

---

<sup>63</sup> Llama así la atención, que un huayco no puede ser invocado como imprevisto por un transportista experimentado que conoce muy bien su rubro económico.

base objetiva del contrato, en cuanto a la relación de equivalencia entre las prestaciones, y en razón a la frustración de la finalidad común y objetiva del contrato (Diez-Picazo & Gullón, 1998, pág. 217). En este párrafo conviene hacer una precisión, que la frustración de tanto la base objetiva y de la subjetiva, para que se configure el supuesto de la teoría de la imprevisión, no debe hacer imposible el cumplimiento del contrato sino, solamente significar su cumplimiento un contrasentido a la celebración del mismo.

De esta manera, si la variación de las circunstancias significa la imposibilidad de su ejecución por ejemplo, por la extinción de una especie animal o vegetal a la cual estaba obligado a dar el deudor o la declaración ilegal de una prestación a la cual estaba obligado a hacer el deudor; se estaría frente a la teoría de la Imposibilidad sobrevenida, la cual no es materia de la presente investigación.

Se habló de contrasentido, por cuanto, la celebración de un contrato significa un intercambio económico que importa la asignación de los bienes o servicios de usos menos valiosos a usos más valiosos a cambio de una contraprestación satisfactoria para las partes. En otras palabras, las personas contratan para satisfacer sus necesidades y enriquecerse ulteriormente, puesto que incorporan bienes y servicios a su patrimonio personal. En tal sentido, un contrato que signifique el empobrecimiento o la ruina económica de una persona es contrario a la voluntad común de las partes de mejorar cooperativamente su situación económica.

Entonces si la común intención de las partes, es mejorar su situación económica, la ejecución del contrato en función al principio jurídico de Buena fe, significará la obligación de cada contratante de “observar una conducta leal, lo que se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte y, en particular, a hacer todo cuanto sea necesario para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación” (Cárdenas Mejía, 2008, pág. 706). De esta manera, la conducta de una de las partes, que se beneficiará excesivamente por una circunstancia sobrevenida, no necesariamente significando el empobrecimiento de la otra, sería motivo para la aplicación de la teoría de la imprevisión:

“La excesiva onerosidad sólo es relevante si es determinada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles al mismo tiempo. Son tales, aquellos acontecimientos que las partes no pudieron representarse en el momento en que

estipularon el contrato y que, al verificarse, desplazan radicalmente las perspectivas de cada una, por lo que una de ellas quedaría excesivamente beneficiada y la otra excesivamente gravada si no se concediese el remedio de la resolución. Acontecimientos extraordinarios e imprevisibles deben considerarse aquellos que alteren notablemente el llamado equilibrio contractual, determinado, precisamente, un desequilibrio en la relación entre las prestaciones y que tienen el efecto de hacer excesivamente gravosa una de las prestaciones”. (Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, 1979, pág. 527)

Es así que, el llamado Equilibrio contractual, no es un equilibrio de prestaciones, ni una equivalencia aritmética o patrimonial, sino un equilibrio de beneficios. Por ejemplo, un automóvil antiguo “de colección”, puede que su valor nominal no sea ni quinientos dólares, pero es el interés del coleccionista que lo adquiere para restaurarlo e incluirlo en su colección, el que eleva su valor en muchos miles de dólares, muchas veces superando el valor que tuvo cuando ingresó al mercado. En este ejemplo, tampoco habría un desequilibrio respecto al vendedor, porque este posee un trasto viejo, que no desea restaurar o no puede restaurarlo; siendo todo esto así, se asignaría dicho auto viejo de un uso poco valioso a uno más valioso, el coleccionista incorporaría a su patrimonio un auto de colección y el vendedor obtendrá una cantidad de dinero que le sea más útil. Este equilibrio, no se limita a los contratos con prestaciones recíprocas, cómodamente también puede extenderse a los llamados actos unilaterales, como por ejemplo la donación:

“Así, cabe que exista equilibrio entre los intereses de las partes tanto en un contrato recíproco, cuando en un contrato con prestación unilateral, como serían, tratándose de una donación, el interés del donante de materializar su *animus donandi* y el interés del donatario de adquirir gratuitamente el bien. El contrato es el resultado de la conjugación de los intereses inicialmente opuestos como el reconocimiento de intereses inalterablemente iguales. Una vez establecido el interés común, el modelaje del contenido contractual responde a este interés, de tal manera que las prestaciones se establecen para satisfacerlo”. (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, pág. 559)

De esta manera se puede concluir, que “[e]l fin de la imprevisión es entonces efectuar un nuevo reparto de cargas y de beneficios estrictamente económicos, trastornados por la ocurrencia de eventos que escaparon a las previsiones de las partes y que hicieron la prestación a cargo de una de ellas demasiado onerosa” (Montoya, 2005, pág. 138). Cumpliendo así, las principales funciones económicas del contrato, asignar los recursos de un uso menos valioso a otro más valioso y asegurar el tráfico jurídico tendente a la satisfacción de necesidades evitando un comportamiento desleal y oportunista reñido con el principio de la Buena fe:

“Para el Análisis Económico del Contrato, en general, el contrato tiene como función asegurar la eficiencia y disminuir los costos de transacción, impidiendo el comportamiento oportunista de los agentes, asegurando el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y previendo las contingencias que podrían afectar su cumplimiento. De acuerdo con esto, las normas contractuales deben cumplir seis funciones básicas: a) Permitir que los individuos cooperen desincentivando conductas oportunistas mediante el alto costo de la responsabilidad. b) Obtener el compromiso óptimo de cumplir. c) Asegurar una confianza óptima. d) Minimizar los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de criterios eficientes que permitan llenar las lagunas. e) Corregir las fallas del mercado mediante la regulación de los términos de los contratos. f) Promover las relaciones contractuales en el largo plazo, con entendimientos flexibles e instrumentos informales que permiten asegurar la cooperación”. (Anzola Gil, 2008, págs. 811-812)

En la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, existen dos supuestos o dos remedios contractuales para corregir el desequilibrio generado, el primero la revisión de los términos contractuales que se dio en el histórico caso relatado al inicio del presente numeral, y el segundo es la resolución del contrato por una causa sobrevenida, decantándose la doctrina en la conveniencia de la resolución antes que en la revisión y manipulación judicial del contrato:

“Reconocer algún remedio a la parte gravada, significa liberarla del contrato, o determinados contenidos del contrato; por lo tanto, significa corroer el área de intangibilidad del vínculo contractual. Y, en efecto, las resistencias que

históricamente se han opuesto al ingreso de remedios contra las circunstancias sobrevenidas perjudiciales se ligan sobre todo al temor que ello habría infligido un golpe mortal al contrato como vínculo, o al principio “*pacta sunt servanda*””. (Roppo, 2009, pág. 930)

Esta postura, se encuentra sustentada en la tendencia legislativa de proscribir el intervencionismo estatal; dado que, es “la posibilidad de que el juez pueda modificar, en mayor o menor medida, los términos de la convención se encuentra íntimamente ligada a la aceptación y la regulación, en términos generales, del intervencionismo del Estado, en la economía (Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2008, pág. 319) Intervencionismo y dirigismo contractual que se encuentra proscrito por nuestra Constitución económica, como ya se desarrolló anteriormente.

Para finalizar, y redondeando la idea inicial del presente numeral, es posible concluir que desde una perspectiva lógica sin contradicción, la cláusula *rebus sic stantibus* es perfectamente compatible con el principio *pacta sunt servanda*, siempre que éste sea la regla y el primero la excepción. Dado que, los contratos por principio deben ser cumplidos en los términos en que se determinaron y deben ser ejecutados conforme a las circunstancias originales; donde la aplicación excepcional de “la referida cláusula *rebus sic stantibus*, ha de procurar al menos dos fines: a) Proteger razonablemente los dos intereses contrapuestos, y b) en el momento de la resolución del contrato, mantener el equilibrio de las prestaciones” (Platas Pacheco, 2014, pág. 16).

## Capítulo II Legislación y tendencias jurídicas contemporáneas.

En el presente capítulo se desarrollará la institución jurídica de la cláusula *rebus sic stantibus*. De tal forma, que habiéndose agotado el análisis de los conceptos generales de la presente investigación en el capítulo anterior, conviene ahora analizarse el tratamiento legislativo nacional, internacional y extranjero de la excesiva onerosidad. Este análisis comprenderá el análisis legal del artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, como norma raíz de la institución jurídica de la excesiva onerosidad a través de la doctrina nacional y sus antecedentes legislativos.

Posteriormente se desarrollará el análisis de esta institución jurídica en relación con la legislación internacional, a través de los Principios del Unidroit que tienen influencia directa en el Perú y de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos como marco normativo referencial.

Finalmente, como derecho comparado, se analizará la legislación y jurisprudencia francesa como génesis del Derecho Civil, y española por ser el ordenamiento jurídico europeo con mayor influencia en el Perú; a esto se añade el ordenamiento jurídico civil alemán y la corriente italiana, que caló muy profundo en el ordenamiento civil peruano. A nivel latinoamericano se analizará la legislación y jurisprudencia argentina por su inmediata influencia en el Perú; en cambio, el análisis de la legislación y jurisprudencia chilena y colombiana, se sustenta en el notable desarrollo que han demostrado en los últimos años, y por su cercanía territorial y similitud económica y cultural con el Perú<sup>64</sup>. Se han descartado para el presente análisis los ordenamientos jurídicos del derecho anglosajón por pertenecer a una tradición jurídica distinta a la peruana.

---

<sup>64</sup> Al respecto cabe destacar que el Perú junto con Chile y Colombia conforman la Comunidad Andina de Naciones y la Alianza del Pacífico, donde la primera es una comunidad internacional de países que apunta al desarrollo e integración regional y la segunda es un bloque comercial.

## 1. Análisis legal de la excesiva onerosidad en el Código Civil peruano.-

Corresponde ahora analizar el artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984<sup>65</sup>, que contiene la norma matriz de la excesiva onerosidad en el ordenamiento jurídico peruano, que establece que la parte afectada por el desequilibrio económico sobrevenido al contrato de forma posterior a su celebración, podrá recurrir al juez para que revise el contrato y si estima la pretensión reducir la prestación a cargo del afectado o aumentar la contraprestación del beneficiado; pudiendo resolver judicialmente el contrato en caso que sea imposible variar las condiciones contractuales. El análisis legal y doctrinario se realizará respecto de los antecedentes del presente artículo y posteriormente respecto de la propia norma vigente.

### 1.1. Antecedentes normativos:

Ninguno de los dos Códigos Civiles peruanos derogados de 1852 y 1936 consideraron la cláusula *rebus sic stantibus* en su redacción; dado que, es recién durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero<sup>66</sup>, que arriban al Perú las nuevas tendencias jurídicas europeas inspiradas en la socialización del contrato (Ramos Núñez, 2005, pág. 49). Por lo que los antecedentes legislativos de la excesiva onerosidad en el Perú son los proyectos que antecedieron el vigente Código Civil peruano de 1984 (Revoredo de Debaquey, 1985, págs. 281-282).

---

<sup>65</sup> Artículo 1440° del Código Civil Peruano de 1984.- Definición de excesiva onerosidad de la prestación.-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.

<sup>66</sup> Presidente Constitucional de la República del Perú en el periodo comprendido entre el 28 de julio de 1945 al 29 de octubre de 1948.

El primer antecedente y más lejano se encuentra en los artículos 88<sup>o67</sup> y 89<sup>o68</sup> del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980. El primero es más detallado que el articulado vigente; el cual hace la precisión innecesaria que la excesiva onerosidad se presenta en relación entre prestación y contraprestación. Por otro lado, circunscribe la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos con prestaciones a cargo de varias partes, descartando así los contratos donde las prestaciones sólo están a cargo de una parte, por ejemplo en el caso del contrato de donación<sup>69</sup>. Finalmente cabe resaltar que el segundo artículo al que se hace referencia en este párrafo, fue recogido íntegramente por el artículo vigente.

El segundo antecedente se encuentra en los artículos 1465<sup>o70</sup> y 1466<sup>o71</sup> del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, que en gran medida mantuvieron la redacción anteriormente expuesta, con la única variación que el primero de estos artículos consideró la variación de las modalidades<sup>72</sup> de ejecución del contrato como una forma de poder remediar la excesiva onerosidad sobreviniente. El siguiente artículo aquí mencionado, mantiene la tendencia anteriormente desarrollada, sobre la inafectación de las prestaciones ejecutadas por la resolución del contrato.

Por último, su más reciente antecedente se encuentra en el artículo 1404<sup>o</sup> del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984<sup>73</sup>, que inspiró directamente el articulado

---

<sup>67</sup> Artículo 88° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, con prestaciones a cargo de varias partes, cuando la prestación de una de ellas se tornara, con relación a la contraprestación, excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el juez podrá, si lo solicita la parte perjudicada, reducir adecuadamente la prestación o aumentar la contraprestación a efectos de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuese posible o lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato.

<sup>68</sup> Artículo 89° del Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980.- La resolución del contrato a que se refiere el artículo anterior no se extiende a las prestaciones ya efectuadas.

<sup>69</sup> Artículo 1621° del Código Civil peruano vigente de 1984.- Definición de donación.- Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien.

<sup>70</sup> Artículo 1465° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, con prestaciones a cargo de varias partes, cuando la prestación de una de ellas se tornara, con relación a la contraprestación, excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el juez podrá, si lo solicita la parte perjudicada, reducir adecuadamente la prestación o aumentar la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad, o, con la misma finalidad, modificar las modalidades de ejecución del contrato. Si ello no fuese posible o lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato.

<sup>71</sup> Artículo 1466° del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.- La resolución del contrato a que se refiere el artículo anterior no se extiende a las prestaciones ya efectuadas.

<sup>72</sup> Estas son las modalidades del acto jurídico, la condición como el hecho futuro e incierto o presente o pasado desconocido por las partes, a cuya ocurrencia se sujeta la ejecución del contrato; el término como el evento futuro cierto al cual se sujeta la ejecución del contrato y el modo o carga que es la obligación accesoria a la ejecución del acto jurídico.

<sup>73</sup> Artículo 1404° del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos

actual de cuya redacción no se distingue; es importante mencionar, que suprimió las particularidades propuestas por los anteriores proyectos, dejando así una redacción simple y genérica.

En este sentido, es importante señalar, que las posiciones precitadas que obtuvieron el apoyo mayoritario de la comisión correspondían a la postura De la Puente y Lavalle, mientras que la postura descartada de privilegiar la resolución con la adecuación subordinada a su imposibilidad, correspondía al propio expositor Arias Schreiber (De la Puente y Lavalle, Fuentes de las obligaciones, 1996, pág. 1914) (Arias Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, 2011, pág. 223).

## 1.2. Análisis de la norma vigente:

En la exposición de motivos del artículo 1440° del Código Civil peruano de 1984 vigente, se encuentra positivada la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana tributaria de la teoría de la imprevisión francesa, que será analizada más adelante<sup>74</sup>; la cual se justificó primigeniamente en los debates de sus autores, la Comisión Revisora de 1984, de la siguiente forma:

“Empero, en el propósito de establecer cuál fue el pensamiento de los autores del nuevo Código diremos que la imprevisibilidad está necesariamente vinculada con lo que ordinariamente puede esperarse, esto es, lo que surge del razonamiento común y corriente de los seres humanos. El hecho extraordinario, a su vez, será aquel que esté alejado de lo que frecuentemente sucede como situación normal o corriente.

No se trata, pues, ni en uno ni en otro caso, de situaciones que por lo menos mentalmente no puedan ser concebidas, pues la imaginación es tan rica que si nos atuviéramos a ella todo sería previsible y ordinario. Nuevamente

---

extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá 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 las cosas o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones efectuadas.

<sup>74</sup> Vid. *infra* pág. 82.

serán los jueces quienes en definitiva tendrán que señalar, en cada caso concreto, si se están presentando uno y otro elemento. Se tuvo plena conciencia de los riesgos que esto comporta y de las dificultades que puedan surgir respecto de esta determinación; pero no se encontró una fórmula mejor para resolver la incertidumbre que potencialmente genera. El criterio que se usó al elaborar el artículo 1440 fue de que ambos factores deban ser evaluados de acuerdo con el sentido común del hombre promedio, sin utilizar fórmulas rígidas ni sistemas generales o abstractos. Así, por ejemplo, habrá que determinar en cada circunstancia, si un proceso devaluatorio o inflacionario constituye, en el momento y lugar que corresponda, un acontecimiento imprevisible y extraordinario por si el contrario es previsible y ordinario por su naturaleza coyuntural y no estructural”. (Arias Schreiber Pezet, *Contratos en general*, 1985, págs. 106-107)

Este criterio, evidenciaba la fe puesta en el juez por parte de los legisladores, quienes evidentemente, por la cual prefirieron fomentar el dirigismo contractual a través intervencionismo judicial en los contratos, conforme a la Constitución Económica vigente de aquella época<sup>75</sup>. Dicho marco constitucional que fue modificado completamente, al propugnarse la “santidad de los contratos” y la primacía de la libertad de contratación<sup>76</sup>, la cual no es ilimitada, sino que está sujeta hoy en día a los límites impuestos por el interés público, las normas que importan el orden social y las buenas costumbres.

La excesiva onerosidad de la prestación es un aporte del nuevo Código Civil y está inspirada en un elemental principio de equidad, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 12 del artículo 2° de la Constitución. Nuevamente se nota aquí la filosofía del Código en materia contractual, cuando se coloca en una posición ostensiblemente distinta a la tradicional. En efecto, si es exacto que como regla general el contrato nace para ser cumplido, existen situaciones en que, por excepción y para evitar que la justicia más rigurosa se convierta en la mayor de las

---

<sup>75</sup> Artículo 111° de la Constitución Política del Perú derogada de 1979.- El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.

<sup>76</sup> *Vid. supra* pág. 33.

injusticias, puede y debe ser revisado. Con ello se evita la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado y se conserva, en suma, aquello que se conoce como el equilibrio contractual.

Ahora bien, el legislador a efecto de asegurar que la cláusula *rebus sic stantibus* es la excepción a la regla del principio *pacta sunt servanda*, estableció que deberían configurarse copulativamente los siguientes elementos para que se configure el supuesto normativo de la excesiva onerosidad y proceda la acción judicial correspondiente: el contrato debe ser conmutativo, cuya ejecución sea continuada o periódica o diferida, los acontecimientos que genere la excesiva onerosidad de la prestación deben ser extraordinarios e imprevisibles y debe existir perjuicio económico (Oviedo Albán, Excesiva onerosidad de la prestación, 2007, págs. 438-439) (Arias Schreiber Pezet, Contratos en general, 1985, pág. 104). Para su fundamento, se deberá remitir al desarrollo de la teoría italiana de la excesiva onerosidad que será desarrollada más adelante<sup>77</sup>; dado que, en este momento se realiza un análisis meramente nacional.

Sin embargo, la normativa peruana presenta como variante, la evaluación del juez al momento de evaluar y calificar la excesiva onerosidad sobrevenida, deberá hacerlo no con la óptica de los contratantes sino “de que ambos factores deban ser evaluados de acuerdo con el sentido común del hombre promedio, sin utilizar fórmulas rígidas ni sistemas generales o abstractos” (Arias Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, 2011, pág. 223). Esta disensión al concepto del alea propio del contrato de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana, plantea una aplicación irracional cuando la contratación se realiza entre agentes económicos especializados. Es decir, es completamente aplicable este criterio cuando una persona común y corriente arrienda un inmueble o adquiere un bien; sin embargo, cuando es una empresa constructora que celebra un contrato de obra o una empresa minera que celebra un contrato de explotación minera o una empresa transportista que celebra un contrato de transporte de mercadería, es irracional evaluar su previsión y previsibilidad ignorando el alea propia de sus actividades económicas, las cuales conocen bastante mejor que un ciudadano común.

---

<sup>77</sup> Vid. *infra* pág. 82.

La excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación confiere a la parte perjudicada una acción judicial con el fin de obtener que el juez revise el contrato, disminuyendo la prestación devenida en excesivamente onerosa o disminuya la contraprestación, o en caso contrario, resuelva el contrato. La recomposición del equilibrio económico del contrato no significa rehacerlo íntegramente, pues no se trata de convertir un mal negocio en uno bueno. Únicamente tiene como objetivo evitar ruina del deudor, de tal forma que se adecúa los supuestos injustos resultantes del acontecimiento extraordinario e imprevisible. De esta manera, se solicita en primer lugar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, a efecto de mantener vigente el contrato en aplicación del principio de conservación del acto jurídico, en cambio, si esto fuera imposible o a solicitud del demandado, se procederá a la resolución contractual. El articulado peruano originalmente favorece la justicia correctiva y la conservación del contrato, en detrimento de la intangibilidad de la autonomía de las partes (Torres Vásquez, Teoría general del contrato, 2012, págs. 1263-1264).

Ahora bien, los efectos de la sentencia constitutiva de resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, no operarán retroactivamente, con efectos desde la notificación de la demanda; la liberación de las partes por la resolución contractual no podrá afectar los derechos adquiridos de terceros ni las prestaciones ya cumplidas antes de la ocurrencia de la excesiva onerosidad (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 2001, págs. 620-623). Este criterio dota de seguridad jurídica a las partes que se ven afectadas por la excesiva onerosidad.

Sin embargo, este articulado adolece de un problema latente, qué ocurre con las prestaciones mientras el proceso judicial o arbitral dure; al respecto “la Comisión de Juristas de la Universidad de Lima y a propuesta del doctor Eduardo Benavides se consideró [...] de que era recomendable legislar según la técnica de las medidas cautelares” (Arias Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, 2011, pág. 225); este criterio dejaría entonces abierta la posibilidad de plantear medidas cautelares tendientes a suspender el cumplimiento del contrato o de las prestaciones, según sea el caso; sin embargo, esto es consignado de forma referencial, puesto que esto no es materia de la presente investigación.

Finalmente, sólo se anotará un aspecto procesal, respecto a la actuación del demandado beneficiado por la excesiva onerosidad:

“He dicho que la resolución del contrato sólo procede cuando la solicita el demandado, pues el perjudicado con la excesiva onerosidad sólo le está permitido solicitar el aumento o la reducción, esto es, la revisión del contrato”. (Ramírez Jiménez, 1987, pág. 271)

De tal forma, que el articulado peruano, es sumamente restrictivo con el afectado con la excesiva onerosidad, al cual lo limita a demandar únicamente la adecuación del contrato, y la resolución sólo será opuesta en la contestación o aplicada de oficio por el juez.

En conclusión, el articulado peruano se ha nutrido de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana, pero realizando variaciones que restringen la acción de la parte afectada y contravienen la tendencia legislativa internacional que se verá a continuación.

## 2. Legislación internacional.-

Para el desarrollo de las normas internacionales que versan sobre el tratamiento de la excesiva onerosidad a nivel mundial, sólo se han tomado los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos; dado que, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, 2010), estos dos primeros admiten su aplicación como principios de interpretación de contratos domésticos o su uso como principios interpretativos para contratos nacionales, en cambio la Convención se aplica forzosamente en contratos de compraventa internacionales<sup>78</sup>. La segunda razón es

---

<sup>78</sup> Artículo 1° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería.- 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o 2) cuando las partes opten por la aplicación de la ley de un Estado Contratante. 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente

que la Convención se aplica únicamente a contratos de compraventa mientras que los Principios no tienen dicha restricción.

## 2.1. Principios del Unidroit:

Los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, si bien el Perú no es miembro de este organismo intergubernamental<sup>79</sup>; sirven como una referencia del contenido de la tendencia de la internacionalización, globalización y estandarización de la contratación privada en el mundo.

Por este motivo, estos Principios referidos al comercio internacional, son un referente a tener presente como una expresión del *soft law*<sup>80</sup>, que dará una visión actual y globalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*, o conocida en este cuerpo normativo como *hardship clause*. (International Institute for the Unification of Private Law, 2015).

A continuación, únicamente se analizará el documento que contiene los Principios del 2010 y sus cláusulas<sup>81</sup>, descartándose los de los años 2004 y 1994, en razón que de su revisión se advirtió que se encuentran subsumidos en la versión más reciente, y naturalmente perfeccionados, lo cual constituye un ahorro de esfuerzo y tiempo. Estos Principios y las precitadas cláusulas se utilizan en primer orden en la contratación comercial internacional; sin embargo, también son aplicables a los contratos nacionales o domésticos (Oviedo Alván, 2003, pág. 10), sean como

---

Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

<sup>79</sup> De acuerdo con el Estatuto del Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law, 1993) la membresía no es un prerrequisito para la aplicación de los principios. Prueba de ello es que el Perú mediante el Decreto Supremo N° 027-97-RE, ratificó la firma del Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados ilícitamente, el 28 de junio de 1996.

<sup>80</sup> La expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Con el uso del término no sólo se pretende evidenciar la existencia de determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica, si no también albergar bajo su mando diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional. (Comunidad Jurídica de México, 2016)

<sup>81</sup> También el Unidroit tiene cláusulas modelo (International Institute for the Unification of Private Law, 2013).

criterios de interpretación del contrato o como normas materiales supletorias en tanto no sean contrarias a las normas de orden público nacional<sup>82</sup>.

En este orden de ideas se puede afirmar que, “cuando [estos] principios son utilizados para interpretar o complementar [...] leyes nacionales, no se parte de la idea de que aquéllos excluyan la aplicación de éstas. Incluso pueden utilizarse para interpretar la voluntad de las partes y de la ley aplicable” (Oviedo Albán, Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, 2015, pág. 32). Por ejemplo, cómodamente en un contrato de obra peruano celebrado bajo las normas del Código Civil Peruano vigente de 1984, se podrá pactar que sus cláusulas se interpretarán conforme a los Principios del Unidroit. Utilizando este mismo ejemplo, también podría pactarse cláusulas modelo del Unidroit en el contrato, en tanto éstas no se opongan a normas imperativas del precitado Código. Por último, también a manera de ejemplo, podrá pactarse que serán de aplicación supletoria a dicho contrato los Principios del Unidroit de 2010 excluyendo las normas del Código Civil ya citado, en tanto éstas últimas admitan un pacto en contrario<sup>83</sup>.

En segundo lugar, estos principios del Derecho del Comercio Internacional, son perfectamente aplicables a contratos civiles, puesto que “la unificación del Derecho Civil y del Derecho Comercial, o más bien la comercialización del Derecho Civil, se ha producido hace mucho en el derecho vivo” (Alterini, 1998, pág. 364).

Ahora bien, analizando la mencionada cláusula *Hardship* contenida en el numeral segundo del artículo 6° de los Principios, se tiene que el numeral 6.2.1<sup>84</sup> establece que en principio los contratos han de ser cumplidos en sus propios términos, *pacta*

---

<sup>82</sup> Preámbulo de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit.- Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

<sup>83</sup> En este sentido, existen casos reales donde los Principios del Unidroit se aplicaron como sustituto de la Ley nacional Feyline Lda. y Feyline Limited contra Novo-Uvmskiy petroleum refinery Factory en Rusia en 2011, o como interpretación de contratos domésticos, Ingeniero Néstor A. Brandolini y Asociados SRL contra María Lila Oviedo Funes en Argentina en 2008, (International Institute for the Unification of Private Law, 2002).

<sup>84</sup> 6.2.1. Obligatoriedad del contrato.- Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

*sunt servanda*; sin embargo, establece como excepción la excesiva onerosidad sobrevenida, que no necesariamente produzca un pérdida por sí misma, sino también que arroje una ganancia nula.

Esta cláusula sólo será aplicable en el caso de quebrarse el equilibrio contractual con la concurrencia copulativa de los cuatro supuestos contenidos en el numeral 6.2.2<sup>85</sup> del artículo ya citado; esto es, que la causa de la perturbación del equilibrio contractual no haya sido conocida previamente a la celebración del contrato, ni hayan podido ser razonablemente previstos, que su ocurrencia escape a la voluntad de las partes y que dicho riesgo no haya sido asumido por las partes. Esto último, debe ser entendido en riesgos asumidos de forma expresa y tácita; de esta manera, no habrá aplicación de la cláusula *hardship* en el caso de que la excesiva onerosidad sobrevenida en la prestación se haya originado sobre la base de un riesgo asumido expresamente en una cláusula, por costumbre o porque en el desarrollo de la actividad económica está implícito el riesgo. Por ejemplo, un transportista terrestre que cubre una ruta andina de ninguna manera podrá invocar la aplicación de la precitada cláusula *hardship* basado en el incremento de costos por la ocurrencia de un huayco producto del fenómeno del Niño; esto en razón de que la actividad económica del transportista terrestre tiene un riesgo implícito en la ocurrencia de huaycos.

Llama la atención que en el numeral 6.2.3<sup>86</sup> del precitado artículo, la prioridad sea la renegociación del contrato, la cual se privilegia por encima de la resolución contractual, el aumento de la contraprestación o la reducción de la prestación. En este sentido, el principio Unidroit bajo comentario difiere con el articulado peruano, en cuanto éste privilegia la acción judicial tendente a la reducción de la prestación

---

<sup>85</sup> 6.2.2. Definición de la excesiva onerosidad.- 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.

<sup>86</sup> 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.

o al aumento de la contraprestación. El razonamiento interno de este numeral, entiende que la renegociación es la vigencia de la libertad contractual de las partes ejercida en el marco de la buena fe, tal es así que su ejercicio debe realizarse inmediatamente de ocurrido el hecho que desequilibró el contrato y sin dilatar la negociación. Por otro lado, al relegar la resolución y la intervención del contrato a un segundo y tercer orden, el Principio comunica una prevalencia de la libertad contractual ejercida con buena fe sobre la equidad. En este mismo sentido, se debe interpretar que en caso de una renegociación, es preferible resolver el contrato y no mantenerlo; en clara contraposición a la norma peruana, que privilegia el criterio de conservación del acto jurídico. En conclusión, la cláusula *hardship*, contiene tres remedios contractuales, ordenados del menos lesivo al más lesivo, donde la renegociación es inocua a los derechos de las partes y la intervención del contrato es lesiva a la libertad contractual.

Es importante resaltar que la posibilidad de recurrir al órgano judicial para poner fin al contrato generaría dos opciones, la primera sería la resolución contractual con efectos posteriores a la fecha de resolución, sin que sea retroactivo, sería como el adelanto de la fecha de conclusión del contrato; mientras que el segundo caso, la resolución se retrotraería a la fecha de celebración del contrato generando la restitución de las prestaciones prestadas. Es importante resaltar, que esta segunda posibilidad generaría una especial dificultad en el caso de bienes consumibles, dado que su restitución en moneda generaría una nueva controversia, el cálculo del monto a devolverse el cual incluiría los intereses, la inflación y la determinación del valor de la prestación.

## 2.2. Principios de Derecho Europeo de los Contratos:

Al nivel de la Unión Europea<sup>87</sup>, el escenario evidencia un camino a la unificación de la codificación civil a nivel europeo, con un Código Civil Europeo que sea

---

<sup>87</sup> La UE es una asociación económica y política, única en su género, de 28 países europeos que abarcan gran parte del continente. [...]Y lo que comenzó como una unión meramente económica ha evolucionado hasta convertirse en una organización activa en todos los frentes políticos, desde la ayuda al desarrollo hasta el medio ambiente. [...]El mercado único o "interior", que permite que puedan circular libremente la mayoría de las mercancías, servicios,

aplicable en todos y cada uno de sus Estados miembros. De esta manera se tiene el siguiente desarrollo legislativo que originaron estos Principios que servirán como una base de un futuro Código Civil Europeo:

“La Resolución del Parlamento Europeo sobre la armonización de determinados sectores del Derecho Privado de los Estados miembros del 06 de mayo 1994, tuvo como base el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos (A3-0329 / 94) que consideró que la Comunidad ya ha armonizado diversas áreas del derecho privado.

El Parlamento, en su resolución de 26 de mayo de 1989, sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho Privado de los Estados miembros (DO C 158, 28-6-1989, p. 400); lo cual es esencial para la realización de un mercado interior; pidió que se pongan en marcha los necesarios trabajos preparatorios para la elaboración de un Código Europeo común de Derecho Privado. Sin embargo, se consideró que la Comisión aún no ha llevado a cabo este trabajo preparatorio, por lo que el Parlamento pidió a la Comisión que se desarrolle el trabajo que plantee la posibilidad de elaborar un Código europeo común de Derecho Privado, para lo que se solicitó la creación de un comité de expertos para proponer prioridades para la armonización parcial en el corto plazo y una armonización más general en el largo plazo. Se debe considerar que la Unión podría promover la armonización y normalización a nivel mundial o europea dentro de las organizaciones, tales como Unidroit, la CNUDMI y el Consejo de Europa. Para este fin se considera necesario que el apoyo debe seguir dándose a la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, más conocida como la Comisión Lando, en su trabajo sobre la armonización del Derecho Contractual”. (Commission on European Contract Law, 2010)

Conviene señalar, que actualmente no existe un texto único de Código Civil Europeo, sino textos no sistematizados, por lo que no se le tomará en cuenta para el presente desarrollo sino únicamente a los Principios que sí son un documento consolidado (Study Group on a European Civil Code, 2003). De igual forma, no se

---

personas y capitales, es el principal motor económico de la UE. Otro de sus objetivos esenciales es desarrollar este enorme recurso para que los europeos puedan aprovechar al máximo todas sus ventajas. [...] (Unión Europea, 2015).

tomará en cuenta los Principios, Definiciones y Reglas Modelo de Derecho Privado Europeo por cuanto no es un documento consolidado que requiere posteriores revisiones (Study Group on a European Civil Code, 2007).

La redacción del artículo 6 sección 111 de los Principios<sup>88</sup>, inicia su redacción desarrollando el principio *pacta sunt servanda*, afirmando que las obligaciones contractuales pactadas han de cumplirse, muy a pesar del incremento de su costo de realización o la disminución del valor de la contraprestación debida, si la hubiera. De esta forma el documento reconoce que la regla es el principio *pacta sunt servanda*, y la excepción es la cláusula *rebus sic stantibus*.

Los siguientes párrafos son el desarrollo de la cláusula *rebus sic stantibus*, el primero de estos párrafos establece la obligación de las partes a renegociar el contrato cuando las circunstancias sobre las cuales se pactó el contrato, varíen; es interesante observar este razonamiento es idéntico al de los Principios Unidroit (International Trade/Commercial Law & e-Commerce Monitor, 2002), por cuanto debe privilegiarse la renegociación en los contratos antes que la intervención judicial en los mismos.

Los requisitos para su aplicación deben confluir copulativamente, los cuales son similares a los establecidos en los Principios Unidroit ya analizados, estos son que se haya producido la variación de circunstancias después de celebrado el contrato, la imprevisibilidad del cambio y que el riesgo del cambio de circunstancias no haya sido asumido en el contrato, entiéndase de forma expresa o tácita por la propia naturaleza del contrato.

En el caso que no se llegue a un acuerdo en un plazo razonable que deberá ser analizado en el caso concreto, el Principio dicta que se procederá a recurrir al

---

<sup>88</sup> Artículo 6: 111.- Cambio de circunstancias.- (1) Una parte está obligada a cumplir con sus obligaciones, incluso si el rendimiento se ha vuelto más onerosa, ya sea debido a que el coste de ejecución ha aumentado o porque el valor de la prestación que recibe ha disminuido. (2) Sin embargo, si la ejecución del contrato se vuelve excesivamente onerosa debido a un cambio de circunstancias, las partes están obligadas a entablar negociaciones con el fin de adaptar el contrato o darlo por terminado, siempre que: (A) el cambio de circunstancias se produjo después de la fecha de celebración del contrato, (B) la posibilidad de un cambio en las circunstancias no era uno que razonablemente podría haber sido tenida en cuenta en el momento de celebración del contrato, y (C) el riesgo de que el cambio de circunstancias no es uno que, de acuerdo con el contrato, la parte afectada debe ser obligada a soportar. (3) Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el tribunal podrá: (A) resolver el contrato en una fecha y en las condiciones que determine el tribunal; o (B) adaptar el contrato con el fin de distribuir entre las partes de una manera justa y equitativa las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias. En cualquier caso, el tribunal podrá conceder una indemnización por la pérdida sufrida por una parte que se niega a negociar o la ruptura de las negociaciones contrarias a la buena fe contractual.

órgano jurisdiccional con el objeto que se ponga fin al contrato. Este interesante articulado abre dos posibilidades, igual que en el caso del Principio Unidroit, la primera sería la resolución contractual con efectos posteriores a la fecha de resolución, sin que sea retroactivo, sería como el adelanto de la fecha de conclusión del contrato; mientras que el segundo caso, la resolución se retrotraería a la fecha de celebración del contrato generando la restitución de las prestaciones prestadas. Es importante resaltar, que esta segunda posibilidad generaría una especial dificultad en el caso de bienes consumibles, dado que su restitución en moneda generaría una nueva controversia, el cálculo del monto a devolverse el cual incluiría los intereses, la inflación y la determinación del valor de la prestación.

La siguiente posibilidad, ordenada igual que en el caso de los Principios Unidroit, es la intervención del contrato a efecto de reestablecer el equilibrio por un tercero, a efecto que distribuya los riesgos y pérdidas o ganancias imprevistas de forma justa y equitativa.

Para concluir, cabe resaltar la facultad de otorgar una indemnización, en el caso que se produzca un daño derivado de la conducta de mala fe de la contraparte no afectada negativamente por la excesiva onerosidad de la prestación, en la renegociación del contrato. Esta conducta negocial, incluye necesariamente la ruptura malintencionada de las negociaciones conforme a la redacción del Principio, asimismo, debe incluirse la dilación malintencionada en las negociaciones.

### **3. Legislación y jurisprudencia comparada.-**

Una vez agotada la legislación internacional, se procederá a revisar las legislaciones nacionales y sus interpretaciones judiciales más relevantes para el Derecho Civil contemporáneo y para el presente informe de investigación. Es así, que se han escogido de Europa las legislaciones, y su interpretación judicial, de Francia, Alemania, Italia y España. Cada uno de los precitados ordenamientos han influenciado directamente en el Perú; el *Code Civile des français* es el antecedente común de la codificación Civil continental y la cuna del Derecho Civil contemporáneo; mientras que el Código Civil

español, el *Bürgerliches Gesetzbuch* y el *Codice Civile italiano* (1942) son los siguientes Códigos Civiles que influenciaron la codificación Civil.<sup>89</sup>

Prueba de todo esto, es que la romana cláusula implícita y principio general del derecho *rebus sic stantibus*, evolucionó a lo largo del tiempo y del espacio; primero fue la *théorie de l'imprévision* [teoría de la imprevisión] francesa, las *Voraussetzung* [teoría de la presuposición], *Wegfall der Geschäftsgrundlage* [desaparición de la base del negocio jurídico] y *Störung der Geschäftsgrundlage* [perturbación de la base del negocio jurídico] alemanas y la *Sopravvenienza* [excesiva onerosidad sobrevenida] italiana.

Por otro lado, se tienen los ordenamientos jurídicos civiles latinoamericanos más relevantes, Argentina, Colombia y Chile; donde el primero es un referente tradicional para nuestra legislación, mientras que el tercero constituye el Código Civil “madre” de los ordenamientos jurídicos de la costa sur del Pacífico. El segundo, es un caso especial, una postura atenuada nutrida por los ordenamientos francés e italiano.

Cabe señalar, que no se tomaron en cuenta los ordenamientos jurídicos civiles de países del *Common law*, musulmanes, asiáticos y africanos, por ser sistemas jurídicos muy distintos a los propios del *Civil law*.

### 3.1. Francia:

El primer sistema jurídico que se analizará es el francés, del cual se derivaron los subsiguientes ordenamientos jurídicos civiles europeos contemporáneos del *Civil law*. El *Code Civil* se forjó en el apogeo del liberalismo, teniendo como principio fundador en las relaciones jurídicas a la autonomía de la voluntad. En principio, conforme al artículo 1134<sup>90</sup> del *Code*, la contratación civil francesa se rige bajo el

---

<sup>89</sup> “La “peruanidad” también se constata en la historia de nuestro Código Civil, hecho a pedazos, en una frankensteineana reunión de normas extranjeras por parte de académicos y políticos que se limitaron a hacer “su parte”, sin buscar jamás la concordancia con cuanto iban escribiendo los demás redactores: (...)el libro sobre el acto jurídico es seudofrancés en su denominación, alemán en su primera norma e italiano en su estructura interna (...) tenemos una normativa mayoritariamente afrancesada sobre las obligaciones en general y la responsabilidad extracontractual, y un italianizado tratamiento del contrato en general, de los contratos típicos, y de las demás fuentes de las obligaciones; y el triste repertorio puede proseguir” (León, 2015, p. 6).

<sup>90</sup> Artículo 1134° del *Code de Napoléon*.- Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe.

principio *pacta sunt servanda*, donde sólo la voluntad de las partes o la Ley podrán variarlos y se ejecutarán conforme a la Buena fe:

“Llamamos contrato a la convención hecha con la intención de conferir un derecho, en otras palabras, para dar a aquel contra quien se comprometieron una acción para exigir el cumplimiento de la convención. No puede haber contrato sin convención, pero una convención no forma siempre un contrato. En efecto, un contrato es siempre obligatorio, mientras que una convención no lo es. [...] [E]llos contienen una promesa, verdaderamente [...]. En una palabra, son las circunstancias, es la manera en que las partes se expresaron, que hacen juzgar si celebraron un contrato”. (Boileux, 1855, págs. 340-341)

El artículo 1135<sup>91</sup> del *Code*, “es una consecuencia del principio que los contratos deben ser ejecutados de Buena fe” (Boileux, 1855, pág. 389); de tal manera que se pueden generar tres obligaciones accesorias en la ejecución de un contrato, las provenientes de la equidad, de los usos y costumbres y de las leyes. La primera de estas, inspirará el criterio que admitió la revisión contractual en los subsiguientes fallos de las Cortes de Casación francesas.

El primer caso emblemático se produjo entre la *Commune de Pélisanne* [Comuna de Pélisanne] contra Gaston Alexandre Auguste *marquis* de Galliffet [marqués de Galliffet] resuelto por la *Cour de Cassation française* [Corte de Casación francesa] mediante el *Arrêt* [Sentencia] del 6 de marzo de 1876. En 1567 se edificó el Canal Capronne para facilitar el regadío de las tierras de cultivo de la Comuna de Pelisanne; en 1870 estalla la Guerra Franco Prusiana, que a nivel económico generó la devaluación de la moneda francesa; de tal manera, que la retribución del contrato de regadío precitado no cubría ni siquiera los costos de la mano de obra para su mantenimiento. Todo esto generó un reclamo judicial a fin de aumentar la contraprestación del contrato, pretensión que fue estimada en primera y segunda instancia por la Corte Superior de Aix, la cual “sostuvo que el artículo 1134° del Código Civil francés que dispone que los contratos tienen fuerza de ley entre las

---

<sup>91</sup> Artículo 1135° del *Code de Napoléon*.- Los acuerdos obligarán no sólo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza.

partes que los han celebrado, no era aplicable a los contratos de tracto sucesivo” (Osterling Parodi, 1965, pág. 129).

Esta decisión judicial fue casada y anulada por la Corte de Casación francesa, bajo los argumentos que los tribunales no están facultados para subrogarse en las partes y reemplazar los términos contractuales libremente pactados y que el artículo 1134° es una norma general y absoluta que rige todos los contratos por igual:

“Motivos

[...]

Atendiendo que la regla que ha sido consagrada es general, absoluta y rige la ejecución de los contratos de tracto sucesivo y de cualquier otra naturaleza.

Que, en cualquier caso, no le corresponde a los tribunales, aunque pueda parecer justa su decisión, de someter a consideración los tiempos y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir cláusulas nuevas por aquellas que fueron libremente aceptadas por los contratantes.

[...]

Dispositivo

Por estos motivos, casaron, en la disposición relativa a aumentar el precio de la cuota de riego, la Sentencia de la Corte de Apelación de Aix del 31 de diciembre”. (Canal de Capronne, 1876)

Esta Sentencia influyó la resolución del segundo caso emblemático, contenido en el *Arrêt* [Sentencia] N° 59928 del *Conseil d'État* [Consejo de Estado] francés del 30 de marzo de 1916 en el proceso seguido por la *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* [Compañía general de iluminación de Burdeos] en contra del *Conseil municipal du Burdeaux* [Consejo municipal de Burdeos], con el objeto de que se permita trasladar el sobrecosto del carbón para la generación eléctrica a la ciudad de Burdeos. El Consejo de Estado consideró que la ocupación alemana de la regiones carboníferas europeas durante la I Guerra Mundial, sí se encuentra

dentro de los supuestos de la teoría de la imprevisión, por cuanto escapaba a las previsiones razonables de la Compañía, era un acontecimiento que escapaba a la voluntad de las partes y que perturbe el equilibrio económico del contrato (Conseil d'État, 1916). En este sentido el Consejo resolvió:

“Pero teniendo en cuenta que, como resultado de la ocupación enemiga de la mayoría de las regiones productoras de carbón en Europa continental, la dificultad en el transporte por mar debido a la escasez de barcos por requisición estatal y por la duración de la guerra naval, el aumento de precios producto de la guerra actual por ser el carbón la materia prima para la fabricación de gas. [...].

Decide

Artículo 1: Anular la Sentencia del Consejo de la Prefectura del Departamento de la Gironda del 30 de julio de 1915. Artículo 2: La Compañía general de iluminación de Burdeos y la ciudad de Burdeos realizarán un arreglo amistoso ante la Prefectura sobre las condiciones especiales por las cuales la Compañía continuará su servicio, dentro de la cual se incluirá la indemnización a la que tiene derecho la Compañía por las circunstancias extracontractuales que deberá soportar para asegurar la prestación del servicio. Artículo 3: Se condena al pago de toda costa a la comuna de Burdeos de la primera instancia y de la apelación [...]”. (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre la Ville de Bordeaux, 1916)

De esta manera, se aprecia que el Consejo desarrolla la teoría de la imprevisión y admite la existencia de un desequilibrio económico del contrato sobrevenido por una causa imprevisible para las partes y ajena a su voluntad; sin embargo, siguiendo su tradición jurídica de respeto del principio *pacta sunt servanda*, ordena a las partes a renegociar el contrato y que establece que el sobreprecio será considerado una indemnización por “causas extracontractuales” que si bien no son imputables a la Comuna, le es trasladada la carga económica en su condición de *concedant* [concedente] de la concesión durante el periodo que dure el hecho imprevisible que varió los precios del carbón, es decir, mientras dure la ocupación militar de las

regiones carboníferas (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre la Ville de Bordeaux, 1916).

Conviene desarrollar la teoría de la imprevisión, y definir escuetamente sus alcances, a efecto de consolidar lo anteriormente expresado y comprender la continuación del desarrollo de la postura francesa:

“El aforismo de Ripert “contratar es prever”, de la doctrina de la imprevisión lo complementa con el agregado “contratar es prever lo previsible”, pues a prever lo imprevisible nadie está obligado y lo que no se ha podido prever no debiera obligar a las partes.

Si los contratantes hubiesen previsto esa alteración de las circunstancias, dicen los autores, no hubieran contratado y, de haberlo hecho, no hubieran contratado en las mismas condiciones. La teoría sugiere, pues que en virtud de las circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la parte perjudicada queda sometida a una especie de situación extracontractual, no pensada ni querida por ella, de ahí el nombre de teoría del riesgo imprevisible con el que también se denota la tesis, junto con el de teoría de la imprevisibilidad o de la variabilidad”. (Benavides Torres, 1990, pág. 52)

Esta tendencia jurisprudencial rigurosa originó la aparición del llamado “legislador de emergencia”. Con motivo de la crisis económica producida por la I Guerra Mundial, el legislador otorgó la Ley Failliot del 21 de enero de 1918, que en principio disponía la resiliación (mutuo disenso) o renegociación por las partes en los contratos comerciales celebrados antes del inicio de la Gran Guerra (1 de agosto de 1914) en los que la prestación haya devenido excesivamente onerosa, en su defecto facultaba al juez a resolverlo o suspender su ejecución. Se aprobaron posteriormente leyes de emergencia para equilibrar los contratos de arrendamientos de inmuebles en el mismo sentido con motivo de la Primera Guerra Mundial el 9 de marzo de 1918, el 6 de julio de 1925, el 8 de abril y el 12 de julio de 1933 (Caprile Biermann, 2007, pág. 194). De forma posterior se otorgó una ley el 22 de abril de 1949 con un contenido similar a esta tendencia legislativa de emergencia, para otorgar remedios contractuales frente a la excesiva onerosidad en los contratos celebrados con posterioridad a 1939 con motivo de la ocurrencia de la Segunda

Guerra Mundial; esta ley a diferencia de las anteriores otorgó adicionalmente al juez la facultad de modificar los contratos en cuanto a las condiciones contractuales del pago (García Caracuel, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, 2014, pág. 55).

Una vez superadas las consecuencias económicas de la Posguerra, la legislación de emergencia fue olvidada y no se le consignó como legislación ordinaria, pese a que la jurisprudencia y la doctrina francesa reclamaban que se asuma el tratamiento de la excesiva onerosidad; sin embargo, esta negativa legislativa tuvo una consecuencia positiva, la jurisprudencia y la práctica civil privilegiaron y desarrollaron el remedio contractual de la renegociación (Živković, 2012, pág. 6).

Dentro de esta jurisprudencia que reclamaba un desarrollo legislativo de la excesiva onerosidad, se tiene el *Arrêt* [Sentencia] N° 90-18547 del 3 de noviembre de 1992 de la Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa en el que se estableció que no se había ejecutado un contrato conforme a las normas de la Buena fe, cuando el explotador de una estación de servicios de gasolina no obtuviera una “rentabilidad aceptable” producto del contrato de suministro con cláusula de exclusividad con el distribuidor de hidrocarburos producto de los precios competitivos de la gasolina (Société française des pétroles BP, 1992).

Al final, mediante el *Arrêt* [Sentencia] N° 09-67369 del 29 de junio de 2010, la Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa, concluyó en el caso de la Société d'Exploitation de chauffage (Sociedad operadora de calefacción) contra la Société Soffimat (Sociedad Soffimat), en la que esta última exigía judicialmente el nombramiento de un economista para la revisión global del contrato; puesto que el costo de revisión y mantenimiento de equipos arrendados pasó de € 30,000.00 a más del triple en el periodo de 1998 a 2008. La Corte de Casación estableció que se debe privilegiar en estos escenarios de desequilibrio económico del contrato la renegociación por las partes y que estas debían actuar de Buena fe (Société d'Exploitation de chauffage, 2010).

En conclusión, el sistema jurídico francés rechaza la revisión del contrato y la intervención judicial; sin embargo, admite la existencia y la aplicación de la teoría de la imprevisión en casos de excesiva onerosidad, pero sólo con el objeto de

fomentar la renegociación contractual o en su defecto optar por la resolución del contrato con efectos no retroactivos.

### 3.2. Alemania:

Frente a la postura francesa que sacraliza el contrato y destierra toda posibilidad de revisión judicial, se presentan las doctrinas alemanas de la *Voraussetzung* [teoría de la presuposición], la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* [desaparición de la base del negocio jurídico] y la *Störung der Geschäftsgrundlage* [perturbación de la base del negocio jurídico], siendo esta última la acogida por el *Bürgerlichen Gesetzbuches* [Código Civil alemán] de 1900.

La teoría de la *Voraussetzung* o también llamada teoría de la presuposición, desarrollada por Bernhard Windscheid, miembro de la primera comisión redactora del Código Civil alemán, establecía que:

“[L]a presuposición como una expectativa o creencia sin la cual quien emite una declaración de voluntad desistiría de formularla. El negocio no es sólo lo dicho o “puesto” en el acuerdo por los declarantes, sino también lo “presupuesto”. Se manifiesta sólo aquello en lo que se está de acuerdo o en lo que se puede disentir ahora o mañana, expresado del modo más claro posible, tratando de evitar disensos futuros. Pero por debajo de todo lo que se expresa o piensa en el momento del perfeccionamiento, hay algo que no se piensa siquiera, y que sin embargo anida en la raíz más profunda de la voluntad humana”. (Freytes, 2013, pág. 6)

Sin embargo, esta teoría fue descartada en la redacción final del Código Civil alemán, conforme a las críticas de Otto Lenel, quien las centró en la excesiva subjetividad que significa determinar la presuposición individual de los contratantes, lo cual acarrearía la desprotección de la voluntad común (Gavidia Sánchez, 1987, págs. 540-546); y “alerta del enorme peligro que supondría para el tráfico y la seguridad jurídica, dar relevancia a los simples motivos que llevan a las partes a contratar en relación con la siempre cambiante realidad” (García Caracuel, Doctrina alemana de la base del negocio, 2014).

A esto debe añadirse que, el contrato es una operación económica, en la que las partes dan menos de lo que esperan recibir, lo que complicará al juez determinar la presuposición de cada una de las partes y que incluso podría significar un control de precios. Por ejemplo, en un contrato en el que cada parte asume un costo de S/ 1,000.00 en sus prestaciones, no se podrá sostener simplistamente que la presuposición de cada parte en sus ganancias es de S/ 1,001.00 en adelante; puede que una parte, tenga una presuposición de ganancia del 200% y la otra del 50%, y que una ganancia menor significará la desaparición de su presuposición y por consiguiente un costo de oportunidad inaceptable. El tiempo y esfuerzo que necesitaría un juez para determinar estas presuposiciones es prohibitivo. Por otro lado, la Sentencia en la que el juez a su criterio establezca la presuposición de cada una de las partes y fije cuál es su ganancia estimada constituirá un control de precios, por cuanto el Estado definirá cuánto pueden ganar las partes, y hasta dónde puede llegar su ambición y sus expectativas de ganancias.

Posteriormente, Karl Larenz nutrido con el desarrollo de Paul Oertmann de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* [desaparición de la base del negocio jurídico], la posterior *Störung der Geschäftsgrundlage* [perturbación de la base del negocio jurídico], pudo introducir en el Código Civil alemán la teoría de la perturbación de la base del negocio objetivizada, conforme a los siguientes fundamentos:

“En su obra de 1921, Oertmann definió la base del negocio como 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”. Si estas circunstancias no se verificaban o desaparecían, sin que ese riesgo hubiese sido asumido, la parte perjudicada adquiriría un derecho a resolver el contrato, a denunciarlo, si bien, en la práctica, los tribunales alemanes concedieron, también, una pretensión de reajuste y un derecho a denegar la ejecución de la prestación en atención a su inexigibilidad.

[...]

Larenz coincide en que aun cuando una parte comunique a la otra sus motivos, aun si son esenciales, y la otra guarde silencio sobre ello, estos motivos no se convierten en base del negocio jurídico. Al admitir, pues, que cualesquiera representaciones de uno de los sujetos del negocio, con tal que hubieren sido conocidas y no rechazadas, podían ser base del mismo, Oertmann se sigue moviendo en el peligroso y nada sólido terreno de las representaciones mentales de las partes, a las cuales da una amplitud inadmisibles.

[...]

Larenz replica que una cosa es no pensar en la alteración y otra distinta tener una representación positiva de la persistencia de ciertas circunstancias. Obviamente, una aplicación estricta de este criterio llevaría al absurdo de tener que admitir la desaparición de la base del negocio jurídico en casi todos los contratos concluidos antes de una transformación intensa o imprevisible de las circunstancias.

Sin negar el enorme progreso que significa esta construcción, asentada en una voluntad común referida al conjunto del negocio, respecto a aquella otra que toma en consideración el motivo unilateral, base de una declaración aislada, lo cierto es que esta doctrina conserva un pronunciado trasfondo psicológico y una extrema generalidad e indeterminación". (Benavides Torres, 1990, págs. 139-142)

De esta manera se positivizó, la teoría del *Störung der Geschäftsgrundlage* [perturbación de la base del negocio jurídico] objetivizada en el artículo 313° del Código Civil alemán<sup>92</sup>, en cuya primera parte se estableció que se configuraba la

---

<sup>92</sup> Artículo 313° del Código Civil alemán.- Perturbación de la base del negocio.- ( 1 ) Si las circunstancias que se convirtieron en la base de un contrato han cambiado significativamente desde que se celebró el contrato y si las partes no han entrado en el contrato o habrían entrado en ella con diferentes contenidos de si habían previsto este cambio , la adaptación del contrato podrá ser exigida en la medida en que , teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto , en particular la distribución contractuales o legales de riesgo , una de las partes no puede razonablemente esperarse que respetar el contrato sin alteración. ( 2 ) Es equivalente a un cambio de circunstancias, si se encuentran los conceptos materiales que se han convertido en la base del contrato que es incorrecta. ( 3 ) Si la adaptación del contrato no es posible o una de las partes no puede esperarse razonablemente que aceptarlo, la parte en desventaja puede revocar el contrato . En el caso de las obligaciones continuas, el derecho de suspender toma el lugar del derecho de revocar.

perturbación de la base del negocio jurídico cuando las circunstancias existentes al momento de celebración del contrato hubieran cambiado durante su ejecución, de tal manera que la parte afectada negativamente podrá solicitar, no necesariamente de forma judicial, la adaptación del contrato. Llama la atención, la segunda parte del presente articulado, que es la muestra más clara de la conjugación de las teorías precitadas, que establece que el error en la presuposición de las partes, no se le da un tratamiento del error como causal de nulidad, sino como un equivalente de la excesiva onerosidad. La tercera parte y final, de la misma forma que el articulado peruano de 1984, establece como primera opción la adaptación contractual, y en su defecto por oposición de la parte o por imposibilidad de variación, su resolución con efectos retroactivos, excepto en los casos de contratos de ejecución continuada o periódica, conforme a una lectura interpretativa del primer párrafo del artículo 314° del Código Civil alemán.<sup>93</sup> Conforme al segundo párrafo del precitado artículo, de ser el caso analizado en sí mismo, se podrá optar como un medio menos gravoso para las partes, la suspensión del cumplimiento del contrato hasta que la contingencia desaparezca.

Por ejemplo, en el caso contenido en la *Urteil* [Sentencia] de la *Zivilsenat Bundesgerichtshof* [Sala Civil del Supremo Tribunal Alemán] N° 208/12 del 23 de mayo de 2015, en la cual se determinó la existencia de una desaparición de la base del negocio jurídico de un contrato de superficie, cuando la altura máxima de construcción fue ampliada mediante una disposición Municipal, aumentándose así la utilidad del contrato, por consiguiente se declaró procedente la pretensión de revisión contractual (*Zivilsenat Bundesgerichtshof*, 2014).

---

<sup>93</sup> Artículo 314° del Código Civil alemán.- (1) Cada una de las partes puede rescindir un contrato para la ejecución de una obligación permanente para una razón de peso sin un período previo aviso. Hay una razón de peso si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y un peso de los intereses de ambas partes, no se puede esperar razonablemente que la parte de terminación de continuar la relación contractual hasta el final acordada o hasta la expiración de un plazo de preaviso. (2) Si la razón de peso consiste en el incumplimiento de una obligación en virtud del contrato, el contrato podrá ser resuelto hasta que haya expirado sin resultado de un período determinado para el alivio o después de un aviso de advertencia, sin resultado. Sección 323 (2) números 1 y 2 se aplica, con las modificaciones necesarias, en cuanto a la prescindencia de especificar un período para tal alivio y en cuanto a la prescindible de un aviso de advertencia. La especificación de un período para el alivio y la emisión de un aviso de advertencia también se puede prescindir de si las circunstancias especiales se dan los cuales, cuando se pesan los intereses de ambas partes, justifica la terminación inmediata. (3) El derechohabiente podrá dar aviso sólo dentro de un plazo razonable después de obtener el conocimiento de la razón de la terminación. (4) El derecho a exigir daños y perjuicios no se excluye por la terminación.

Analizado todo esto, cabe concluir que frente a la rigidez francesa y su negativa a admitir la revisión judicial del contrato, salvo por excepción sustentada en la teoría de la imprevisión y resolución contractual; se desarrolló en Alemania una corriente sumamente permisiva de la revisión judicial del contrato, que evolucionó un criterio subjetivista de la teoría de la presuposición a un criterio igualmente subjetivo pero con un elemento objetivado que es la común voluntad de las partes, la teoría de la perturbación de la base del negocio.

### 3.3. Italia:

El *Codice Civile* italiano de 1942, en lo referente a la excesiva onerosidad mantiene una redacción muy similar a la del Código Civil peruano de 1984, al cual influyó decididamente; tal es así, que su artículo 1467<sup>94</sup> es un antecedente casi literal del articulado peruano, con la única salvedad que en el artículo 1440° del Código Civil peruano se solicita la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación y en su defecto se procede a la resolución del contrato, mientras que el precitado articulado italiano prevé los remedios contractuales en un orden inverso.

Un aspecto interesante de este articulado, es el reconocimiento legislativo expreso del “alea inherente a los contratos”, es decir, el legislador italiano reconoció que los contratantes asumen al momento de pactar las prestaciones un riesgo aleatorio en la variación de los valores que no puede ser prevista. Por ejemplo, la empresa que suministra energía eléctrica mediante una planta hidroeléctrica asumió al momento de adquirir la concesión de generación eléctrica, de forma tácita o expresa, las sequías o inundaciones que pudiesen ocurrir por eventos climatológicos.

El presente *Código Civile* italiano de 1942 tuvo como antecedente el *Código Civile del Regno d'Italia* de 1865 que se nutrió directamente del *Code Civil des français* producto de una adhesión de la academia italiana a la doctrina civil francesa (Borda,

---

<sup>94</sup> Artículo 1467° del *Codice Civile* italiano.- En los contratos de ejecución continua o periódica, o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha convertido excesivamente onerosa por la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede solicitar la resolución del contrato, con los efectos establecidos desde artículo en 1458 [la resolución no tiene efecto retroactivo]. La resolución no se puede aplicar en las aleas normales que forman parte del contrato oneroso. La parte contra la cual se solicita la resolución puede evitarlo, ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

1865, pág. 9); sin embargo, es recién el *Código Civil* de 1942 el que adopta la teoría de la imprevisión francesa y la modifica, resultando la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida.

La teoría de la imprevisión modificada y adoptada por el *Codice Civile* italiano se debatió entre una tendencia objetiva y otra subjetiva, a decir de las cuales son:

“Las principales teorías sobre la fundación de la institución de la excesiva onerosidad son, en cualquier caso clasificados de acuerdo con lo que pertenece a un diseño de carácter subjetivo y lo por el contrario, se basa en la concepción carácter objetivo de una institución.

La teoría subjetiva se basa en el tiempo voluntario para explicar las reglas del contrato y está conectado - sobre la base de un "hilo, no tan delgado" que los lazos en la estela de la tradición histórica sobre la situación inesperada de que presuponía - la relevancia de una cláusula tácita (cláusula como están las cosas) [*rebus sic stantibus*], o para la evaluación del presupuesto, o de la motivación del trato que se presupone común.

[...]

La teoría objetiva que se manifestó con la variedad de matices conceptuales, por el contrario, se mueve principalmente de la consideración de la causa del negocio y depende mucho de la realización la función económica asignado al contrato y, por tanto, se basa en un defecto funcional el intercambio”. (Gabrielli, 2012, pág. 4)

En este sentido, los remedios que nacen para corregir esta anomalía económica en el contrato, se determinan excepcionalmente, y se ajustan a reglas de aplicación restrictivas; puesto que, por regla general y en principio los contratos han de cumplirse, y por excepción se aplica la teoría de la imprevisión, de esta forma:

“La parte sobre la cual pese la excesiva onerosidad, no es, por eso solo, exonerada del deber de cumplir; la misma es, solamente admitida a pedir al juez, también bajo forma de excepción, la resolución del contrato (Art. 1467, primer apartado, *in fine*).

Pero la demanda de resolución es improponible si la prestación excesivamente onerosa, ha sido ya ejecutada, o si la parte que se refiere a la excesiva onerosidad, se ha hecho incumpliente (*sic.*), o si el acontecimiento extraordinario e imprevisible se verifica después del cumplimiento.

[...]

El derecho de pedir la resolución por excesiva onerosidad se niega si la sobrevenida onerosidad está comprendida en el riesgo normal del contrato (art. 1467, segundo apartado). Se trata del caso del contrato conmutativo en que sea natural algún elemento aleatorio (ejemplo, contrata, suministro).

La parte contra la cual se haya pedido la resolución, puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato (art. 1467, tercer apartado), o sea, conformándose con una prestación de entidad económicamente menor de la pactada, o abonando un precio mayor (u otra contraprestación de mayor importancia)". (Messineo, Doctrina general del contrato, 1986, págs. 527-528)

Sólo queda señalar, que la Sentencia resolutoria, en su condición de "sentencia constitutiva", sólo produce efectos hacia adelante respecto de los contratos de ejecución continuada o periódica, es decir las prestaciones ejecutadas en un contrato de suministro por ejemplo, son inmunes a sus efectos; por el contrario, un contrato de compraventa diferido o, sea el caso de una promesa de venta, el efecto de la resolución atacará el contrato mismo, y tendrá efectos retroactivos respecto a las prestaciones que hubieran sido ejecutadas, como por ejemplo, el pago de una parte del precio, en cuotas o como arras.

De esta manera, nació una nueva teoría, la de la excesiva Onerosidad, que estuvo dirigida a suplir las falencias en sus efectos de la teoría de la imprevisión francesa y a hacerle frente a la teoría de la perturbación de la base del negocio alemana:

"Entendían los civilistas italianos que así como en unos casos la sobreviniencia de un acontecimiento anormal e imprevisible podía hacer

imposible el cumplimiento de la prestación, en otros casos, producto de esta “*sopravvenienza*”, la prestación sin ser absoluta u objetivamente imposible se hacía sí extremadamente difícil de cumplir, al punto de significar para el deudor una especie de imposibilidad subjetiva de cumplimiento. La doctrina italiana distingue, entonces, entre una onerosidad normal y una onerosidad excesiva o anormal, que requiere la intervención de los tribunales. La prestación se presenta excesivamente gravosa respecto a lo que en el momento de contratar era la razonable valorización comparativa del costo y rendimiento, o del equilibrio entre prestación y contraprestación.

La “excesiva onerosidad” tiene en consideración, de manera sustancial, el que el peso que la prestación viene a asumir sea compatible con el riesgo normal o propio del contrato. Para Augusto Pino y Emilio Betti, la excesiva onerosidad produce un problema de “subversión del riesgo normal del contrato” y de exigencia de equidad en la cooperación en el reparto de los riesgos que exceden el alea normal del contrato”. Más que el influjo de las ideas morales que se hicieron presentes a través de la “cláusula” y la “imprevisión”, en la fórmula de los italianos, se aprecia una irrupción de nuevas ideas sociales y económicas, que responden a otro momento histórico y al predominio de otro sistema de pensamiento.

La teoría, también denominada de la “Lesión sobreviniente” o *Lesio superveniens*” y de la “Sobrevinencia contractual” o “*Sopravvenienza*”, toma en consideración el carácter extraordinario e imprevisible del suceso sobreviniente, mas viendo la imprevisibilidad no en términos absolutos ni tampoco subjetivos, pero sí en cuanto excede la previsión normalmente exigida al hombre promedio”. (Benavides Torres, 1990, pág. 54)

A fin de consolidar todo lo anteriormente desarrollado, se cita a la *Sentenza* [Sentencia] *di Sezione Civile di Corte Suprema di Cassazione* [Sala Civil de la Corte Suprema de Casación] N° 4949 del 14 de marzo de 2016, seguido por Weissenegger Johann en contra de Bolzano Robert Kritzinger, en la cual el demandante exigió la ejecución de la promesa de compraventa celebrada con el

demandante sobre un predio rústico y edificaciones de la comuna de Fie' allo Sciliar Bozen, en el norte de Italia, frontera con Liechtenstein; el demandado contestó la demanda, en el sentido que por un derrumbe ocurrido en el predio materia del proceso y la consiguiente inhabilitación de la edificación, se le permitiera edificar una nueva edificación en el terreno no afectado a efecto de cumplir su obligación, amparándose en la teoría de la imprevisión. Las dos primeras instancias admitieron la reconvencción basada en una excesiva onerosidad de la prestación, y la *Sezione Suprema* confirmó dichas decisiones judiciales, considerando que:

“A tal efecto debe considerarse que, a pesar de lo que el solicitante pidió en la primera queja, el costo excesivo sobrevenido, que se debe al contrato de conformidad con la resolución art. 1467 cod. civ., puede ser identificado en un incidente imprevisible y extraordinario, incluso ajeno a las reglas pactadas contractualmente”. (Weissenegger Johann en contra de Bolzano Robert Kritzinger, 2016, pág. 7)

En conclusión, el sistema jurídico italiano ha optado por admitir ampliamente la revisión judicial del contrato, a través de una técnica mixta; toma como fundamento la teoría subjetiva, la voluntad común de las partes, pero realiza un análisis objetivo, la desaparición de la base del negocio. Cabe señalar, que entre los años 2011 y 2015 se han tramitado 125 casaciones en procesos de revisión contractual por excesiva onerosidad (Corte Suprema di Cassazione, 2016).

#### 3.4. España:

En cuanto a España, y su ordenamiento civil, cabe señalar que no se reconoció expresamente en el Código Civil español de 1889 la existencia de la cláusula implícita *rebus sic stantibus*; sino que, han sido las diversas sentencias del Tribunal Supremo español, las que han la han aplicado, reconociendo su existencia e importancia.

El Tribunal Supremo español en su Sentencia del 26 de marzo de 1913, acogándose a la teoría alemana de la perturbación del negocio, estableció la procedencia de una acción tendente a resolver un contrato de seguro, en el que la empresa aseguradora,

redujo a su décima parte su capital social; dado que, la base del negocio jurídico era la liquidez y solvencia de la empresa aseguradora, y al verse esta reducida la parte asegurada se veía desprotegida.

Siguió así, el desarrollo jurisprudencial; en la Sentencia del Tribunal Supremo español en su Sentencia del 12 de diciembre de 1921, en la que se distinguió entre el caso fortuito y la fuerza mayor y los casos de imprevisión, al considerar que ni la I Guerra Mundial ni la depreciación monetaria eran casos de fuerza mayor que volvieran imposible el cumplimiento de las obligaciones, sino simplemente hechos que encarecían su cumplimiento.

Así pues, en la Sentencia del 17 de mayo de 1941, el Tribunal Supremo español, declarando inaplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, limitó el principio de la autonomía de la voluntad establecida en el artículo 1255 del Código Civil español<sup>95</sup>, por aplicación del principio de buena fe y la reciprocidad de intereses conforme lo establecido en el artículo 1258° del Código Civil español<sup>96</sup>; en el caso concreto se determinó la revisión de un contrato para el restablecimiento del equilibrio económico. En esta Sentencia se estableció que la revisión contractual sólo procederá cuando se trate de una alteración completamente extraordinaria, que origine una desproporción inusitada entre las prestaciones y sea imprevisible.

Hasta este punto, la jurisprudencia española si bien era renuente a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos que por diversas razones hubieran perdido su equilibrio económico, utilizó las teorías de la imprevisión francesa, de la perturbación de la base del negocio alemana y de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana, para solucionar conflictos.

La Sentencia del 13 de junio de 1944 marcó el hito en la historia jurisprudencial española al reconocer y aplicar abiertamente la cláusula *rebus sic stantibus*, por la perturbación de la base del negocio. Durante la guerra civil española, se requisó un cargamento de aceite por las autoridades republicanas, después de la guerra el comprador exigió el cumplimiento del contrato; el Tribunal Supremo español

---

<sup>95</sup>Artículo 1255° del Código Civil español.- Autonomía de la voluntad.- Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

<sup>96</sup> Artículo 1258° del Código Civil español.- Buena fe contractual.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

reconoció el derecho de las partes de solicitar la revisión judicial de los contratos, en el caso concreto del precio, por la “alteración sobrevenida de las bases previstas por los contratantes”. En este fallo, el Tribunal Supremo español empleó la teoría de la perturbación de la base del negocio alemana, y le añadió el elemento subjetivo de la previsión propio de las teorías de la imprevisión francesa y de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana.

Esta nueva orientación jurisprudencial se concretó con la Sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de junio de 1951:

“[L]a cláusula *rebus sic stantibus*, que autoriza el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones, circunstancias que sí autorizan a la Compañía del N. para elevar sus tarifas por depreciación del poder adquisitivo del dinero, por aumento exorbitante el precio de los elementos necesarios para realizar el transporte, o por otros motivos semejantes”. (Martínez de Morentin, 2014, pág. 355)

Para finalizar el desarrollo de la “vieja jurisprudencia” española, conviene mencionar que las Sentencias del 6 de junio de 1959 y del 31 de octubre de 1964, el Tribunal Supremo español estableció los requisitos de la acción de revisión judicial por excesiva onerosidad, los cuales en esencia mantenían las bases romanistas y canonistas originarias, la alteración extraordinaria de las circunstancias, la desproporción entre las prestaciones y la imprevisibilidad de las causas; sin embargo, se añadió uno más, una cláusula de residualidad para esta acción, por la cual, solamente era posible solicitar la revisión judicial del contrato cuando no exista otro medio que pueda reestablecer el equilibrio económico contractual.

Este desarrollo jurisprudencial fue sustentado y apoyado por la doctrina española más autorizada, que aceptó la integración de la cláusula *rebus sic stantibus* al sistema jurídico español:

“En la doctrina española la aceptación del instituto es contundente y generalizada, y la mayoría de los autores consideran que en el derecho

español, fuera de los casos en que hubiere una disposición concreta en contrario, nada se opone a su aplicación. Sólo cuando se trata de decidir por qué vía justificar su introducción, se divide la doctrina. La mayoría crre, con Pérez y Alguer, Battle, Puig Brutau y de los Mozos, que el camino sería la buena fe y equidad, expresa en el 1258° e ínsitas en el resto del Código, al igual que la exigencia de reciprocidad en los contratos bilaterales, “reciprocidad que no puede decirse exista cuando por consecuencia de alteraciones esenciales de la situación económica, la prestación de una parte se hubiera convertido, desde el punto de vista económico en otra completamente distinta de lo que originalmente pensaron y quisieron las partes”. Compartiendo este fundamento, Fernández de Velasco, Díez Picazo, Castro y Bravo y Roca Sastre, vinculan más concretamente la solución del problema al funcionamiento de la causa en el derecho español, aunque Díez Picazo y Fernández de Velasco con un concepto de causa subjetiva que no es el del Código Civil”. (Benavides Torres, 1990, pág. 220)

Conviene ahora anotar, la postura objetivista de la teoría alemana de la perturbación de la base del negocio aplicada en España:

“No es suficiente, pues, la representación mental o expectativa individual de cada una. La base del negocio objetiva es un conjunto de circunstancias exteriores y un estado general de cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar existiendo como una reglamentación de intereses dotada de sentido”. (Diez-Picazo & Gullón, 1998, págs. 216-217)

Ahora bien, corresponde desarrollarse la “nueva jurisprudencia” española, especialmente la referida a los sucesos actuales, en los cuales ha empezado a aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* para frustrar los desalojos de los inquilinos morosos en el llamado caso de los “desahucios”, en los cuales inquilinos afectados por la crisis económica española, se vieron sin los recursos suficientes para pagar sus arriendos.

Las Sentencias del 4 de febrero de 1995 (María contra Luis Carlos, 1995, pág. 8) y de la Sala de lo Civil del 21 de marzo de 2003 (Coplain S.A. contra la Compañía Española de Petróleos S.A., 2003, pág. 4), unánimemente han ratificado las Sentencias precitadas del 6 de junio de 1959 y del 31 de octubre de 1964, al establecer como requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

“[L]os requisitos que la jurisprudencia exige para su invocación: alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumban el contrato por aniquilamiento de las prestaciones; y que todo ello acontezca por la sobrevenida aparición de circunstancias radicalmente imprevisibles”. (María contra Luis Carlos, 1995, pág. 8) (Coplain S.A. contra la Compañía Española de Petróleos S.A., 2003, pág. 4)

En España, esta cláusula ha tenido una gran acogida en la rama inmobiliaria, donde se han presentado los principales retos para su aplicación; el primero de ellos fue definir, contemporáneamente, cuándo se configura la perturbación de la base del negocio. En este caso la Sala de los Civil del Tribunal Supremo español en la Sentencia N° 243/2012 del 27 de abril del 2012, estableció:

“[Q]ue el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación”. (El Corte Inglés S.A. contra Fapemar S.A., 2012, pág. 6)

Inicialmente, se descartó jurisprudencialmente la posibilidad de la revisión judicial de los contratos por motivo de dificultades con el financiamiento para las personas naturales adquirentes; sin embargo, en la Sentencia N° 820/2013 del 17 de enero de 2013, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, rompió esta tendencia

jurisprudencial y reconoció como un escenario de perturbación de la base del negocio, el caso en el que el adquirente de un bien inmobiliario le sea rehusado el financiamiento bancario:

“[L]a posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia”. (Juan Pablo y Ángela contra Hogar y Jardín S.A., 2013, págs. 6-7)

Llama la atención del caso anterior, la cantidad de tópicos que impuso la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, para ser evaluados obligatoriamente en este típico problema español; por ejemplo, la evaluación distintiva de profesionales inmobiliarios del público en general, está orientada a diferenciar la previsión exigible para cada uno; sin embargo, cabe mencionar que la precitada Sentencia yerra al considerar ítems propios del derecho del consumidor como la posibilidad de negociación, lo cual no es relevante para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, dado que el consumidor posee una tutela especial y diferenciada que el contratante civil.

Esta “nueva jurisprudencia”, en el desarrollo de la teoría de la perturbación del negocio alemán, ha distinguido con bastante claridad los elementos objetivos de los subjetivos, al caso se puede citar la Sentencia N° 309/2013 del 26 de abril de 2013 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español:

“[L]a doctrina de la base del negocio, a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, [...] toma en consideración el desequilibrio entre las prestaciones en cuanto "afectando a la base del negocio". Esta se ha considerado como el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio jurídico. Se ha distinguido la base del negocio subjetiva, como la representación común o lo que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato y objetiva, como las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa (concepto objetivo). Todo ello se funda en el principio de la buena fe, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio”. (Barneto Borralló P.Y.C. S.L. contra Inonsa S.L.U., 2013)

Final y recientemente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español en su Sentencia N° 591/2014 del 15 de octubre de 2014, ha reconocido la crisis española del 2008, como un evento imprevisible que ha desequilibrado el mercado inmobiliario español, por lo que ha admitido el uso de la cláusula *rebus sic stantibus* para restablecer el equilibrio en contratos de arrendamiento inmobiliario:

“Desde esta perspectiva, y conforme a las prácticas negociales del sector en dicho contexto, no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que "razonablemente" se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado”.

(Accor Hoteles España S.A. contra Residencial Ademuz S.L., 2014, pág. 12)

De esta última Sentencia, se puede extraer una primera conclusión, que la misma no reviste cosa juzgada material sólo formal, porque el reajuste que establece es temporal, por lo que aún el conflicto de intereses se mantendrá. Por otro lado, llama la atención que la jurisprudencia española ha relajado en demasía el umbral que restringe la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, criterio solitario que no es compartido por ningún otro ordenamiento jurídico europeo.

### 3.5. Argentina:

El sistema jurídico argentino, el primero que se analizará, se nutrió de la teoría de la excesiva onerosidad italiana, que es un desarrollo razonado de la teoría de la imprevisión francesa, con la inclusión del riesgo inherente de cada contrato conforme a una alea propia a cada actividad económica:

“La historia inmediata de nuestra disposición, encuentra su fuente en la recomendación N° 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, la cual a su turno se encuentra literal y espiritualmente inspirada por el arto 1467 del Código italiano de 1942, que adopta la teoría de la imprevisión, contemplando la posibilidad de revisar el contrato cuando se modifiquen las circunstancias económicas en las que se fundó el mismo”. (Araujo, 2010)

Hoy en día, con la unificación de la codificación comercial y civil argentina, la cláusula *rebus sic stantibus*, se encuentra positivada en el artículo 1091° del Código Civil y Comercial de la Nación del 2014<sup>97</sup>, que confiere a la parte afectada por una excesiva onerosidad sobrevenida, el derecho a solicitar extrajudicialmente o

---

<sup>97</sup> Artículo 1091° del Código Civil y Comercial argentino.- 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, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

judicialmente la resolución del contrato total o parcialmente o su adecuación. Es importante mencionar, que de una lectura interpretativa de la norma se deduce que no podrá ser invocada la cláusula *rebus sic stantibus*, en los casos que la excesiva onerosidad se encuentren comprendidos dentro del alea normal del contrato:

“El planteo puede ser hecho en el ámbito extrajudicial o en proceso judicial y, en este caso, por acción iniciada por el afectado para lograr de su contraparte una revisión de los términos del contrato, o por medio de una excepción por ella interpuesta ante una demanda de cumplimiento planteada por la otra parte. En el ámbito judicial, el afectado por la excesiva onerosidad puede solicitar el dictado de una medida cautelar que, de permitirlo la naturaleza del contrato, suspenda los plazos de cumplimiento hasta tanto se agote el debate o varíen las circunstancias desequilibrantes”. (Caramelo, 2015, pág. 491)

Es importante mencionar, que la admisión del remedio contractual de la adecuación judicial del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida, es una innovación que no estaba presente en el artículo 1098° del Código Civil de la República Argentina de 1869<sup>98</sup> redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield:

“Por nuestra parte acotaremos que uno de los cambios sustanciales, más que el hecho de que pueda esgrimirse por vía de acción o de excepción, consiste en que se admite expresamente que el perjudicado pueda pedir no solamente la resolución, sino también la adecuación del contrato”. (Moisset de Espanés, 1996, págs. 1168-1169)

Ahora bien, de la misma forma que en la España contemporánea la crisis económica de 2008 golpeó su mercado inmobiliario promoviendo el uso de la cláusula *rebus sic stantibus* fundamentada en la teoría de la perturbación de la base del negocio

---

<sup>98</sup> Artículo 1198° del Código Civil de la República Argentina.- Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosiblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. 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, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

para afrontar una ola de desalojos de inquilinos morosos; en la Argentina, la devaluación del peso argentino, la desdolarización forzada y la limitación de retiro de efectivo de los bancos, generó que, no necesariamente deudores morosos, recurrieran a la cláusula *rebus sic stantibus* para evitar su empobrecimiento o ruina económica.

El escenario económico argentino actual, ha motivado el surgimiento del llamado “legislador de emergencia”, que durante la Primera y Segunda Guerras Mundiales y la Guerra Civil Española, trató de paliar los efectos económicos negativos de la guerra:

“Un mes antes del dictado de la ley de emergencia, el 3 de diciembre de 2001 el gobierno del Presidente de la Rúa dicta el Decreto 1570/2001<sup>99</sup> creando una serie de restricciones al uso del dinero depositado en las entidades financieras, el famoso “corralito”, mediante el cual se prohibían los retiros en efectivo que superen los pesos doscientos cincuenta o dólares doscientos cincuenta por semana y se prohibían las transferencias al exterior.

A los pocos días de asumir el Presidente Duhalde el Congreso, ignorando la realidad legal y sobretodo las normas que casi el mismo Congreso había consagrado meses antes, sanciona la ley 25.561<sup>100</sup> [...] se pone fin a la convertibilidad del peso con el dólar de los Estados Unidos de América y se faculta al Poder Ejecutivo para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias.

[...]

Las deudas exigibles desde la fecha de promulgación de la ley en moneda extranjera entre los particulares, sometidos a normas de derecho privado

---

<sup>99</sup> Reglas a las que ajustarán sus operatorias las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina. Establécense restricciones transitorias para los retiros de dinero en efectivo y las transferencias al exterior. Prohíbese la exportación de billetes y monedas extranjeras. Decreto N° 1570/2001, publicado en el Boletín Oficial el 1 de diciembre de 2001.

<sup>100</sup> Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, Ley N° 25561, publicada en el Boletín Oficial el 7 de enero de 2002.

se pesifican a la relación de cambio un peso por un dólar estadounidense”.  
(Cornet, 2002, págs. 82-83)

Sin embargo, y con el fin de esta legislación de emergencia (El Comercio, 2015) la economía argentina seguirá teniendo graves contingencias monetarias:

“El peso argentino sufrió este jueves su mayor devaluación desde la crisis del 2002 luego de que el gobierno de Mauricio Macri eliminara las restricciones cambiarias de los últimos cuatro años, una medida reclamada por los mercados pero temida por los trabajadores de Argentina”. (El Comercio, 2015)

En este contexto, los deudores cuyos créditos se encuentran dolarizados, invocaron de forma reiterada la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, a fin de evitar su empobrecimiento por el cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera, cuando la mayoría percibía remuneraciones en moneda nacional devaluada.

Prueba de ello, es que la propia Corte Suprema de la Nación argentina en la Sentencia N° 1074 – XLI del 6 de mayo de 2008 reconoció la crisis económica como un hecho notorio, y que el cual motivaba la adecuación de los contratos de mutuo a efecto de evitar que muchas familias pierdan sus viviendas:

“Cabe destacar que del conjunto de directivas legales sobre la materia surge nítidamente que, a fin de alcanzar esa equitativa recomposición, el legislador ha procurado fijar reglas diferenciales para los supuestos en que se hallase en juego la vivienda única, familiar y permanente lo cual, sin duda, revela una especial preocupación por hacer operativas las garantías que amparan tal institución.

Que las cuestiones propuestas hacen necesario recordar que los acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios que fueron reconocidos por el Tribunal”. (Fecred S.A. contra Osvaldo Daniel Mazzei, 2008, pág. 13)

En este sentido, se puede citar la Sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina N° 971 - XL del 18 de diciembre de 2007, en el que se determinó la

reestructuración de un crédito hipotecario de US\$ 392,000.00 para la edificación de un colegio; al estimar la defensa de la demandada se estableció, en relación con la devaluación del peso argentino:

“Que de acuerdo a lo expresado se destruyó la relación de equivalencia, por lo cual corresponde aplicar el "instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente" (art. 1198 del Código Civil) y, en consecuencia, cabe examinar cuál es el criterio más adecuado para recomponer con equidad el equilibrio contractual, afectado por la inusitada magnitud de la devaluación de nuestra moneda, y hacerlo menos lesivo para los derechos de los acreedores”. (Irene Gwendoline Longobardi contra Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L., 2007, pág. 31)

En conclusión, en Argentina, la teoría de la excesiva onerosidad italiana, derivada de la teoría de la imprevisión francesa, ha tenido en los últimos años un notable desarrollo judicial, en el que ha establecido que la devaluación, la inflación y el “corralito financiero” son causas idóneas para la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

### 3.6. Chile:

El Código Civil chileno de 1857 de Andrés Bello, que “es el Código madre que sirvió de modelo e inspiración a todo un grupo de países sudamericanos ubicados en la costa del Pacífico, y también a los de algunos países de América Central, como El Salvador, y en alguna medida, Honduras y Panamá” (Moisset de Espanés, 1996, pág. 34), de la misma forma que los Códigos de su época, el *Code Civil* de 1814 y el Código Civil español de 1889, guarda silencio sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es propio del pensamiento jurídico imperante de respeto estricto de la autonomía de la voluntad y del principio *pacta sunt servanda*.

En este sentido, se replicó un fenómeno interpretativo visto en España, donde la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos sirve como asidero legal para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; en este caso, es el artículo

1546° del Código Civil chileno<sup>101</sup> el que contiene el principio de ejecución contractual de buena fe:

“Sin embargo, la carencia de una norma general es suplida por su consagración específica en diversas materias, entre las cuales destaca para efectos de este trabajo, la disposición del artículo 1546 relativa a la ejecución de los contratos de buena fe. [...] No obstante el texto expreso de la norma parece restringir la aplicación de la buena fe a la etapa del cumplimiento, se entiende que esta debe extenderse a todo el íter contractual, incluidas las tratativas preliminares, lo mismo que a la interpretación del contrato. En concreto, la buena fe exige a los contratantes un comportamiento recíproco basado en la lealtad, la honestidad y la consideración de los intereses de la contraparte. Este principio general ha sido considerado fuente de diversos deberes de conducta para los contratantes, como los de cooperación, información y diligencia, entre otros.

Debido a que la imprevisión contractual se considera relevante si acaece durante la etapa de cumplimiento del contrato, la norma del artículo 1546 puede aplicarse sin reparos a tal caso”. (Momborg Uribe, La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente, 2010)

Sin embargo, la Primera Sala de la Corte Suprema de Chile ha desterrado jurisprudencialmente toda posibilidad de aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* en el Fallo N° 2651-08 del 9 de septiembre de 2009, sosteniendo que por no estar reconocida legalmente, iría contra la voluntad del legislador aplicarla, más aún cuando existe un artículo expreso que la descarta, que contiene el principio *pacta sunt servanda*:

“Esa situación, se enmarca en lo que en doctrina se llama teoría de la imprevisión o "doctrina de la imprevisión" o "excesiva onerosidad

---

<sup>101</sup> Artículo 1546 del Código Civil chileno.-. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

sobreviviente". Para este análisis seguiremos al jurista don René Abeliuk Manasevich, que en el tomo II de su obra "Las Obligaciones" (Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, año 1993) define la imprevisión como la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación excesivamente onerosa. (ob. cit. pág. 699); y sostiene que la institución no está expresamente contemplada, por obvias razones de época y los principios y preceptos de carácter general. Es por eso que no puede instalarse la imprevisión como tal ya que se estrellaría irremediablemente contra lo estatuido. Fundamentalmente es el Art. 1.545 del Código Civil el que la excluye, pues el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, -los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado la de modificar las convenciones-. Así se ha fallado". (South Andes Capital S.A. contra Empresa Portuaria Valparaíso, 2009)

En conclusión, en Chile en el ámbito jurídico privado no se puede invocar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pese que la doctrina más autorizada del país reclama su aplicación, e incluso su consagración en el Código Civil chileno. (Momberg Uribe, Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación en Chile, 2010).

### 3.7. Colombia:

Finalmente, el ordenamiento jurídico colombiano para desarrollar la posibilidad de la revisión judicial del contrato se nutrió directamente de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana tributaria de la teoría de la imprevisión francesa; tal es así, que en el artículo 868° del Código de Comercio colombiano de 1971<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Artículo 868° del Código de Comercio Colombiano.- Revisión del contrato por causas extraordinarias.- Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las

se estableció la posibilidad de solicitar la revisión judicial del contrato para determinar su adaptación o su resolución por la excesiva onerosidad sobreviniente de alguna de las prestaciones por una causa imprevisible, imprevista y extraordinaria. Cabe señalar, que esta construcción normativa diferencia la imprevisibilidad de lo imprevisto, “[l]o imprevisible es lo que no se puede prever, y lo imprevisto es lo que no se previó habiéndose podido hacerlo” (Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2008, pág. 321).

El Código Civil colombiano de 1873, propio de su época y derivado del Código Civil Chileno de Andrés Bello de 1855, e igual a los Códigos Civiles francés de 1814 y español de 1889, no reconoció la cláusula *rebus sic stantibus* en su articulado; dado que, el principio *pacta sunt servanda* era absoluto y el respeto de la autonomía de la voluntad era estricto, sin admitir excepciones. Es igual que en los precitados casos europeos, que la Corte Suprema colombiana mediante su jurisprudencia reconoció la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos. En este sentido, se puede diferenciar dos corrientes jurisprudenciales, la primera desde la década de 1930 hasta la sanción del Código Comercial colombiano de 1971 que acogió la teoría de la excesiva onerosidad italiana, y la segunda que se mantiene hasta hoy. La propia Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su Sentencia del 7 de octubre de 2009 recaída en el expediente N° 05360-31-03-001-2003-00164-01, hizo referencia al inicio de la precitada primera tendencia jurisprudencial, que inició acogéndose a la teoría de la imprevisión francesa:

“De la misma manera y en lo que atañe al principio que recoge la teoría de la imprevisión, se recuerda cómo antes de que ella fuera recogida en el artículo 868 del Código de Comercio, recibió abrigo en la sentencia de 29 de octubre de 1936, donde se evocó “el aforismo de los glosadores del Derecho Romano, «rebus sic stantibus», o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se

---

circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufran una grave lesión en sus intereses”. (Bancolombia S.A. contra Óscar Adrián Loaiza Arias, 2009)

En este sentido, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* amparada en la teoría de la imprevisión en Colombia se estructuró en la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 23 de mayo de 1938:

“[L]a solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convertir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o ya asumiendo el juez directamente la facultad de señalar nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes. [...] Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias”. (Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2008, págs. 320-321)

La dación del Código de Comercio colombiano en 1971, que acogió la teoría de la excesiva onerosidad italiana, marcó un hito en la concepción de la revisión contractual judicial en Colombia. De esta manera se trae a colación la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 21 de febrero de 2012 recaída en el expediente N° 11001-3103-040-2006-00537-01, que define la teoría de excesiva onerosidad sobrevenida que ha venido siendo aplicada en esta segunda tendencia jurisprudencial:

“Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente,

frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad. [...]Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos”. (Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino contra Granbanco S.A., 2012)

En conclusión, el sistema jurídico colombiano, al igual que Francia y España, realizó un desarrollo jurisprudencial de la revisión contractual, adhiriéndose a la teoría de la imprevisión francesa en un primer momento, y en un segundo, a la teoría de la excesiva onerosidad italiana, marcado por la positivización de la cláusula *rebus sic stantibus* en el Código de Comercio de 1971.

Cabe resaltar el proyecto académico de Lopera Vargas y el proyecto de reforma del Código Civil colombiano presentado en 1983 de Valencia Salas tendentes a introducir el reconocimiento expreso de la teoría de la excesiva onerosidad italiana. (Moisset de Espanés, 1996, págs. 35-36)

### Capítulo III Análisis de la intervención judicial.

En el presente capítulo se analizará el intervencionismo judicial en los contratos civiles cuya prestación haya devenido excesivamente onerosa, teniendo presente en todo momento la teoría italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida, acogida por la legislación peruana. Este análisis no sólo comprenderá el aspecto doctrinario y teórico, sino también que se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre la materia, a efecto de determinar si los jueces supremos se han pronunciado sobre el fondo de las causas que han conocido entre los años 2010 y 2014, cumpliendo su rol de restablecer el equilibrio contractual.

Asimismo, se analizará si es que los jueces en abstracto son capaces de realizar el análisis económico de los contratos que lleguen a sus despachos, teniendo presente los recursos disponibles. Así como, la conveniencia de realizar este análisis judicial, que necesariamente conllevará al sacrificio de ciertos derechos para poder asegurar la vigencia de otros.

#### 1. Generalidades del intervencionismo judicial.-

El primer tópico del presente capítulo, se centra en la facultad conferida por el artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, a los jueces de intervenir en los contratos civiles conmutativos en los cuales una de las prestaciones haya devenido excesivamente onerosa, de tal manera que el equilibrio económico del contrato haya sido perturbado. “El criterio de plantear preferentemente la revisión, reduciendo la prestación o aumentando la contraprestación, porque se ajusta mejor al espíritu de justicia que es el fundamento de la institución” (Arias Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, 2011, pág. 223), lo cual descarta el fundamento de la intervención en la institución jurídica del abuso del derecho, la cual es completamente ajena a la institución de la excesiva onerosidad sobrevenida.

El abuso del derecho supone en sí, un acto ilícito consistente en el exceso a los límites del propio derecho (Leon Barandirán, 1988, 24-25), es el ejercicio anormal del derecho, que desvirtúa su finalidad y daña dolosamente a otro (Ripert & Boulanger, 1988, 476-477).

En cambio la excesiva onerosidad, supone una excepción fundada en la equidad frente al principio *pacta sunt servanda*, puesto que exigir el cumplimiento de un contrato no constituye ningún abuso del derecho, dado que, lo contrario, la renuncia, consistiría en una renuncia y por tanto detrimento económico para la parte renunciante. El abuso del derecho requiere dolo y la simulación de una facultad, que son elementos ajenos y extraños a la institución jurídica de la excesiva onerosidad.

El dirigismo contractual fue un fenómeno nuevo en el Código Civil peruano vigente de 1984, el cual sistemáticamente saltó a materias específicas como los arrendamientos de bienes inmuebles durante la década de 1980, de esta manera se tiene que:

“El dirigismo contractual se presenta en forma de intervencionismo legislativo cuando el Estado actúa mediante leyes y decretos, acentuándose en los periodos de crisis más agudas, como por ejemplo ocurrió en las guerras mundiales. [...] Bástenos citar en el caso peruano el Decreto Supremo N° 370-85-EF de 31 de julio de 1985, por el que se estableció que a partir del 1 de agosto del mismo año se mantendrían los precios de los bienes, servicios y alquileres vigentes al 27 de julio de ese año. El dirigismo contractual puede tener la forma de intervencionismo judicial cuando se faculta al juez para modificar las obligaciones de las partes en los casos concretos sometidos a su decisión. Esto significa concederle al juez un amplio poder para adaptar los contratos a la realidad económica y social de un país”. (Arias Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, 2011, págs. 29-30)

Ante este último postulado, surge una primera interrogante, sobre la licitud de anular la voluntad de las partes, acto que atenta contra la esencia del contrato mismo, y de la autodeterminación de las partes, (De la Puente y Lavalle, El contrato en general, 1991, pág. 307), como ya se desarrolló en el capítulo anterior, y especialmente en las posturas de los Principios Uncitral y europeo de los contratos, la tendencia internacional ha legitimado la intervención judicial; sin embargo, ha sido bastante clara en establecer su residualidad y carácter extraordinario, de tal forma que se privilegia la renegociación del contrato por las partes en respeto absoluto de su libertad contractual, y únicamente, en caso que fracasen, se procederá a la resolución del contrato como alternativa menos lesiva para el derecho a la libertad contractual de las partes a través de la intervención del juez.

Ahora bien, cuándo surge el imperativo de la intervención del juez en el contrato, pasando la respuesta formal que establecerá que el juez debe intervenir cuando la parte afectada accione y observe que se configuraron los supuestos del artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984. La respuesta real, es cuando determine que las circunstancias económicas que rodean el contrato hayan vuelto una prestación excesivamente onerosa sin que ello suponga el riesgo propio del contrato. Es importante destacar, que para el presente análisis del intervencionismo contractual de los jueces, carece de relevancia la disparidad jurídica propia de los contratos del Derecho de la Protección del Consumidor y Derecho Laboral, puesto que estos no son materia de la presente investigación. Por estos motivos conviene aclararse los conceptos de disparidad económica y jurídica:

“Como institución de carácter privado, el contrato presupone que los sujetos que en él participan se encuentran sobre un pie de paridad jurídica, aunque a veces estén en situación de disparidad económica, en virtud de la diferente fuerza económica de que cada uno de ellos puede hallarse dotado. Paridad jurídica significa que ambos contratantes gocen de tutela de igual intensidad por parte de la ley; que ninguno de ellos pueda apelar sino a la libre determinación del otro para que estipule el contrato y que ninguno de ellos pueda imponer unilateralmente el contenido del contrato. La ausencia de paridad jurídica es ya, de por sí, un síntoma fuertemente probatorio de que se está fuera del ámbito del contrato. En cambio, la paridad económica entre los contratantes no es un presupuesto indeclinable del contrato: paridad económica significa que cada uno de los contratantes está en condición de no sufrir la presión psíquica del otro. De esta paridad no se preocupa por lo común el ordenamiento jurídico; ni podría preocuparse sin tropezar con dificultades de reglamentación, casi insuperables”.  
(Messineo, Doctrina general del contrato, 1986, págs. 52-53)

Según lo anteriormente citado, en un contrato civil conmutativo se presume que no existe ni una disparidad económica ni jurídica, en vista que sólo la ley Laboral y la de Protección del Consumidor, presuponen esta situación y adoptan un contenido tuitivo. Esto no significa de ninguna manera que el Derecho Civil sea ajeno a los supuestos donde una persona obliga a otra a celebrar un contrato; sin embargo, dichos supuestos tienen un tratamiento especial que no son materia de la presente investigación. Siendo todo esto así, debe quedar claro que es el contrato el que pierde el equilibrio económico en un escenario

de excesiva onerosidad civil y no las partes, las cuales pueden verse perjudicadas por dicho fenómeno, sin que ello sea relevante para su tratamiento.

A efecto de contextualizar este postulado, todo esto forma parte de la corriente de socialización del contrato, que surgió como una respuesta y un atenuante al liberalismo jurídico:

“La libertad de contratar y la libertad contractual deben ejercerse dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico. Esos límites son el abuso del derecho, las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres, el interés social, público y ético, a cuyo efecto el Estado no solamente puede sino debe intervenir en el contrato mediante la ley para imponer reglas o delimitar el contenido de los contratos. Esos límites determinan el establecimiento del contenido contractual por las partes y la intervención razonable y no arbitraria del Estado en el contrato”. (Torres Vásquez, Teoría general del contrato, 2012, pág. 50)

En el presente caso, el límite a la libertad contractual como ya se mencionó es la equidad como la justicia del caso concreto; dado que, la excesiva onerosidad, como un remedio extraordinario y residual debe analizarse caso por caso, y aplicarse excepcionalmente. Su desarrollo, estuvo muy ligado a los derechos en los cuales existía una función tuitiva como el derecho laboral y ahora el de protección del consumidor; por esta razón, el derecho civil y el derecho comercial, son quizás los dos últimos reductos donde la autonomía de la voluntad se mantiene como regla y no como excepción:

“Comienzan así a multiplicarse las intervenciones públicas que, para proteger el interés general o el interés de las categorías sociales débiles, limitan la libertad contractual: especialmente con normas legales que prohíben insertar en el contrato determinados contenidos, desventajosos para la parte débil; o imponen insertar en el contrato determinados contenidos, desventajosos para la parte débil; o imponen insertar en el contrato determinados contenidos, ventajosos para esa misma parte; o incluso, en algún caso, obligan a la parte fuerte a hacer con la parte débil contratos que interesan a esta última, y que la parte fuerte no quería hacer. Gran parte de las nuevas normas sobre los contratos, copiosamente introducidas por las leyes especiales con finalidades de regulación de los varios sectores del mercado y de las correspondientes relaciones económicosociales

(*sic*), son especialmente normas que restringen, en el sentido apenas visto, la libertad contractual”. (Roppo, 2009, págs. 67-68)

De esta manera, la modificación de los contratos debe originarse en primer lugar, de las mismas partes, y en defecto de su acuerdo, el Estado cautelando un interés público, podrá intervenir en las relaciones obligacionales privadas, que no son otra cosa que operaciones económicas que necesitan ser adaptadas a la actualidad producto de fenómenos cambiantes. Ahora bien, esta intervención puede ser directa, que es la menos deseable, o la de crear incentivos en las partes para que resuelvan sus problemas entre ellos. De esta manera “[l]a solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución” (Mantilla Espinosa & Terner Barrios, 2008, pág. 322). Esta intervención judicial del contrato, no es ilícita, dado que “[p]or imprevisión contractual consideramos una situación jurídica en la cual la autonomía de la voluntad queda sustituida por lo que es extraña a tal autonomía, ya que surge la heteronomía de la voluntad, que tiene por consecuencia la resolución del contrato cuando, éste se torna excesivamente gravoso” (Spota, Instituciones de Derecho Civil, 1983, pág. 537). De esta manera, al perturbarse el equilibrio contractual, y frustrarse los acuerdos de las partes, el Estado a través del juez tiene el camino libre para intervenir, sea creando incentivos o haciéndolo directamente.

La intervención del juez directa, por la que adapta el contrato a las nuevas circunstancias económicas, es el modo más común de dirigismo contractual; sin embargo, la amenaza de la resolución contractual, es un incentivo a las partes para renegociar y llegar a un acuerdo, en razón que ellas no permitirán la resolución de un contrato que consideran valioso, por lo que se esforzarán en mantenerlo vigente. Este último remedio tiene, como “la justificación teórica del derecho a la resolución del contrato por excesiva onerosidad, puede encontrarse en la anormalidad del riesgo del contrato, que determina la ruptura del equilibrio o la relación de proporción entre las prestaciones” (Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, 1979, pág. 528). Esto se encuentra en estrecha concordancia con el deber de la buena fe contractual, por la cual las partes al considerar un contrato valioso, deberían proceder salvaguardando mutuamente sus intereses, “[e]n este sentido también se ha dicho que como obligación de salvaguardia, la buena fe implica el deber

de cada parte de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en los cuales no implique un sacrificio apreciable a su cargo” (Cárdenas Mejía, 2008, pág. 706).

En conclusión, la intervención judicial como una forma de dirigismo contractual, se encuentra sustentada en la corriente socializadora del derecho, que busca atenuar el liberalismo jurídico a ultranza, de tal forma que el juez queda dotado de una facultad revisora o resolutoria que por un lado ajustará el contrato equitativamente o en el otro creará el incentivo a las partes para que mutuamente restablezcan el equilibrio contractual, dado que, el Estado tiene el deber de corregir las fallas de mercado, sea a través de regulación, de intervención directa o creando incentivos. La decisión del Estado de qué remedio utilizará, corresponde a su régimen económico, el cual en el caso peruano, el más compatible con la Constitución Política de 1993, es la creación de incentivos.

## **2. Eficiencia en la intervención judicial de los contratos.-**

“Es fuerte, pero no total, el compromiso del derecho común con la eficiencia” (Posner, El análisis económico del derecho, 2013, pág. 418). No se debe perder de vista, que los altos tribunales que ejercen este examen tienen además de un carácter jurisdiccional, uno político (Landa Arroyo, 2006, pág. 5), por lo que no son pocas las veces en que estos tribunales han olvidado los efectos de sus decisiones en la colectividad, y se han centrado en el caso concreto, en el específico derecho violado de una persona o incluso en la portada de los periódicos, olvidando la perspectiva colectiva. En este sentido:

“El profesor Guido Calabresi decía con razón que muchas veces se criticaba la visión muy económica de los problemas legales por haber sustituido el tema de la justicia por el de la eficiencia económica. En ciertos casos, dice el autor citado, esa crítica puede tener algún fundamento. Pero no se puede olvidar que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciarlos puede ser la mayor de las injusticias. Efectivamente, si uno pierde la perspectiva de los efectos económicos y sociales de los casos puede estar desperdiciando recursos y generando resultados tremendamente injustos”. (Bullard González, Derecho y economía, 2010, pág. 65)

Por estas razones, el análisis de eficiencia es idóneo para poder examinar la institución de la excesiva onerosidad; puesto que brinda una visión completa de la ponderación de principios, sin perderse la perspectiva colectiva de la resolución de conflictos. Dado que:

“La eficiencia y la equidad se orientan hacia el bienestar social. [...] Pero como ocurre en este ejemplo, cuando la equidad se separa por completo de las preocupaciones del bienestar, es probable que el resultado de basar el derecho en la equidad sea una disminución del bienestar”. (Posner, El análisis económico del derecho, 2013, págs. 419-420)

Puede determinarse la eficiencia en la restricción de derechos, en este caso a través de la intervención judicial de los contratos que restringe la libertad contractual y la seguridad jurídica. La primera es la valoración de los derechos y libertades que se encuentran enfrentadas conforme al razonamiento de “mercado de derechos” de Guido Calabresi (Chiassoni, 2013, pág. 255); es decir, cada derecho y valor jurídico tienen un “peso” en el ordenamiento jurídico, sea por su reconocimiento constitucional o legal, o por su lugar en un cuerpo legal; en este caso, se analizarán los “pesos” de la libertad contractual y la seguridad jurídica frente a la equidad entendida como la justicia del caso concreto. Y la segunda, siguiendo el enfoque de asignación de derechos de Guido Calabresi, que conlleva a realizar un análisis comparativo de costos y beneficios de intervenir judicialmente los contratos, los riesgos que conlleva, los riesgos que implica y los beneficios que se obtendrán (Chiassoni, 2013, pág. 253). Ambos análisis costo beneficio no son ajenos a la realidad jurídica peruana, por ejemplo, el artículo 75° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República<sup>103</sup> exige su realización.

---

<sup>103</sup> Artículo 75° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República.- Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales. (...).

## 2.1. Modelo de eficiencia aplicable:

El modelo de eficiencia a través del cual se analizará la institución de la excesiva onerosidad sobrevenida, considera tres postulados: el óptimo de Pareto, la eficiencia de Kaldor y Hicks y el teorema de Coase.

El contrato es un acuerdo de voluntades<sup>104</sup> fruto de una negociación, por la cual se asignaron recursos y responsabilidades a través de obligaciones en un momento de incertidumbre (Anzola Gil, 2008, pág. 811), es decir una vez concluida la negociación, aceptada la oferta y celebrado el contrato, las partes se encuentran en un escenario óptimo, donde los recursos y responsabilidades han sido asignados a las partes eficientemente según sus preferencias y sin sobrepasar sus precios de reserva. Este supuesto es el llamado óptimo de Pareto, según el cual “una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto o de la asignación si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación sin empeorar la situación de otra persona” (Cooter & Ulen, 2008, pág. 35). Es decir, en un contrato óptimo las partes se encuentran plenamente satisfechas con la asignación de responsabilidades y prestaciones, y no es posible realizar una reasignación.

Por ejemplo, para que se llegue a celebrar un contrato de arrendamiento, la renta pactada es menor o igual al precio de reserva del arrendatario e igual o mayor que el precio de reserva del arrendador; por otro lado, las responsabilidades de cuidar el bien son menores o iguales a las que está dispuesto a aceptar el arrendatario. Ahora bien, siguiendo con ésta situación hipotética, en el caso que el Estado a través de una ley intervenga en los contratos de arrendamiento y disminuya la renta por debajo del precio de reserva del arrendador o impone mayores deberes de cuidado al arrendatario, se produciría una reasignación de prestaciones o responsabilidades no sólo no deseadas por una o ambas partes, sino también que desmejoran su posición, el arrendador no obtendría el excedente esperado o incluso se encontraría en un escenario deficitario y el arrendatario asumiría una responsabilidad que no está dispuesto a asumir o que supera el beneficio que obtiene de su contrato.

---

<sup>104</sup> Artículo 1351° del Código Civil peruano de 1984- Noción de contrato.-El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

De esta manera se puede resumir que, “[e]l punto de partida es pues una situación subóptima, pues si fuera óptima la mejora no sería posible. Bajo tal circunstancia el cambio de situaciones nos ha hecho ganar algo en eficiencia, es decir, que la nueva situación es más eficiente que la anterior. Este es conocido como el criterio de Pareto” (Bullard González, Derecho y economía, 2010, pág. 269). Sin embargo, queda una interrogante, ¿puede mejorarse la asignación eficiente de recursos mediante el Criterio de Pareto que concluye en el óptimo de Pareto? La respuesta es sí, la Superioridad Paretiana es el escenario donde alguna de las partes ha mejorado su condición sin empeorar otras condiciones (Chiassoni, 2013, pág. 233); siguiendo con el ya desarrollado ejemplo del arrendamiento, se produciría un escenario de Superioridad Paretiana cuando el Estado exonere por un año el impuesto a la renta producto de arrendamientos (6.25% sobre el monto deducido del 20%), el arrendador sobre su ganancia estimada percibirá un excedente no proyectado cuando celebró el contrato.

Ahora bien, avanzando en la construcción de un esquema de eficiencia aplicable, aparece un escenario problemático, ¿qué ocurre si celebrado el contrato, alcanzado el óptimo paretiano, varían las circunstancias y una de las partes reporta pérdidas frente a la otra que mantiene su ganancia o la incrementa? Es el escenario exacto de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana, de la teoría de la imprevisión francesa o de la perturbación de la base del negocio alemán. Al respecto, afinando y superando el modelo de Wilfredo Pareto apareció el modelo de Kaldor y Hicks, por el cual aquellos que mejoraron su posición deben compensar a aquellos que empeoraron su situación, siempre y cuando dicha compensación no empeore su situación. De esta manera, “[e]l concepto de Kaldor-Hicks se llama también, sugerentemente, la superioridad potencial de Pareto. Los ganadores podrían compensar a los perdedores, independientemente de que lo hagan o no en la realidad” (Posner, El análisis económico del derecho, 2013, pág. 40). Este criterio fue aplicado, mucho antes que se conciba académicamente, por el Consejo de Estado francés en el caso de la empresa eléctrica de Burdeos<sup>105</sup>, en su sentencia se ordenó a la comuna de Burdeos que compensara a la compañía por la elevación de

---

<sup>105</sup> Vid. *supra* pág. 75.

los precios del carbón necesario para la generación eléctrica, sin que esto signifique una intervención del contrato.

Hasta este punto, se tiene un escenario ideal, óptimo de Pareto y un segundo escenario intermedio, el criterio de Kaldor-Hicks; sin embargo, ambos no consideran un tercer y último elemento de la ecuación de la contratación, los costos de transacción, que son abordados por Ronald Coase.

El teorema de Coase se divide en dos postulados, que explican cómo discriminar una solución eficiente a través de la autonomía de la voluntad de las partes o a través de la intervención estatal:

“Según la primera, si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegará a la más eficiente. Lo que Coase quería decir es que, cuando vivimos en un mercado donde existen contratos, el sistema contractual nos llevará a la eficiencia. [...] En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una solución eficiente”. (Bullard González, Derecho y economía, 2010, pág. 45)

Es importante mencionar que, el segundo postulado citado, debe entenderse que sólo está justificada la intervención estatal, cuando los costos de transacción sean significativamente mayores a cero, es decir, cuando los costos sean bajos o nulos es la autonomía de la voluntad la que solucionará el conflicto, en cambio, cuando los costos de transacción sean muy altos y las partes no puedan afrontarlos, conviene que el Estado solucione la controversia; porque “[l]os costos de transacción no son nulos nunca” (Posner, El análisis económico del derecho, 2013, pág. 97).

Corresponde mencionar, que los costos de transacción son todos aquellos costos en los que se incurre para contratar, “[e]l punto central en la teoría coasiana es el concepto de “costos de transacción”. La idea es muy sencilla: celebrar un contrato cuesta” (Bullard González, Derecho y economía, 2010, pág. 104). Estos costos son de tres tipos, de búsqueda, de negociación y de ejecución (Cooter & Ulen, 2008, pág. 137). Por ejemplo, son costos de búsqueda, el precio de compra del periódico para revisar los anuncios de ventas o alquileres, el tiempo para revisarlos, el costo de las llamadas a los anunciantes, el tiempo utilizado en cada llamada, el costo de

oportunidad de dejar de hacer ciertas cosas para emplearlo en la búsqueda, informarse sobre las características del bien, entre otros. Son costos de negociación el tiempo y esfuerzo invertido en el regateo, y también el costo de oportunidad que implica. Por último, son costos de ejecución, desde el simple monitoreo sobre el contratista hasta los costos y costas judiciales para procurarse la prestación ante el incumplimiento del deudor. Por ser tan variados y a veces tan significativos los costos de transacción, que han motivado la preocupación de no pocos de minimizarlos o de afrontarlos eficientemente.

El teorema normativo de Coase, que es un ejemplo de minimización de costos, por el cual se debe “[e]structurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados” (Cooter & Ulen, 2008, pág. 145); surge para definir la función estatal en la solución de estas controversias, de esta manera el Estado no necesariamente debe intervenir directamente, como es el caso de intervenir judicialmente el contrato en un caso de excesiva onerosidad sobrevenida, sino también puede crear incentivos a las partes para que lleguen a acuerdos y renegocien el contrato, este incentivo bien puede ser la amenaza de resolución que aparece en los Principios del Unidroit y de Derecho Europeo de los Contratos. Abundando en este último supuesto, la amenaza de resolución fomenta que las partes lo renegocien sin llegar al Poder Judicial si éstas valoran su contrato, si no lo valoran permitirán su resolución.

Ronald Coase estableció tres directivas, que en suma sistematizaban la aplicación de su teorema económico y normativo. La primera directiva establece que en el caso que los costos de transacción son nulos o bajos, el Estado debe limitarse a establecer claramente la titularidad de los derechos de las partes y ellas llegarán a un acuerdo transaccional, frente al cual el Estado debe inhibirse de intervenir. La segunda directiva dicta que si el caso implica medianos costos de transacción pero bajos costos procesales, el Estado debe intervenir a través de los jueces y asignar los derechos teniendo en cuenta cuál sería la asignación que realizarían las partes. Finalmente, la tercera directiva considera que frente a costos de transacción altos y procesales igualmente altos, el Estado deberá legislar a fin de asignar derechos y reducir los costos de transacción y procesales, para que la contienda configure cualquiera de los dos primeros supuestos (Chiassoni, 2013, págs. 73-75). Esto se

debe, a que un proceso judicial eterno sobre una situación compleja no es eficiente, porque el fallo sólo se aplicará al caso concreto, por lo que conviene solucionar dicho caso y los venideros a través de reglas de asignación de derechos obligatorias y claras; por otro lado, tampoco resulta eficiente que el Estado intervenga en asuntos de cuantías muy bajas donde las partes pueden llegar a un arreglo más fácilmente. En conclusión, el modelo de eficiencia de Pareto se alcanza con la celebración del contrato y la satisfacción de los intereses de las partes, pero es insuficiente para determinar una solución eficiente cuando una de las partes ve empeorada su situación; frente a ello surgió el modelo de Kaldor-Hicks que propugna la compensación del ganador al perdedor siempre que su situación no se vea comprometida; sin embargo, no siempre las partes frente a una situación adversa estarán prestos a renegociar o a compensarse, por lo que es necesaria la intervención Estatal, pero esta intervención debe ser eficiente.

En la presente investigación, se ha desarrollado la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, frente a ello, las partes pueden renegociar el contrato y alcanzar un óptimo paretiano, dejándolo sin efecto o suspendiendo su ejecución, o pactando un reajuste del precio con un criterio de Kaldor-Hicks; sin embargo, estos son escenarios cooperativos no litigiosos, donde las partes no son hostiles, en este último caso surge la construcción de eficiencia de Coase como una solución, que por un lado crea el incentivo para la renegociación o la compensación entre las partes con la amenaza de la intervención judicial, o en su defecto la efectiva intervención del Estado.

Toda esta construcción de un parámetro de eficiencia, se encuentra justificado en que “muchas de las doctrinas e instituciones del sistema legal se entienden y se explican mejor como esfuerzos de promoción de la asignación eficiente de los recursos [...] [p]or lo que hace al papel positivo del análisis económico del derecho [...] sobre todo, pero no únicamente, los grandes campos del derecho común de la propiedad [...] ostentan la marca del razonamiento económico” (Posner, El análisis económico del derecho, 2013, págs. 56-57).

## 2.2. Aquello que se puede mantener o lograr:

Básicamente la institución del *rebus sic stantibus* busca proteger a la parte perjudicada de la ruina económica producida por el cambio en las condiciones económicas sobre las cuales se celebró el contrato.

Esta institución jurídica, la de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, se encuentra inspirada en los principios jurídicos de la equidad, la conservación del acto jurídico y la buena fe.

Es una constante en los sistemas jurídicos desarrollados la presencia de la buena fe como un principio rector del derecho de los contratos<sup>106</sup> y un límite al principio *pacta sunt servanda*, en vista de que es contrario a la buena fe que una de las partes exija el cumplimiento de un contrato en condiciones no aceptadas por las partes:

“En la distinción que suele hacerse entre buena fe subjetiva, como creencia en una apariencia de derecho, y buena fe objetiva, como deber de probidad o comportamiento con rectitud y lealtad, es este último concepto el que la doctrina ha rescatado como límite de la autonomía de la voluntad y principio rector de las conductas de los contratantes”. (Benavides Torres, 1990, pág. 172).

Esta buena fe objetiva presente en el ordenamiento jurídico civil peruano de los contratos, previene el comportamiento oportunista de las partes en los contratos; las partes deben comportarse de forma leal. De esta manera:

“Es evidente que no hay buena fe cuando el contrato se ha convertido en excesivamente oneroso para una de las partes, y la otra, aprovechándose de ello, exige el total y fiel cumplimiento del contrato.

Es verdad que contra la buena fe también podría objetarse su generalidad y su subjetivismo. Pero creo que ella es más perceptible al sentimiento humano, a la sensibilidad del juez”. (Ramírez Jiménez, 1987, pág. 228).

Esto último, presenta una interrogante interesantísima, en un escenario de excesiva onerosidad sobrevenida ¿sólo el juez puede restablecer el principio de buena fe vulnerado por el comportamiento oportunista de una de las partes? La respuesta es

---

<sup>106</sup> Artículo 1362° del Código Civil peruano de 1984.- Buena Fe.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

no, una de las funciones de la ley, analizada económicamente, es crear incentivos; la ley puede crear incentivos para que las partes restablezcan la buena fe por sí mismas sin necesidad de acudir al Poder Judicial.

Ahora bien, el principio de equidad junto con la buena fe conforman el binomio inspirador del principio *rebus sic Stantibus*, este es en síntesis la “[m]oderación en la aplicación de la ley, atemperando según criterio de justicia el rigor de la letra” (Ossorio y Florit, 1998, pág. 392).

En este punto, surge una cuestión previa: sí la excesiva onerosidad está inspirada en la equidad, ¿no está inspirada ulteriormente en la justicia? Lo que quitaría todo fundamento a este análisis costo beneficio, puesto que la justicia es el valor supremo del derecho. La respuesta es no, porque la equidad es la llamada “justicia del caso concreto”. El juez o legislador, cuando se encuentran en presencia de un caso determinado, tienen que atender sobre todo a la naturaleza individual para dar una solución proporcional o proporcionada a esa naturaleza” (León Barandiarán, 1991, pág. 88). La justicia como valor es más abstracta, en cambio la equidad se circunscribe exclusivamente a un supuesto concreto.

En este caso, el propio legislador peruano, inspirándose en la equidad, introdujo la institución jurídica de la excesiva onerosidad sobrevenida, a efecto de atemperar el principio *pacta sunt servanda*, y establecer excepciones a la ejecución irrestricta de los contratos al pie de la letra.

Queda una interrogante residual que debería solucionarse: es clara la obligación legal de los jueces de no dejar de impartir justicia por la deficiencia de la ley supliendo las lagunas jurídicas con la aplicación de los principios generales del derecho<sup>107</sup>; sin embargo, ¿el legislador puede nutrirse de la equidad para legislar?

La respuesta es afirmativa y se sustenta en que:

“[L]a equidad es fuente de derecho objetivo, sólo en casos excepcionales [...] es decir, en aquellos casos en que no existiendo normas preestablecidas, se encomienda al juez que se confíe a la equidad, para encontrar el principio a aplicar [...] la equidad, por lo regular, se le confía un cometido diverso; el de templar la rigidez de la norma escrita. En tales

---

<sup>107</sup> Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

casos la equidad no es fuente de derecho: es criterio de aplicación [...] Otra cosa es que, en determinados casos se pueda buscar en la equidad el fundamento de algunos institutos jurídicos; en tal sentido la equidad no es ni criterio de interpretación ni fuente de derecho”. (Messineo, Manual de derecho civil y comercial, 1979, págs. 80-81)

Por último, el principio de conservación del acto, es un principio que establece que “[s]i el autor o partes de un acto jurídico han manifestado su voluntad en orden a producir consecuencias jurídicas, la ley entiende que esa voluntad, en lo posible, debe preservarse” (Court Murasso, 2009, pág. 143).

Este principio se encuentra sustentado, en “que no obstante la potencial imperfección del proceso de formación o de ejecución del contrato, las partes suelen estar interesadas en mantener éste vigente, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo toda una fase negociadora, con la consecuente pérdida de tiempo y dinero” (Serrano Acitores, 2010). En este sentido, muchos ordenamientos jurídicos han preferido la adecuación del contrato por el juez en el caso de excesiva onerosidad sobrevenida frente a la resolución. Este criterio, viene perdiendo fuerza, prueba de ello es que en los Principios Unidroit y Europeos de los Contratos ha desaparecido, prefiriéndose la resolución contractual. Sin embargo, se le tiene en consideración la presente investigación por cuanto se encuentra presente en la redacción del remedio contractual peruano frente a la excesiva onerosidad.

En este sentido, no hay una ganancia en sí, sino una conservación de costos de transacción incurridos, y que en algunos casos pueden ser hundidos: tiempo, dinero y pérdida de chance. Los modos en que se puede traducir el costo del tiempo son innumerables, de esta forma enunciativa y no limitativa se puede tener: el tiempo empleado en responder una oferta, examinar los “avisos económicos” del periódico, el tiempo que significa un proceso de licitación o de subasta, el tiempo que demanda un estudio de títulos, entre otros. Por su parte, el costo dinerario estará representado en buena cuenta, principalmente por los honorarios profesionales y las horas hombre para determinadas actividades, el costo de los avisos en el periódico, el costo de organizar una subasta o una licitación, entre otros. Y la pérdida de chance, estará constituida básicamente por la pérdida de oportunidad de otras ofertas que quizás no hayan resultado excesivamente onerosas, esto último se puede explicar a

través de un ejemplo; se desea dotar de electrificación a una ciudad, y entre los postores están tres empresas de generación eléctrica, una de ellas tiene un sistema de generación térmica, otra tiene una planta eólica y la última tiene una planta nuclear, haber escogido la generación térmica y que esta devenga en excesivamente onerosa por el alza del combustible fósil, constituye una pérdida de oportunidad de haber contratado con la planta eólica, que quizás para el momento de la resolución del contrato ya tendrá comprometida su producción energética.

Cabe señalar que quedan descartadas las instituciones del abuso del derecho y de la solidaridad como fundamento de la excesiva onerosidad; por cuanto respecto a la primera se tiene que “no hay duda de que quien exige el cumplimiento de lo prometido actúa en el ejercicio regular de un derecho [...] pues es propio de la naturaleza y espíritu del derecho la exigencia del cumplimiento obligatorio de las promesas” (Benavides Torres, 1990, pág. 100). En cambio, el abuso del derecho por sí mismo significa un ejercicio extralimitado y desnaturalizador de un derecho en el cual se simula una facultad (Ripert & Boulanger, 1988, pág. 477). Exigir lo prometido a través del principio *pacta sunt servanda*, no constituye un abuso del derecho, en tanto, nadie puede ser obligado a renunciar a la prestación debida.

Y respecto de la solidaridad, cabe mencionar que el contrato tiene un carácter cooperativo no solidario (Anzola Gil, 2008, pág. 811), en tanto existen intereses contrapuestos y una finalidad común, donde cada parte procura su bienestar propio. Por tanto, se está ante un juego cooperativo, cuando las partes intercambian información a efecto de procurarse un beneficio para cada uno y lograr sus objetivos; de esta manera, la negociación de buena fe antes de la celebración de un contrato se desenvuelve como un juego cooperativo de regateo, por ejemplo (Nash, 1950, 155).

### **2.3. Aquello que se puede sacrificar:**

Corresponde ahora desarrollar los bienes jurídicos que son sacrificados con la intervención judicial del contrato por la causal de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación; estos son dos derechos y principios, la libertad contractual, la seguridad jurídica y la propiedad privada, los cuales están

compuestos por derechos humanos de primera generación: la libertad personal (Grettel Artavia Murillo contra Costa Rica, 2012, págs. 86-91), derecho a la propiedad privada (Baruch Ivcher Bronstein contra el Perú, 2001, págs. 52-55) (Cinco pensionistas de la Superintendencia de Banca y Seguros contra el Perú, 2003, págs. 41-51) y seguridad jurídica (Leonidas Baena Ricardo contra Panamá, 2001, pág. 86) (Sebastián Furlán contra Argentina, 2012, págs. 67-72).

La libertad contractual es el derecho que protege la autonomía privada de las personas para determinar el contenido de sus contratos; de tal manera este derecho tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa, la primera como protección frente al dirigismo e intervencionismo estatal en los contratos y la segunda como el deber del Estado de propiciar la libre contratación, proveyendo a las partes un marco jurídico e institucional que permiten su exigibilidad y respeto.

En este sentido, el texto constitucional vigente al consagrar la “santidad del contrato” ha expresado la prohibición absoluta al Estado de ejercer un dirigismo contractual sobre los negocios privados, sea por ejemplo a través del control de precios.

Por otro lado, se tiene la seguridad jurídica, el derecho que les garantiza a todas las personas que el Estado no variará sus situaciones jurídicas de forma arbitraria. Esto no significa de ninguna manera la inalterabilidad de las relaciones jurídicas, sino por el contrario que el Estado no variará de forma arbitraria e inesperada el cambio del marco regulatorio, proveyendo así a las personas una certeza sobre su situación económica.

“¿Cuál debe ser el influjo que una alteración sobrevenida de las circunstancias ha de ejercer sobre la vida del contrato? Es éste un problema del cual las legislaciones y los Códigos Civiles, promulgados todos ellos en el siglo XIX, época de gran estabilidad económica y social, no llegaron a ocuparse contentándose con sentar el principio de obligatoriedad del contrato, el cual, rigurosamente entendido, puede llevar a consecuencias gravemente injustas. Para remediar estas injusticias, voces muy autorizadas claman por la concesión de un amplio poder judicial para la revisión del contrato, lo cual, a su vez sumiría al tráfico jurídico en la más absoluta inseguridad”. (Diez-Picazo & Gullón, 1998, pág. 215).

En conclusión, las personas tienen la expectativa de que el Estado respete aquello que pactaron en el contrato civil conforme a su libertad contractual y se cumpla conforme a la ley vigente, sin que se varíe su contenido o su cumplimiento. Las partes, contratan para tener una certeza sobre el intercambio económico.

Finalmente, la propiedad privada reconocida en los incisos 8 y 16 del artículo 2<sup>o</sup><sup>108</sup> y del artículo 70<sup>o</sup><sup>109</sup> de la Constitución Política del Perú, cautela la inviolabilidad del contrato (Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 1<sup>o</sup> de la Ley N.º 28047, 2005); dado que, los contratos conforman el patrimonio de las personas junto con otros bienes, conforme lo afirma Marcel Planiol al definir al patrimonio como “el conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona apreciables en dinero” (Herrera Villanueva, 2014, pág. 87).

Mención aparte merece, el derecho a accionar libremente a fin de escoger entre la resolución y la revisión contractual; hecho que está limitado definitivamente por el articulado peruano.

En segundo lugar, se debe tener presente que hay costos en revisar un contrato y modificarlo adaptándolo a una nueva realidad, empezando por los gastos de negociación, celebración y ejecución del contrato; además de un desgaste psicológico propio de un escenario de conflicto y el decaimiento de las buenas relaciones que se pueden tener con la contraparte.

A esto se debe añadir, el costo del proceso judicial o arbitral, el cual implica honorarios de abogados, tasas judiciales, honorarios de los peritos, costos arbitrales, costos de la conciliación previa, tiempo invertido en asistir a audiencias o simplemente ir al juzgado a preguntar por el proceso. Y si se condenara a la parte perdedora al pago de costas y costos del proceso a la parte vencedora, la parte ganadora ya incurrió en dichos gastos, hubo un costo de oportunidad y una pérdida

---

<sup>108</sup> Artículo 2<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1993.- Derechos fundamentales de la persona.- Toda persona tiene derecho: (...) 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. (...) 16. A la propiedad y a la herencia. (...).

<sup>109</sup> Artículo 70<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1993.- Inviolabilidad del derecho de propiedad.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

de chance por su parte, porque dicho dinero pudo bien haber sido gastado en otros bienes y servicios.

Mención aparte merece el derecho de acción, entendido como la tutela procesal efectiva, el cual es limitado por el articulado peruano vigente, mientras que la cláusula *rebus sic stantibus* permite en su antecedente italiano que la parte afectada opte por la resolución o el reajuste, la norma peruana sólo permite la acción de reajuste y la resolución será decidida por el juez de oficio. Claramente, el legislador optó por limitar la libertad de acción del damnificado por la excesiva onerosidad sobreviniente, con el razonamiento de que el contrato debe preservarse primordialmente, por tanto la parte afectada sería incapaz de decidir por sí misma si la resolución o el reajuste le favorece a sus intereses.

Por otro lado, debe considerarse que una causa sometida al Poder Judicial peruano genera dos costos de transacción elevados, la impredecibilidad y demora judiciales (Estudio Olaechea, 2011) (Defensoría del Pueblo del Perú, 2003, págs. 89-93). El primero de ellos está vinculado al precitado derecho y principio de la seguridad jurídica. No se conoce con certeza cuál es la postura de los juzgados acerca de ciertos casos, de tal manera que las partes al accionar tienen una gran incertidumbre sobre el futuro de sus pretensiones. Un argumento válido sería, que los casos de excesiva onerosidad por su excepcionalidad, no generarían una gran cantidad de jurisprudencia que dé certeza sobre la resolución de dichos casos; sin embargo, también se debe señalar frente a este argumento, que tampoco existe certeza sobre los criterios jurisdiccionales del juez, por ejemplo si prefiere guiarse por un perito o confía más en su razonamiento frente a un caso complejo, si prefiere asumir un caso atípico y pronunciarse sobre el fondo o desestimarlos por razones procesales. A esto se añaden las creencias religiosas o políticas de cada juez, que en la práctica condicionan su actividad jurisdiccional, “la mejor forma de explicar las decisiones de los jueces es recurriendo a identificar las preferencias políticas que éstos proyectan sobre sus casos” (Posner, *Cómo deciden los jueces*, 2011, págs. 31-32). Todo esto es un costo que asumen las partes, esta incertidumbre se traduce en costos más caros de contratación.

Y el segundo está ligado a la excesiva carga procesal que soportan los juzgados, por ejemplo el estándar anual de carga procesal de un juzgado especializado civil

conforme a la Resolución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial N° 287-2014-CE-PJ es de un mínimo de 520 y un máximo de 680 procesos (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, 2014, pág. 4); sin embargo, el sexto juzgado especializado en lo civil de Arequipa soportó una carga de 814 procesos en diciembre de 2013 (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2014, pág. 23), es decir el precitado juzgado tiene una carga procesal del 119% de su estándar máximo<sup>110</sup>. De esta manera, y conforme la ley de rendimientos decrecientes de David Ricardo<sup>111</sup>, la productividad judicial tiende a decaer por el incremento de la carga judicial que rebasa su máximo estándar.

Esto se traducirá en procesos resueltos de forma poco seria al mejor parecer del juez, que sean rechazados por defectos procesales o no sean resueltos oportunamente. Debe tenerse presente que por su naturaleza, estos procesos requieren una solución rápida, porque en el ínterin del proceso los daños económicos a una de las partes pueden ser irreversible.

Una evidencia de esto, es la baja calificación que obtiene el Perú en los tópicos independencia del Poder Judicial y solución de controversias del Índice de Competitividad Global 2015-2016, en el cual se ocupa los puestos 112° y 130° de un total de 140 países evaluados (World Economic Forum, 2015, pág. 295).

Por último, y en este sentido, se tienen los costos propios de la administración de justicia; si no es barato para las partes iniciar una acción de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, menos lo será para el órgano jurisdiccional.

Por último, se tiene que especialmente el caso de la acción de revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, es un caso atípico para los jueces, es decir su solución no se limita a encajar el marco fáctico en el articulado legal, sino que requiere el concurso de otros elementos de juicio como la comprensión de la dinámica económica entre las partes, los usos del mercado, la

---

<sup>110</sup> Conforme a la revisión en el Sistema Peruano de Información Jurídica al 17 de enero de 2016, ambos documentos se encuentran vigentes y no han sido reemplazados. Por lo que son las últimas versiones

<sup>111</sup> Dentro de la curva de producción, se llega a un punto de equilibrio, por el cual una determinada cantidad de factores producirán una determinada cantidad de bienes; si se incrementa aisladamente un factor sin incrementar los demás, la productividad caerá. Trabajando con el mismo caso de productividad judicial, el sexto juzgado especializado en lo civil de Arequipa alcanzará su meta de producción judicial si su carga procesal se mantiene dentro del estándar, si aumenta su carga procesal caerá su productividad. Esto se deberá a que, el tiempo disponible del juez para analizar cada caso se disminuirá por aumentar su carga, también tendrá más escritos y audiencias que atender. De esta manera es muy probable que si desea alcanzar su meta de productividad, baje la calidad de sus resoluciones o aumente sus horas de trabajo, ambos escenarios son ineficientes.

situación económica vigente al momento en que contrataron las partes, las expectativas de las partes y sus respectivos precios de reserva. Realizar un exhaustivo y correcto análisis de una situación litigiosa por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, tiene costos casi prohibitivos, teniendo en cuenta la limitación presupuestal y de tiempo que tiene el juez para el análisis de los casos a su cargo.

#### **2.4. Resultado y balance del análisis costo beneficio realizado:**

En primer lugar, a través del balance de derechos realizado, se tiene que evidentemente son sacrificadas la libertad contractual, la libertad en el ejercicio del derecho de acción, la seguridad jurídica y el derecho de propiedad, que contienen derechos humanos de primera generación, en favor de lograr la equidad, mantener la buena fe contractual y conservar el contrato, que tienen un tratamiento infraconstitucional. Es evidente que el articulado actual ha optado por restringir derechos con reconocimiento constitucional en favor de otros con un reconocimiento legal. Forzar a la parte afectada a optar por una acción revisora es mucho más vulneratorio que brindarle la opción de escoger entre la resolución y la revisión.

La posibilidad de revisar los contratos no los hace menos exigibles, pero si genera un incentivo al comportamiento oportunista, donde habrá partes que aprovechándose de las limitaciones de recursos y conocimientos de los jueces promoverán procesos de revisión contractual, que muy probablemente serán resueltos al mejor parecer del juez. La equidad también está relativizada en este caso, dado que los jueces no necesariamente a través de su intervención restablecerán el equilibrio contractual, incluso podrían generar un nuevo desequilibrio o agravar el existente (Bullard González, Derecho y economía, 2010, pág. 369). Por último, la conservación del contrato, pierde su sentido si su funcionalidad económica decae, es decir, si se vulnera la libertad contractual de una de las partes, no se restablece oportunamente el equilibrio contractual y se genera en el mercado una sensación de inseguridad jurídica, pierde sentido la conservación de los contratos, más aún cuando su prevalencia justifica la supresión de la libertad

de acción de la parte perjudicada con la excesiva onerosidad. Por todos estos motivos, se puede concluir que la intervención contractual muy probablemente puede generar más daño a bienes jurídicos de relevancia y al mercado; por lo que es preferible optar por un remedio contractual de resolución que es menos lesivo a la libertad contractual y a la seguridad jurídica, y que solamente agravia el criterio de conservación del contrato, que viene perdiendo fuerza en la legislación internacional unificada.

En segundo lugar, los costos que implica la revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación exceden a los de conservación del contrato, principalmente los referidos a su judicialización. Por esta razón se puede afirmar, que no se logra un óptimo de paretiano con la judicialización de los casos litigiosos de excesiva onerosidad. Por esta razón, debe tenerse que el remedio de la resolución contractual es más eficiente en comparación con la revisión contractual. De esta manera, sólo se alcanzaría un modelo de eficiencia óptima de Kaldor – Hicks a través de una renegociación promovida por la amenaza de una sanción judicial como es la resolución contractual.

En este orden de ideas, el proceso de revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación conlleva costos transaccionales y judiciales altos, por lo que en aplicación de la segunda directiva del teorema de Coase debe adoptarse una fórmula legislativa que reduzca dichos costos, a efecto de incentivar la solución entre las partes o facilitar la actuación judicial. La resolución contractual como opción resulta pues perfecta, porque es una sanción que incentiva a las partes a renegociar su contrato siempre que lo valoren o facilita la actividad del juzgador, a liberarlo de elaborar un nuevo esquema contractual al momento de sentenciar. De esta forma se cumple el teorema normativo de Coase, por el cual la norma debe incentivar la solución transaccional de las partes.

### 3. Eficacia en la intervención judicial de los contratos.-

Eficiencia y eficacia, son dos caras de una misma moneda; de nada sirve una ley “perfecta” si no alcanza sus objetivos sin desperdiciar recursos de la sociedad. En el anterior numeral se desarrolló el modelo de eficiencia aplicable en la presente investigación; por lo que, corresponde realizar ahora el análisis de la eficacia de la actual norma.

El derecho a un recurso eficaz es un derecho humano fundamental de primera generación reconocido unánimemente por el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>112</sup> y por el inciso 1) del artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como el Pacto de San José de Costa Rica<sup>113</sup>. Por lo que una norma que no cumpla con su función de eficacia, vacía completamente el contenido de derecho a la acción que se encuentra contenido en la institución de la excesiva onerosidad.

Por estas razones, corresponde desarrollarse un modelo de eficacia aplicable para analizar la institución de la excesiva onerosidad de la prestación a través de un estudio de incentivos y desincentivos tanto para los jueces como para las partes para recurrir a esta institución, y comparar esto con lo que realmente sucede en los tribunales peruanos, para lo cual se analizó a través del *case method* (Garvin, 2003) la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú de los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.

#### 3.1. Modelo de eficacia aplicable:

Definir la eficacia de una norma, es mucho más sencillo que la eficiencia de la misma, mientras que esta última está llena de matices la primera se condensa en una pregunta sencilla: ¿cumple la norma con su finalidad? Su importancia, está

---

<sup>112</sup> Artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

<sup>113</sup> Artículo 25° del Pacto de San José de Costa Rica.- Protección Judicial.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (...).

sustentada en que “[l]a validez de un ordenamiento jurídico como sistema cerrado de normas de derecho depende de su eficacia. Esto significa que depende de que la realidad a la que el ordenamiento va referido se adecue a él” (Kelsen, 2011, pág. 89). Es decir, no sólo es importante una norma coherente con el ordenamiento jurídico y eficiente, sino también que debe de cumplirse, he aquí la presente interrogante: determinar la eficacia normativa.

Debe primero diferenciarse la eficacia como “[c]apacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (Real Academia de la Lengua Española, 2015) y que “una norma sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del derecho” (Rubio Correa, La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2005, pág. 9). En este sentido puede definirse entonces a la eficacia de la norma, sobre la cual se desarrolla la presente investigación:

“Consiste en el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden. [...] La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico sólo es válido cuando es eficaz [...]”. (Ossorio y Florit, 1998, pág. 357)

De esta manera, la finalidad de la cláusula *rebus sic stantibus* es la de proteger al deudor del empobrecimiento y la ruina económica por el cumplimiento de una prestación que devino en excesivamente onerosa. El medio es el restablecimiento del equilibrio contractual, el método lo estableció la propia ley, pero la finalidad es la protección del patrimonio del deudor.

Sin embargo, la interrogante surge, ¿si la norma no es eficaz? ¿Qué ocurre si la norma como está redactada no cumple con su finalidad? Entonces se tendría un dispositivo legal vacío, sin contenido, y por lo tanto vulneratorio de un derecho humano. A este efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido qué se debe entender por un recurso eficaz:

“Un recurso judicial efectivo es aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, debe ser un recurso capaz de conducir

a un análisis por parte de un tribunal competente”. (Castañeda Gutman contra México, 2008, pág. 35)

Y por otro lado, la misma Corte Interamericana de Derecho Humanos ha establecido cuando un recurso es ineficaz:

“[N]o basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuesta. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica”. (Cinco pensionistas de la Superintendencia de Banca y Seguros contra el Perú, 2003, pág. 58).

Por todas estas razones, se analizará en lo sucesivo aquellos incentivos que tienen las partes y los jueces para ejercitar el derecho que les confiere el artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, qué desincentivos tienen para ejercitarlo y revisar la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema para determinar si en la práctica se están analizando los casos de excesiva onerosidad en sede judicial o se están liquidando dichos procesos por cuestiones meramente formales sin una revisión de fondo.

### **3.2. Incentivos a la intervención judicial de los contratos:**

El primero de todos los incentivos, es el mandato constitucional de otorgar tutela jurisdiccional efectiva a todas las personas, el cual está contenido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú vigente de 1993<sup>114</sup>, que se encuentra replicada en el artículo 7° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano, Decreto Supremo N° 017-93-JUS<sup>115</sup> y en el artículo I

<sup>114</sup> Artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional.- Principios de la administración de justicia.- (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...).

<sup>115</sup> Artículo 7° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Tutela jurisdiccional y debido proceso.- En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber

del Título Preliminar del Código Procesal Civil<sup>116</sup>. En este sentido el Tribunal Constitucional peruano precisó en su Sentencia recaída en el expediente N° 763-2005-PA/TC que:

“[L]a tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio”. (La Carreta S.A. contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2005)

De esta manera, por el sólo hecho de ser el titular de la acción la parte afectada con la excesiva onerosidad tiene un incentivo para accionar, de igual manera el juez por el sólo hecho de estar obligado a administrar justicia, tiene un incentivo para avocarse al conocimiento de esta causa, este razonamiento es propio de la teoría legalista del comportamiento judicial (Posner, *Cómo deciden los jueces*, 2011, págs. 32-70). Sin embargo, este incentivo es insuficiente, porque existen otros incentivos que motivan que estos casos sean judicializados.

El segundo está determinado por el juego de roles presente en el contrato cuyo equilibrio económico fue perturbado; en este juego no cooperativo, la parte beneficiada con la excesiva onerosidad en principio no tiene incentivos para renegociar el contrato, de esta manera opta por un comportamiento intransigente frente al pedido de renegociación de la parte afectada, lo cual incentiva que ésta recurra al órgano jurisdiccional para solucionar su controversia, dado que, no ve una opción de solución en el trato directo. De esta manera, el juez se encuentra atrapado en el conflicto de una parte intransigente y otra desesperada de prevenir su ruina económica, viéndose obligado a asumir un proceso atípico.

Otro incentivo, propio del juez está constituido por sus convicciones políticas y morales, que integran su pensamiento, forman su actitud y definen su modo de aplicar la ley y enfocar el caso concreto. En este sentido se pueden citar cuatro

---

del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito.

<sup>116</sup> Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

teorías del comportamiento judicial: la teoría actitudinal, la teoría psicológica, la teoría sociológica y la teoría fenomenológica. Donde en la primera las decisiones del juez tienen una carga política considerable, y en la segunda las decisiones del juez se ven contaminadas por sus emociones, sus filiaciones, y su escala de valores. La tercera significa que el juez realizará un “cálculo estratégico” del efecto de la decisión sobre las emociones de la colectividad y la fricción de grupos sociales enfrentados y la cuarta simplemente expone las convicciones del juez de defender su postura personal basada en una moral razonada, sin tener en cuenta otros factores adicionales. (Posner, *Cómo deciden los jueces*, 2011, págs. 32-70). En este sentido, y conforme a estas teorías, el juez aparecería en el escenario para solucionar casos de “injusticia” y “abuso” cuando éste tenga una vocación redistribucionista o socializador.

### **3.3. Desincentivos a la intervención judicial de los contratos:**

Ahora bien, la otra cara de la moneda, los desincentivos tanto para las partes y para el juez, tienen diversos orígenes; el principal de ellos, es quizás el más conocido popularmente: la poca confianza en el Poder Judicial. La antepenúltima institución en la clasificación de instituciones peruanas por confianza ciudadana es el Poder Judicial, el 79% de la muestra de la encuesta desconfía de su labor (IPSOS Apoyo, 2015). Los contratantes, desconfían por diversas razones del Poder Judicial, lo cual es un desincentivo para el ejercicio de la acción revisora.

Un segundo factor desincentivador para las partes, es el consumo de recursos que significa un proceso judicial, entre los más valiosos se encuentra el tiempo, constituido por la demora judicial provocada en buena parte por la excesiva carga que soportan los juzgados en el Perú; la parte afectada es consciente que el fallo sobre el fondo no es inmediato, que la posibilidad de una medida cautelar es incierta y la posibilidad que el perjuicio económico por la demora judicial se vuelva irreparable. O en el peor de los casos, de obtener una sentencia favorable, esta sea insuficiente o inejecutable porque durante el transcurso del proceso judicial, las circunstancias volvieron a cambiar. Por lo que, sacrificar valiosos recursos para un resultado incierto hace poco atractiva la posibilidad de judicializar la controversia.

De este segundo factor, se desprende un subtipo que conviene tratar en un párrafo singular. Las soluciones que adopta el juzgado no son definitivas, puesto que el mercado es cambiante el remedio contractual también deberá ser reajustado al cabo de un periodo, esto hace todavía más incierto el proceso.

Ahora bien, el párrafo anterior lleva a un siguiente problema y desincentivo, el proceso de revisión contractual por excesiva onerosidad de la prestación sobrevinida, es un proceso atípico que representa un reto especialmente difícil para el juez:

“Hemos exigido del juez prudencia y equilibrio en la aplicación de la institución. Sin embargo, sabemos que el juez tendrá siempre que resolver una trascendental interrogante: ¿cuándo, en definitiva, es que se torna excesivamente onerosa una prestación? La respuesta no es fácil. Las fórmulas matemáticas, las recetas exactas y las consideraciones en abstracto sirven aquí de poco. Tampoco las proporciones o porcentajes que se suele utilizar para la lesión contractual son de ayuda. La pregunta se resuelve siempre en una cuestión de hecho en cuya absolución intervienen las circunstancias concretas del caso, la naturaleza y el contenido del contrato, la finalidad perseguida por las partes, los riesgos asumidos”.

(Benavides Torres, 1990, pág. 337)

El juez, en suma, debe realizar un ejercicio econométrico para establecer las condiciones económicas iniciales en las cuales nació el contrato y realizar una proyección para “mantener” el equilibrio contractual a lo largo del tiempo; y debe realizar un ejercicio psicológico para poder comprender las intenciones de las partes, sus precios de reserva, sus ganancias estimadas, los riesgos a los cuales estaban dispuestos a asumir y las pérdidas que tolerarían. Es decir, el juez debe conducirse con “prudencia y equilibrio” sobre materias que en buena parte no es un especialista. Debe tenerse presente que pese a que sean convocados al proceso peritos, sus informes no suplirán el criterio del juez al momento de resolverse el caso, dado que, en buena cuenta el juez al final aplicará su razonamiento propio y moldeará las opiniones periciales según su “buen arbitrio”. En este sentido existe reiterada jurisprudencia casatoria que establece que el juez en su calidad de “perito de peritos” puede apartarse del dictamen pericial contenida en las casaciones 3641-

2009-Piura (Carmen Silva Silva contra el Banco de Trabajo, 2010, pág. 6) y 29-2012-Cajamarca (Alberto Orihuela Ortiz contra Forza Seguridad Privada, 2012, pág. 6). Esto último, aunado a las teorías actitudinales y psicológicas del comportamiento judicial desarrolladas en el numeral anterior, acentúan la incertidumbre de las partes frente al juzgador.

Por último, y del anterior caso se deriva, el juez tiene un gran desincentivo de conocer estos casos atípicos de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, porque sencillamente no le pagarán más que por resolver casos típicos y sencillos, donde a un determinado hecho se le aplica una determinada consecuencia jurídica sin mayor actividad jurisdiccional. De esta manera, un juez buscará evitar pronunciarse sobre el fondo de un determinado caso complejo atípico, utilizando muchas veces excusas procesales, puesto que, muchas veces sin querer, realizó un análisis económico de costo beneficio:

“Un paso importante en la ampliación del análisis tradicional de la elección individual racional es incorporar a la teoría una clase mucho más rica de actitudes, preferencias y cálculos. [...] En la teoría del capital humano, la gente evalúa racionalmente los beneficios y costos de las actividades [...]. Mi trabajo puede haber asumido a veces demasiada racionalidad, pero creo que ha sido un antídoto a la extensa investigación que no cree racionales a las personas”. (Becker, 1993)

En este sentido aparecen tres teorías de comportamiento judicial: la económica, la pragmática y la estratégica. La primera “considera al juez como un maximizador de utilidad, que es autointeresado y racional”; la segunda “se refiere a que la decisión judicial ha de estar fundamentada en los efectos que la decisión probablemente tendrá, y no en la dicción textual de una ley o de un precedente”; y la tercera consiste en que el juez decide los procesos considerando el efecto que producirá en las partes, la opinión del otros jueces y del público en general, por lo que tenderá a inhibirse en casos complejos (Posner, *Cómo deciden los jueces*, 2011, págs. 32-70).

### 3.4. Análisis de la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú de los años 2010 al 2014:

Se analizarán las sentencias casatorias de la Corte Suprema de Justicia del Perú publicadas en el diario oficial El Peruano entre los años 2010 y 2014, con el objeto de determinar si los jueces supremos han emitido un pronunciamiento sobre el fondo económico de las causas que han sido sometidas a su conocimiento, el desequilibrio generado y su corrección. Dicho pronunciamiento debe entenderse, no como el mero enunciado de hechos y documentos, sino como un ejercicio mental en el que se sopesan los criterios económicos necesarios para realizar dicho análisis teniendo presente la voluntad de las partes, el riesgo asumido por ellas y la real situación del mercado.

Para este análisis, se aplicó el *case method* desarrollado por el juez Langdell en la *Harvard Law School* (Garvin, 2003). Este análisis comprende un recuento breve de los hechos (*facts*), determinar el problema del caso (*issue*), identificar la norma que se empleó en la resolución del caso (*holding*), las consideraciones propias del tribunal (*rationale*), la exposición breve del sentido del fallo (*decisión*) y el comentario crítico del autor.

#### 3.4.1. Casación N° 1258-2009-Arequipa:

*Facts:*

La sentencia de Casación N° 1258-2009-Arequipa expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el 18 de diciembre de 2009 y publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de junio de 2010, recayó sobre un proceso de resolución de contrato compraventa por la causal de incumplimiento del pago de las armadas pactadas<sup>117</sup> seguido por Nicolás

---

<sup>117</sup> Artículo 1428° del Código Civil peruano de 1984.- Resolución por incumplimiento.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Carranza Toledo en representación de Yrene del Castillo Echegaray en contra de Rufino Machaca Melgar, quien a su vez reconvino la resolución del mismo contrato por la causal de excesiva onerosidad de la prestación.

En el presente caso la demandante celebró un contrato de opción de compraventa<sup>118</sup>, que fue recalificado judicialmente<sup>119</sup> como uno de compraventa<sup>120</sup> sobre un bien inmueble; en dicho contrato se pactó un precio de US\$ 26,000.00 de los cuales fueron pagados US\$ 5,000.00 a la firma del contrato, quedando un saldo de US\$ 21,000.00, del cual el demandado sólo canceló US\$ 7,000.00 más; es decir quedó un monto impago de US\$ 14,000.00 del precio de venta.

*Issue:*

Ahora bien, conviene analizar las pretensiones en la reconvención del demandado de la resolución del contrato por excesiva onerosidad, en ella expone el demandado:

“[R]econviene, solicitando que se declare extinguida la obligación primitiva derivada del contrato de compraventa denominado opción de compraventa del primero de junio del año mil novecientos noventa y ocho y su ampliatoria del doce de febrero del año dos mil, que la demandante proceda a otorgar Escritura Pública correspondiente, que contenga la transferencia de la propiedad, y que se declare la resolución del contrato de compraventa por excesiva onerosidad de la prestación a su cargo, al resultar el precio fijado para la propiedad casi el doble de lo que costaría en situaciones normales”. (Yrene del Castillo Echegaray contra Rufino Machaca Melgar, 2009)

Es decir, el demandado reconvino para que el juez declare que había cumplido con sus obligaciones contractuales, lo que llevaría a la obligación de la

---

<sup>118</sup> Artículo 1419° del Código Civil peruano de 1984.- Contrato de opción.- Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

<sup>119</sup> En otro proceso judicial sobre desalojo el cual no reviste relevancia para la presente investigación. Esta recalificación, fue tomada en cuenta tanto por la Sala Civil Superior y la Sala Suprema Civil.

<sup>120</sup> Artículo 1529° del Código Civil peruano de 1984.- Definición de compraventa.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

demandante de otorgar la escritura pública de la compraventa y finalmente se resuelva dicho contrato elevado a escritura pública por resultar excesivamente oneroso.

#### *Holding*

Las normas empleadas por la Sala Civil Suprema consistieron en garantías y normas procesales<sup>121</sup>, que no reviste relevancia para la presente investigación.

#### *Rationale*

La Sala Civil Suprema consideró que no se valoró adecuadamente las pruebas, ni existe pronunciamiento por parte de la Sala Civil Superior sobre la cancelación de más del cincuenta por ciento del total del precio de la compraventa, por lo que deberá precisar si se imputa o no al pago del precio de la compraventa.

#### *Decision*

La Sala Civil Suprema declaró fundado el recurso de casación por la causal de indebida motivación de la sentencia de vista y por una inadecuada valoración de los medios probatorios; declarándola nula, ordenaron un nuevo pronunciamiento.

#### *Comentario crítico:*

En primer lugar, el tránsito procesal es excesivo y hasta redundante, puesto que, el propio demandado alegó que el contrato de opción de compraventa elevado a escritura pública era en realidad un contrato de compraventa, lo cual fue aceptado por el juez; de tal manera que en el presente caso, era suficiente plantear la acción de revisión del contrato por excesiva onerosidad de la prestación, en vista que el contrato ya se encontraba celebrado<sup>122</sup> y no necesitaba la celebración de una escritura pública adicional.

---

<sup>121</sup> Incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993 referidos a las garantías constitucionales en administración de justicia del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales. El artículo 122° del Código Procesal Civil peruano de 1993 referido al contenido obligatorio de las resoluciones judiciales. El artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano, Decreto Supremo N° 017-93-JUS, está referido al deber de los jueces de motivar sus decisiones contenidas en resoluciones. Y al artículo 197° del Código Procesal Civil peruano de 1993 que establece la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

<sup>122</sup> Artículo 1373° del Código Civil peruano de 1984. - Perfeccionamiento del contrato. - El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Es importante precisar, conforme a la intención de los redactores del Código Civil peruano vigente de 1984 (Arias Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, 2011, pág. 223), que actualmente la redacción de la norma reconoce únicamente el derecho de la parte afectada de demandar la revisión del contrato y la resolución del mismo será optado por el libre arbitrio del juez si la variación de las prestaciones no fuera posible. Por esta razón la pretensión del demandante resulta improcedente, puesto que sólo podía demandar el reajuste contractual y de ninguna forma demandar la resolución del contrato, que está sujeta exclusiva y excluyentemente al libre arbitrio del juez.

En segundo lugar, conviene analizar el fundamento de esta pretensión resolutoria; el demandado sostiene que el precio fijado por la demandante vendedora es casi el doble que el que le correspondería al bien inmueble en “situaciones normales”. Sin embargo, este fundamento no es compatible con los supuestos de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida; dado que, en el presente caso lo que considera el demandado “excesiva onerosidad” aparece al momento de la celebración del contrato y proviene del precio fijado por las partes, mientras que la teoría de la excesiva onerosidad que proviene de un acontecimiento extraordinario, fuera del control de las partes, ajeno al riesgo de su actividad económica y no previsto ni imprevisible.

Por otro lado, llama la atención que tanto el juez de primera instancia como la Sala Superior declararan infundada esta pretensión, cuando corresponde su declaración de improcedencia; dado que, como ha sido señalado, el demandado reconvino mal la resolución del contrato por una causal inexistente y que fue descartada por los redactores del Código Civil peruano vigente de 1984.

Finalmente, queda señalar que la Sala Civil Suprema no se pronunció sobre el fondo de la excesiva onerosidad por no ser materia del recurso de casación del demandado reconviniendo.

### 3.4.2. Casación N° 4245-2011-Lima:

#### *Facts:*

La sentencia de casación N° 4245-2011-Lima expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República el 31 de mayo de 2012 y publicada en el diario oficial El Peruano el 1 de julio de 2013, recaída en el proceso de excesiva onerosidad seguido por la Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército en contra del Organismo Especial del Fondo de Vivienda Militar del Ejército – Ores Fovime.

A través del Ores Fovime, el Estado vende al personal militar viviendas construidas mediante programas de interés social, es decir con un precio por debajo del mercado y sin ánimo de lucro. La asociación reclamó judicialmente la reducción de los precios de compraventa en representación de sus asociados que adquirieron viviendas antes del 2003.

#### *Issue:*

En este caso, la asociación demandó la reducción del precio de compraventa de US\$ 90,000.00 a US\$ 50,000.00 alegando que el precio de venta estaba sobrevalorado de forma injustificada, el programa de vivienda no tenía un fin lucrativo, los sueldos de los adjudicatarios eran ínfimos y estaban congelados, los elevados intereses que cobraba la demandada elevaba el precio en la práctica a US\$ 142,000.00 y:

“[E]l acontecimiento extraordinario e imprevisto generado por la recesión económica que atraviesa el país ha motivado que la prestación del pago mensual por los compradores ha llegado a ser excesivamente onerosa, haciéndose necesario una reducción de la contraprestación, considerando que las remuneraciones mensuales de los adjudicatarios son ínfimas”. (Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército en contra del Organismo Especial del Fondo de Vivienda Militar del Ejército – Ores Fovime, 2012)

*Holding:*

La sentencia casatoria se pronuncia tanto en el fondo como en la forma. La formalidad procesal se debe considerar que no reviste importancia en la presente investigación<sup>123</sup>. En cambio, el pronunciamiento de fondo se desdobló en dos, uno referido al plazo para demandar la revisión judicial por excesiva onerosidad desde su acontecimiento<sup>124</sup> <sup>125</sup> y el propio contenido de dicha institución jurídica<sup>126</sup>.

 *Rationale:*

La Sala Suprema Civil consideró que los eventos denunciados eran coetáneos a la celebración de los contratos, lo que desaparecía el elemento de imprevisión en el presente caso. Asimismo, hizo la precisión de la excepcionalidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, desterrando la posibilidad de la *revisabilidad* [sic.] continua de los contratos.

 *Decision:*

La Sala Civil Suprema declaró infundado el recurso de casación y confirmó la sentencia de la Sala Superior Civil que declaró nulo todo lo actuado y declaró improcedente la demanda.

 *Comentario crítico:*

Los primeros fundamentos enunciados no se encuentran subsumidos en la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida; puesto que, todas se refieren a elementos del contrato determinados al momento de la celebración del mismo, como son la determinación del precio, la remuneración del

---

<sup>123</sup> El artículo 397° del Código Procesal Civil peruano de 1993 que faculta a la Sala Suprema a rectificar la motivación de la sentencia, siempre que la parte resolutive sea correcta. Y los principios de economía y celeridad procesal contenidos en el artículo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

<sup>124</sup> Artículo 1445° del Código Civil peruano de 1984.- Caducidad de la acción.- 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.

<sup>125</sup> Artículo 1446° del Código Civil peruano de 1984.- Plazo de caducidad.- 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.

<sup>126</sup> Artículo 1440° del Código Civil peruano de 1984.- Definición.- 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.

comprador, el cobro de intereses y la correspondencia del valor entre el objeto y su precio. De esta manera, estos elementos no son sobrevenidos a la ejecución del contrato, y fueron conocidos y aceptados por las partes a la celebración del mismo por lo que tampoco son imprevistos ni imprevisibles, este razonamiento es compartido por la Sala Civil Permanente en la presente casación; con un único error, la Sala Suprema admite que la excesiva onerosidad se produzca al momento de celebración contractual cuando la teoría de la imprevisión sostiene que debe producirse la excesiva onerosidad necesariamente en la fase de ejecución del contrato.

Ahora bien, respecto a la “recesión que atraviesa el país” alegada por la demandante, debe primero considerarse que recesión es:

“En economía se entiende por recesión el periodo en el que se produce una caída de la actividad económica de un país o región, medida a través de la bajada del Producto Bruto Interno real, durante un periodo prolongado de tiempo. En la teoría de los ciclos económicos corresponde a la fase descendente del ciclo. Se suele caracterizar por una reducción de casi todas las variables económicas como la inversión, el consumo, la educación y el empleo”. (Banco Central de Reserva del Perú, 2011, pág. 164)

En este sentido, teniendo en cuenta que los contratos materia del presente proceso fueron celebrados entre 1999 y 2001 y si se revisan los Marcos Macroeconómicos Multianuales aprobados por el Consejo de Ministros del Poder Ejecutivo entre los años 2000 y 2002, se tiene que hubo una crisis con efecto recesivo en el producto bruto interno en 1998, al cual le siguió un entorno de recuperación muy favorable con tasas del producto bruto interno peruano promedio estimadas del 0.3% en 1998 y 3.8% en 1999 ajustados al -0.4% en 1998 y 1.4% en 1999 (Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 2000, pág. 12) (Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 2000, pág. 17), del 3.6% ajustado al 3.1% en el 2000 y 0.9% en el 2001 (Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 2001, pág. 9) (Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 2001, pág. 5) y 0.9% en el 2001 (Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 2002, pág. 16).

Merece una especial consideración, un aspecto adicional en los hechos presentados por las partes:

“[D]ebido a la situación imprevisible y extraordinaria de la recesión económica que atraviesa el país, el precio de las viviendas en el mercado inmobiliario ha caído a la tercera parte a su valor real, por lo que se pretende cobrar montos excesivos que no corresponden al valor de mercado que en estos momentos tienen, representando un enorme sobreprecio que perjudica patrimonialmente a los demandantes y que hace imposible el pago de la contraprestación”. (Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército en contra del Organismo Especial del Fondo de Vivienda Militar del Ejército – Ores Fovime, 2012)

Es cierto que inicia un proceso de desvaloración inmobiliaria en enero de 1999 y toca su punto más bajo en enero de 2006 (Banco Central de Reserva del Perú, 2010, pág. 5); sin embargo, este hecho no es imprevisible porque como ya se mencionó, existió un proceso de recesión económica en 1998, antes de que se suscribieran los contratos de compraventa. Por otro lado, existe también un error conceptual en el párrafo copiado, la excesiva onerosidad vuelve dificultoso y demasiado caro el cumplimiento de la prestación a la cual la parte se obligó, y no deviene en imposible; la imposibilidad de la prestación es completamente ajena a la institución de la excesiva onerosidad sobrevenida.

Sin embargo, se declaró fundada en primera instancia la demanda y se reajustó el precio a US\$ 61,667.56, puesto que el juez determinó que:

“Del Informe de Investigación N° 005 IGE/K1/20.04 se ha establecido que en dicho proyecto de vivienda existe una sobrevaloración de costos de inversión ascendente a S/. 3´802,88.00 Nuevos Soles [...] se concluye que el valor del cada inmueble asciende a US\$ 61,667.56 Dólares Americanos, acreditándose la sobrevaloración en cuanto al precio de venta, lo cual constituye un hecho extraordinario e imprevisible, pues se desconocía de las

irregularidades cometidas por los representantes de la emplazada en cuanto al manejo de recursos y valor signados a cada unidad inmobiliaria”. (Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército en contra del Organismo Especial del Fondo de Vivienda Militar del Ejército – Ores Fovime, 2012)

Estos hechos no configuran el supuesto fáctico determinado por la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación; dado que, en primer lugar la sobrevaloración es un hecho perfectamente imputable al actuar de una de las partes. En segundo lugar, los actos de mala fe y dolosos de una de las partes contra la otra en un contrato no son hechos imprevisibles o propios de la teoría de la imprevisión, por el contrario, tienen un tratamiento propio ajeno a la cláusula *rebus sic stantibus*.

La sala civil superior que revisó la sentencia de primera instancia, resolvió declarar nulo todo lo actuado e improcedente la demanda de excesiva onerosidad conforme al razonamiento que el plazo de tres meses para accionar ya habría caducado, computándolo desde la suscripción de los contratos. Este razonamiento sería lógico, sólo en el caso que se haya considerado incorrectamente que la excesiva onerosidad ocurrió en la celebración del contrato, lo cual está descartado por la teoría de la imprevisión<sup>127</sup>.

Sin embargo, en el presente caso y conforme ha sido explicado el escenario de recesión económica es anterior a la fecha de celebración de los contratos, y al momento de celebrarse existía un marco de recuperación económica en el Perú. Todo esto elimina los elementos de imprevisión e imprevisibilidad en el presente caso; dado que, las partes eran conscientes que el Perú atravesaba por una recesión en el año 1998, y por ende era previsible para un ciudadano medio un estancamiento en los salarios y encarecimiento de los productos, por lo que estaban en la posibilidad de prever un escenario económico adverso.

---

<sup>127</sup> Artículo 1446°. - Plazo de caducidad- 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.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se pronunció descartando la imprevisión sobrevenida alegada por la demandante por la falta de un nexo de causalidad entre los eventos causantes y la excesiva onerosidad producida:

“Undécimo.- Si bien nos encontramos frente a contratos conmutativos de ejecución diferida, y aun cuando la recesión como fenómeno macroeconómico implica la disminución generalizada de la actividad económica de un país que se traduce en el decrecimiento de su producción, del Producto Bruto Interno, entre otros factores, y que en teoría puede considerarse como una situación no prevista y posterior al perfeccionamiento del contrato; en el caso de autos bajo los alcances en que ha sido sustentada, tales como el congelamiento de las remuneraciones de los obligados, la caída de los precios de los inmuebles en relación al precio de transferencia pactado, no existe nexo de causalidad entre el acontecimiento denunciado como imprevisible y la excesiva onerosidad a la que aluden, ya que los mismos se encuentran vinculados a hechos que a la fecha de la suscripción del contrato eran de conocimiento de los adjudicatarios, tales como el precio de las cuotas mensuales, el valor del inmueble y el monto de las remuneraciones que percibían, máxime que no ha sido debatido en el proceso la existencia de variación alguna en las condiciones o cláusulas contractuales contenidas en los contratos de compra venta al no haber sido parte del *petitum* de la demanda. En ese sentido al incumplirse la condición de causalidad entre el evento denunciado como imprevisible y la excesiva onerosidad que se invoca, la demanda de autos deviene en improcedente”. (Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército en contra del Organismo Especial del Fondo de Vivienda Militar del Ejército – Ores Fovime, 2012)

La conclusión es correcta de la Corte Suprema, pero su razonamiento no; la desvalorización de un bien inmueble bien puede ser la causal de la excesiva onerosidad, pero su previsibilidad y previsión son los hechos que materializan la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida.

Este fallo, adolece de serias deficiencias conceptuales, no sólo en términos jurídicos sino también económicos; llama la atención que no se haya utilizado documentos económicos para validar o contrastar lo alegado por las partes.

### 3.4.3. Casación N° 712-2014-Lima:

#### *Facts:*

La sentencia de casación N° 712-2014-Lima expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República el 16 de junio de 2014 y publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de setiembre de 2014, recaída en el proceso de excesiva onerosidad seguido por Anypsa Perú S.A. en contra de Sprind S.A.C. .

#### *Issue:*

Este caso se trata de un contrato de compraventa de anhídrido maleico<sup>128</sup>, donde la demandante alegó que la demora en la entrega del producto, la reducción del precio internacional del petróleo y la crisis económica del año 2008 eran fundamentos suficientes para establecer la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación.

La primera y segunda instancia judicial declararon infundada la demanda de excesiva onerosidad bajo los argumentos que la variación de los precios del petróleo como *commoditie* era usual y previsible lo cual eliminaba los lo extraordinario, imprevisible e imprevisto, y que son propios de su actividad económica dentro de la industria de la pintura.

En este sentido, la demandante denunció la siguiente infracción normativa:

“b. Infracción normativa del artículo 1440 del Código Civil, que regula la acción por excesiva onerosidad de la prestación. El recurrente menciona que no se ha tenido en cuenta que su pretensión parte de dos hechos objetivos: la caída del precio internacional producto de la crisis y la demora en el despacho del anhídrido maleico, hechos que no han sido objeto de discusión y que el juzgado considera como algo incidental que no tenía por qué incidir en el

---

<sup>128</sup> El anhídrido maleico es un compuesto intermedio petroquímico usado en la producción de pintura.

valor de los productos si se tomaban las previsiones del caso. También se ha mencionado que la demora en el despacho no forma parte de los requisitos de la figura de la excesiva onerosidad en la prestación; sin embargo, constituye un agravante de las circunstancias descritas como fueron los efectos de la crisis internacional”. (Anypsa Perú S.A. en contra de Sprind S.A.C., 2014)

*Holding:*

A pesar que se denunció la violación del artículo 1440° del Código Civil peruano de 1984 referido a la excesiva onerosidad de la prestación, se rechazó el recurso conforme al inciso 3 del artículo 388° del Código Procesal Civil peruano de 1993, en razón que no se demostró que la infracción normativa denunciada no incide en el fondo del caso.

*Rationale:*

Se rechazó el recurso de casación, puesto que el recurrente no demostró la incidencia de la infracción normativa en el fondo del proceso.

*Decision:*

Declararon improcedente el recurso de casación, por lo que la sentencia de vista emitida mantenía su vigencia, la cual declaró infundada la demanda revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad.

*Comentario crítico:*

La Corte Suprema esgrimió un argumento sumamente interesante, que no sólo respondió a la denuncia hecha por la demandante, sino también el oportunismo de las partes que supuestamente sufren las consecuencias de la excesiva onerosidad:

“Al respecto es necesario indicar que se evidencia que las relaciones comerciales se mueven en función a indicadores macroeconómicos, los que por su propia naturaleza son variables y nunca estáticos. Es evidente que quien se dedica a actividades económicas y comerciales constantes queda sujeto a los efectos (positivos o negativos) de dichas fluctuaciones. Por lo que, pretender judicialmente la reducción de una contraprestación en atención a una situación económica determinada resulta desproporcional y atentatorio contra

la propia naturaleza variable de las relaciones económicas”. (Anypsa Perú S.A. en contra de Sprind S.A.C., 2014)

En este sentido la Corte Suprema concluye acertadamente que “no existe un hecho imprevisible, irresistible y extraordinario como erróneamente se argumenta” (Anypsa Perú S.A. en contra de Sprind S.A.C., 2014). Sin embargo, resulta discutible desde un punto de vista doctrinario, el asunto referido al riesgo propio de la actividad económica, la Corte Suprema en este caso asume la teoría italiana, mientras que la versión del legislador peruano establece que la previsibilidad se mide conforme al hombre promedio. La Corte Suprema no deja de tener razón que es absurdo pretender que la parte alegue imprevisibilidad en un contrato propio a su actividad económica que conoce bien.

Otro argumento esgrimido en el recurso de casación está referido a las medidas de previsión que pudieron ser adoptadas, la sala de segunda instancia estableció que el demandante estaba en la posibilidad de introducir cláusulas *hardship*<sup>129</sup> que protejan el equilibrio contractual a lo largo de la ejecución del contrato, como la cláusula de reajuste automático<sup>130</sup>; el demandante denunció la aplicación indebida del artículo 1235° del Código Civil peruano vigente de 1984; al respecto debe precisarse que estas cláusulas de reajuste o indexación pueden agravar el desequilibrio o revertirlo, dado que si bien son establecidas por técnicos, éstas obedecen a intereses de políticos:

“La utilización de índices y cláusulas de reajuste por parte de los contratantes, con el objeto de paliar los efectos de la devaluación y la inflación, ha traído en muchos casos efectos distorsionantes debido al manejo a veces arbitrario de estos índices por parte de las autoridades responsables”. (Benavides Torres, 1990, pág. 357)

---

<sup>129</sup> Vid. *supra* pág. 67.

<sup>130</sup> Artículo 1235° del Código Civil peruano de 1984.- Teoría valorista.- No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

Esta casación, contiene un razonamiento mucho más claro que el fallo anterior y aborda de una forma más clara la problemática; sin embargo, el análisis económico es nulo y no revisa ningún documento económico para validar lo alegado por la recurrente.

#### **3.4. Resultado y balance del análisis de eficacia:**

En las tres casaciones analizadas, no hubo un análisis serio sobre el trasfondo económico de los contratos sometidos a revisión, en el primer caso se evidenció una pobre comprensión de la institución por las instancias judiciales y el propio accionante, en el segundo caso, las instancias intentaron dieron un pronunciamiento de fondo con errores conceptuales y en la tercera casación pareciera que la Sala Suprema se pronuncia sobre el fondo; sin embargo, se limita a análisis simples que terminan descartando un análisis de fondo.

Donde existen incentivos, hay desincentivos, lo cual no significa que constituya una suma cero; puede que frente a una buena cantidad de incentivos un solo desincentivo puede producir la inacción o viceversa. Los incentivos y desincentivos no se comportan de una forma aritmética sino competitiva, puede un incentivo ser suficiente para descartar una docena de desincentivos. Sin embargo, de la revisión de las casaciones analizadas se puede deducir que los jueces enfrentan un gran desafío y desincentivo frente a casos de excesiva onerosidad, los altos costos de información para adoptar un criterio técnico económico. Esto lleva a un razonamiento común en las tres casaciones, se analizan las causales de forma enunciativa y sin ver su trasfondo o comprobando su configuración.

En este sentido, el recurso no logra su finalidad, analizar económicamente el contrato y restablecer su equilibrio; en cambio el juez se limita a verificar si las causales coinciden con su óptica económica y no realiza un análisis económico. Por este motivo, puede afirmarse que la acción de revisión por excesiva onerosidad no es un recurso efectivo para restablecer el equilibrio contractual. En los tres casos analizados, el rechazo no estuvo motivado en el análisis económico de que no había tal excesiva onerosidad, y sólo uno de ellos, el último, realizó el análisis lógico de

establecer que cierto cambio de condiciones no era imprevisible para la demandante.

Otro asunto, que apareció en el primer caso, es la voluntad de las partes de optar por la resolución contractual y no por el reajuste de las prestaciones; la norma limita el derecho de acción de la parte damnificada por la excesiva onerosidad, haciendo que el legislador haya decidido por ella misma. Este razonamiento niega que la propia parte en muchos casos, sin necesidad del juez puede decir si le conviene a sus intereses resolver el contrato o reajustar las prestaciones.



## Conclusiones.

**Conclusión general:** Resulta conveniente suprimir la facultad del juez de reducir la prestación o aumentar la contraprestación en caso que la prestación se vuelva excesivamente onerosa, dejándole como única facultad la resolución del contrato.

**Primera conclusión específica:** El contenido del artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984 es incompatible con la Constitución Política peruana vigente de 1993.

**Segunda conclusión específica:** La norma nacional sobre excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación es heterogénea con los cuerpos normativos internacionales y extranjeros analizados.

**Tercera conclusión específica:** Resulta ineficiente la revisión judicial de los contratos motivada por la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación conforme al artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984; puesto que, su aplicación requiere un sacrificio mayor de derechos y recursos económicos que el beneficio que puede alcanzar.

**Cuarta conclusión específica:** Resulta ineficaz la revisión judicial de los contratos motivada por la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación conforme al artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, conforme a las sentencias casatorias analizadas en la presente investigación.

## Sugerencias.

**Sugerencia general:** Suprimir la facultad del juez de reducir la prestación o aumentar la contraprestación en caso que la prestación se vuelva excesivamente onerosa, dejándole como única facultad la resolución del contrato.

**Primera sugerencia específica:** Modificar el contenido del artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, a efecto que sea compatible con la Constitución Política peruana vigente de 1993.

**Segunda sugerencia específica:** La modificación del contenido del artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, debe ser homogénea con los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

**Tercera sugerencia específica:** La modificación del contenido del artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, debe concluir en un remedio contractual eficiente que no sacrifique más derechos y recursos económicos que los que busca proteger.

**Cuarta sugerencia específica:** La modificación del contenido del artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, debe concluir en un remedio contractual eficaz de fácil aplicación por parte de los jueces peruanos.

## Propuesta legislativa.

### Proyecto de ley que modifica el artículo 1440° del Código Civil.

#### Artículo 1° Objeto.-

Se modifica el artículo 1440° del Código Civil aprobado por el Decreto Legislativo N° 295 de acuerdo al siguiente texto:

“Artículo 1440° Definición.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación a cargo de una de las partes se ha convertido en excesivamente onerosa por la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, entonces el deudor de dicha prestación se encontrará facultado a:

1. Requerir al acreedor de la prestación, la renegociación de la contraprestación del contrato, otorgándole para el inicio de tal renegociación un plazo en ningún caso menor a 15 días. El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte deudora a suspender el cumplimiento de su prestación.
2. En caso que el acreedor de la prestación se negase a renegociar el contrato o el deudor de la prestación diera por fracasada la renegociación, cualquiera de las partes podrá demandar la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas, las mismas que tendrán el valor acordado por las partes hasta la fecha en que el deudor requiere al acreedor la renegociación de la prestación a su cargo conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.
3. En caso que la demanda de resolución del contrato sea interpuesta en contra del acreedor de la prestación; éste podrá ofrecer la modificación de las condiciones del contrato, cuya aceptación significará la conclusión del proceso.”.

Artículo 2° Procesos en trámite.-

La presente ley no se aplicará a aquellos procesos judiciales iniciados antes de su entrada en vigencia.

Artículo 3° Vigencia.-

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.



## Bibliografía.

### Bibliografía jurídica:

- Alterini, A. (1998). Los principios Unidroit y las soluciones del Derecho Común. *Diálogo con la jurisprudencia*(9), 363-375.
- Anzola Gil, M. (2008). Análisis económico del contrato. En Legis, *Los contratos en el derecho privado* (págs. 809-818). Bogotá: Legis Editores.
- Araujo, M. A. (2010). Revisión de los contratos: Teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente o teoría de la imprevisión. *Revista Jurídica del Centro*, 95-101. Recuperado el 12 de noviembre de 2015, de <https://scholar.google.com.pe/scholar?um=1&ie=UTF-8&lr&q=related:NOMMJ1spLFPOtM:scholar.google.com/>
- Argüello, L. R. (4 de setiembre de 1998). *Manual de Derecho romano*. Buenos Aires: Astrea. Recuperado el 9 de setiembre de 2015, de <https://sosunnedrch.files.wordpress.com/2013/09/luis-rodolfo-argc3bcello-manual-de-derecho-romano.pdf>
- Arias Schreiber Pezet, M. (1985). Contratos en general. En D. Revoredo de Debakey, *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios* (Vol. VI, págs. 1-196). Lima: Okura.
- Arias Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (Segunda ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Banco Central de Reserva del Perú. (2010). *Indicadores del mercado inmobiliario*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Notas-Estudios/2010/Nota-Estudios-55-2010.pdf>
- Banco Central de Reserva del Perú. (marzo de 2011). *Glosario de términos económicos*. Recuperado el 5 de noviembre de 2015, de Sitio web del BCRP: <http://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/glosario.html>

- Becker, G. (junio de 1993). The economic way of looking at behavior. *The journal of political economic*(101), 385-409. Recuperado el 24 de abril de 2016, de <http://www.ssc.wisc.edu/~walker/wp/wp-content/uploads/2012/09/Becker1993.pdf>
- Benavides Torres, E. (1990). *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima: Cultural Cuzco.
- Boileux, J. M. (1855). *Commentaire sur le Code Napoléon* (Sexta ed., Vol. IV). Paris: Libraire de la Cour de Cassation. Recuperado el 22 de octubre de 2015, de Gallica: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5790890b/f6.item.r=.zoom>
- Borda, C. (1865) *Código Civile italiano antotato*. Roma: Dalla societá l'unione tipográfico-editrice. Recuperado el 21 de agosto de 2016, de Googlebooks: <https://books.google.com.pe/books?id=eGoDAAAQAAJ&pg=PA332&lpg=PA332&dq=codice+civile+italiano+autore&source=bl&ots=sQX3tg-D1B&sig=n2grXVoZc5eS3QVx0sdhc1BZS3I&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiN1YiK4tPOAhXIJB4KHcGiBCYQ6AEITTAI#v=onepage&q&f=false>
- Bullard González, A. (2007). Dirigismo contractual. En G. J., *Código Civil comentado* (Segunda ed., Vol. VII, págs. 48-57). Lima: Gaceta Jurídica.
- Bullard González, A. (2010). *Derecho y economía* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo tercera ed., Vol. II). Sao Paulo: Heliasta.
- Cabanellas, G. (1996). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo cuarta ed., Vol. II). Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas, G. (1996). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo cuarta ed., Vol. III). Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (1996). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo cuarta ed., Vol. VIII). Buenos Aires: Heliasta.
- Caprile Biermann, B. (2007). La imprevisión. En J. A. Gaitán Martínez, & F. Mantilla Espinosa, *La terminación del contrato* (págs. 192-216). Bogotá: Universidad del

Rosario. Recuperado el 6 de octubre de 2015, de Googlebooks: <https://books.google.com.pe/books?id=OO2VixhPXaEC&pg=PA194&lpg=PA194&dq=ley+Faillot&source=bl&ots=NroGLENhpV&sig=3f3gdzYUrUEJW8hL1IbgVm6yniM&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiJ1vfS68bLAhVGOyYKHThbDsAQ6AEIGjAA#v=onepage&q=ley%20Faillot&f=false>

Caramelo, G. (2015). Imprevisión. En M. Herrera, G. Caramelo, & S. Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Primera ed., Vol. III, págs. 489-492). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 15 de noviembre de 2015, de [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_TOMO\\_3\\_FINAL\\_completo\\_digital.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf)

Carbonel, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. México Distrito Federal: Universidad Autónoma de México. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/7.pdf>

Cárdenas Mejía, J. P. (2008). Justicia y abuso contractual. En Legis, *Los contratos en el derecho privado* (págs. 693-720). Bogotá: Legis Editores.

Castañeda Rivas, M. L. (2012). La imprevisión en los contratos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*(258), 203-228. Recuperado el 23 de junio de 2015, de Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/258/art/art10.pdf>

Céspedes Ramírez, J. E. (1998). Principales corrientes doctrinarias de la contratación civil. *XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Contractual* (págs. 103-107). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 22 de octubre de 2015, de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10531/9767>

Chanamé Orbe, R. (2009). *Comentarios a la Constitución* (Cuarta ed.). Lima: Jurista Editores.

Chiassoni, P. (2013). *El análisis económico del derecho* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.

- Chirinos Soto, E. (2006). Derechos fundamentales de la persona. En E. Chirinos Soto, & F. Chirinos Soto, *La Constitución: Lectura y comentario* (Quinta ed., págs. 30-60). Lima: Rodhas.
- Chirinos Soto, E. (2006). Libertad de contratación. En E. Chirinos Soto, & F. Chirinos Soto, *La Constitución: Lectura y comentario* (Quinta ed., págs. 154-158). Lima: Rodhas.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. (febrero de 2010). *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Recuperado el 16 de octubre de 2015, de <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>
- Commission on European Contract Law. (2010). *Universidad de Oslo*. Recuperado el 14 de octubre de 2015, de Det Jurisdiske Fakultet: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.principles.lando.commission/doc.html>
- Comunidad Jurídica de México. (29 de abril de 2016). *Diccionario jurídico*. Recuperado el 15 de mayo de 2016, de <http://www.diccionariojuridico.mx>
- Conseil d'État. (30 de marzo de 1916). *Conseil d'État et la juridicción administrative*. Recuperado el 21 de octubre de 2015, de <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-mars-1916-Compagnie-generale-d-eclairage-de-Bordeaux>
- Consejo de Estado. (8 de setiembre de 1809). *Código Napoleón*. Madrid: De la hija de Ibarra. Recuperado el 13 de setiembre de 2015, de Código Civil napoleónico: <http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. (5 de marzo de 2014). *Ranking de expedientes resueltos por corte superior y subespecialidad*. Recuperado el 17 de enero de 2016, de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/98662b004479cac881daad297173aa5c/Decreto\\_Ranking+enero-diciembre+2013.pdf?MOD=AJPERES](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/98662b004479cac881daad297173aa5c/Decreto_Ranking+enero-diciembre+2013.pdf?MOD=AJPERES)
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú. (27 de agosto de 2014). *Estándares de carga procesal*. Recuperado el 17 de enero de 2016, de

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e1c3eb8046150068b8edfcca390e0080/R.A.+N%C2%B0287-2014-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e1c3eb8046150068b8edfcca390e0080>

- Cooter, R., & Ulen, T. (2008). *Derecho y economía* (Segunda ed.). (E. Suárez, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Cornet, M. (2002). La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica. *Anuario de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba*(7), 77-107. Recuperado el 12 de noviembre de 2015, de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-aplicacion-de-la-teoria-de-la-imprevision-y-la>
- Court Murasso, E. (septiembre de 2009). *Curso de derecho civil: Teoría general del acto jurídico*. Recuperado el 2016 de enero de 22, de Scribd: <https://es.scribd.com/doc/92340284/Teoria-general-del-acto-juridico>
- De la Puente y Lavalle, M. (1983). *Estudios del contrato privado* (Vol. I). Lima: Cultural Cuzco.
- De la Puente y Lavalle, M. (1991). El contrato en general. En Pontificia Universidad Católica del Perú, *Biblioteca para leer el Código Civil* (Primera ed., Vol. XI). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Puente y Lavalle, M. (1996). Fuentes de las obligaciones. En V. Guevara Pezo, & M. De la Puente y Lavalle, *Instituciones del Derecho Civil peruano* (págs. 1803-1914). Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Puente.
- De la Puente y Lavalle, M. (2001). *El contrato en general* (Segunda ed., Vol. I). Lima: Palestra.
- De la Puente y Lavalle, M. (2001). *El contrato en general* (Segunda ed., Vol. II). Lima: Palestra.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). Definición de contrato. En G. Jurídica, *Código Civil comentado* (Segunda ed., Vol. VII, págs. 17-22). Lima: Gaceta Jurídica.

- De la Puente y Lavalle, M. (2007). Perfeccionamiento del contrato. En G. Jurídica, *Código Civil comentado* (Segunda ed., Vol. VII, págs. 175-178). Lima: Gaceta Jurídica.
- De la Puente y Lavalle, M. (2010). Sistema peruano de contratación civil. En H. Huayanay, *Contratos* (Vol. I, págs. 21-32). Lima: MFC.
- Decock, W. (2013). *Theologians and contract law*. Boston: Martinus Nijhoff Publisher. Recuperado el 12 de octubre de 2015, de Google books: [https://books.google.com.pe/books?id=CWAyAQAAQBAJ&pg=PA122&lpg=PA122&dq=Pacta,+quantum+cumque+nuda,+servanda+sunt&source=bl&ots=S4ywGYpNQ9&sig=O3\\_rlc-Ekr7Gx8zItcVIJNLQ2ac&hl=es&sa=X&ved=0CBsQ6AEwAGoVChMI\\_NmUi4TVyAIVC7eACh2OOwl\\_#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=CWAyAQAAQBAJ&pg=PA122&lpg=PA122&dq=Pacta,+quantum+cumque+nuda,+servanda+sunt&source=bl&ots=S4ywGYpNQ9&sig=O3_rlc-Ekr7Gx8zItcVIJNLQ2ac&hl=es&sa=X&ved=0CBsQ6AEwAGoVChMI_NmUi4TVyAIVC7eACh2OOwl_#v=onepage&q&f=false)
- Defensoría del Pueblo del Perú. (9 de julio de 2003). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 17 de enero de 2016, de Corte IDH: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24589.pdf>
- Di Pietro, A., & La Piezza Elli, Á. E. (4 de noviembre de 2012). *Manual de Derecho romano*. Recuperado el 28 de setiembre de 2015, de <https://andreabustamanteabogada.files.wordpress.com/2012/11/manual-de-derecho-romano-alfredo-di-pietro.pdf>
- Diez-Picazo, L., & Gullón, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil* (Segunda ed., Vol. II). Madrid: Tecnos.
- El Comercio. (17 de diciembre de 2015). Argentina anuncia el fin de las restricciones cambiarias. *El Comercio*. Recuperado el 12 de abril de 2015, de [http://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/argentina-anunciara-fin-restricciones-al-dolar-noticia-1864256?ref=nota\\_mundo&ft=mod\\_leatambien&e=titulo](http://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/argentina-anunciara-fin-restricciones-al-dolar-noticia-1864256?ref=nota_mundo&ft=mod_leatambien&e=titulo)
- El Comercio. (18 de diciembre de 2015). Argentina: Se derrumba el peso en primer día sin controles. *El Comercio*. Recuperado el 12 de abril de 2016, de <http://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/argentina-dolar-abre-aumento-mas-40-noticia-1864496>

- Estudio Olaechea. (3 de noviembre de 2011). *Colegio de Abogados de Lima*. Recuperado el 17 de enero de 2016, de <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/predic.pdf>
- Ferdinand Cuadros Villena, C. (1997). *Derecho de contratos*. Lima: Fecat.
- Freytes, A. (2013). Recepción de la frustración del fin del contrato en precedentes anteriores y en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012. *Nuestra Joven Revista Jurídica*(1). Recuperado el 26 de noviembre de 2015, de Universidad Nacional de Córdoba: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/congresos-jornadas-y-seminarios/por-dr.-alejandro-freytes/view>
- Fundación Tomás Moro. (2007). *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Fundación Jurídica Tomás Moro.
- Gabrielli, E. (29 de marzo de 2012). *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*. Recuperado el 2 de noviembre de 2015, de Juscivile: <http://www.juscivile.it/contributi/01%20-%20Enrico%20Gabrielli.pdf>
- García Caracuel, M. (enero de 2014). *Doctrina alemana de la base del negocio*. Recuperado el 23 de noviembre de 2015, de VLex España: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/doctrina-alemana-base-negocio-564557062>
- García Caracuel, M. (2014). *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson S.L. Recuperado el 23 de octubre de 2015, de <https://books.google.com.pe/books?id=83reBQAAQBAJ&pg=PA55&lpg=PA55&dq=ley+Faillot&source=bl&ots=TtGAqeYsO7&sig=q5zEU3U-hr4Dq1oK5lZtEIsZ8Xo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiJ1vfS68bLahVGOyYKHThbDsAQ6AEIHjAB#v=onepage&q=ley%20Faillot&f=false>
- García Delgadillo, F. O. (2002). *Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda*. Managua: Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala. Recuperado el 12 de noviembre de 2015, de [http://www.academia.edu/2085153/Rebus\\_sic\\_Stantibus\\_vs.\\_Pacta\\_sunt\\_Servanda\\_en\\_el\\_Derecho\\_de\\_los\\_Negocios\\_Internacionales](http://www.academia.edu/2085153/Rebus_sic_Stantibus_vs._Pacta_sunt_Servanda_en_el_Derecho_de_los_Negocios_Internacionales)
- Gavidia Sánchez, J. V. (1987). Presuposición y riesgo contractual. En G. d. España, *Anuario de Derecho Civil* (págs. 525-600). Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Recuperado el 27 de noviembre de 2015, de Boletín oficial del Estado español:  
[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1987-20052500600\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Presuposici%F3n\\_y\\_riesgo\\_contractual](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1987-20052500600_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Presuposici%F3n_y_riesgo_contractual)

Golmayo, P. B. (1896). *Instituciones del Derecho canónico* (Séptima ed., Vol. I). Madrid: Del Cardo. Recuperado el 4 de setiembre de 2015, de <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-del-derecho-canonico-0/html/>

González, E. (1995). El principio de seguridad jurídica. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*(26), 51-61. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de [http://www.ipdt.org/editor/docs/04\\_Rev26\\_EGG.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/04_Rev26_EGG.pdf)

Gutiérrez Camacho, W. (2007). La libertad de contratación. En G. Jurídica, *Código Civil comentado* (Segunda ed., Vol. VII, págs. 37-48). Lima: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez Camacho, W. (2013). Libertad de contratación. En G. Jurídica, *La Constitución comentada* (Segunda ed., Vol. II, págs. 104-114). Lima: Gaceta Jurídica.

Herrera Villanueva, J. J. (2014). El patrimonio. *Revista Mexicana de Derecho*(16), 67-100. Recuperado el 7 de junio de 2016, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/16/pr/pr5.pdf>

Idesa S.A. (31 de diciembre de 2014). *Idesapetroquímica*. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de <http://www.idesapetroquimica.com/es/content/anhidrido-maleico>

International Institute for the Unification of Private Law. (26 de marzo de 1993). *Unidroit*. Recuperado el 16 de octubre de 2015, de <http://www.unidroit.org/about-unidroit/institutional-documents/statute>

International Institute for the Unification of Private Law. (2002). *Unilex*. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276>

- International Institute for the Unification of Private Law. (14 de noviembre de 2013). *Unidroit*. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>
- International Institute for the Unification of Private Law. (2015). *Unidroit*. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de <http://www.unidroit.org>
- International Trade/Commercial Law & e-Commerce Monitor. (2002). *The principles of european contract law*. Recuperado el 21 de octubre de 2015, de <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html>
- IPSOS Apoyo. (2015). *Opinión ciudadana sobre instituciones*. Lima: IPSOS Apoyo. Recuperado el 23 de abril de 2016, de <http://elcomercio.pe/visor/1842421/1204395-tremenda-desconfianza-opinion-ciudadana-sobre-instituciones-noticia>
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del Derecho*. (G. Robles, Trad.). Madrid: Editorial Trotta.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2009). *Decreto Constitucional Económico* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa Arroyo, C. (15 de enero de 2006). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*. Recuperado el 20 de abril de 2016, de Levin College of Law: [https://www.law.ufl.edu/\\_pdf/academics/centers/cgr/7th\\_conference/Tribunal\\_Const\\_y\\_Poder\\_Judicial.pdf](https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf)
- León Barandiarán, J. (1991). *Tratado de derecho civil* (Primera ed., Vol. I). Lima: WG.
- León Barandiarán, J. (1988). Título Preliminar. En D. Revoredo de Debaquey, *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios* (Vol. IV). Lima: Okura.
- León, L. (2015). (2003) La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. *Ius et veritas*. (26), 12-46. Recuperado el 23 de julio de 2016 de Diké: [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art46.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art46.PDF)

- Mantilla Espinosa, F., & Ternera Barrios, F. (2008). Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato. En Legis, *Los contratos en el derecho privado* (págs. 319-324). Bogotá: Legis Editores.
- Martínez de Morentin, M. L. (16 de septiembre de 2014). *Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión*. Recuperado el 23 de junio de 2015, de Universidad de Zaragoza: [https://zaguan.unizar.es/record/32782/files/texto\\_completo.pdf](https://zaguan.unizar.es/record/32782/files/texto_completo.pdf)
- Menger, A. (2011). *Derecho Civil y los pobres*. (A. Posada, Trad.) Lima: Jurista Editores.
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial* (Primera ed., Vol. I). (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial* (Vol. IV). (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato* (Vol. I). (S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato* (Vol. II). (S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2000). *Marco Macroeconómico Multianual*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de [http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/marco\\_macro/MMM\\_2001\\_2003.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/MMM_2001_2003.pdf)
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2000). *Marco Macroeconómico Multianual*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de [http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/marco\\_macro/MMM\\_2001\\_2003\\_revisado.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/MMM_2001_2003_revisado.pdf)
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2001). *Marco Macroeconómico Multianual 2002-2004*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de

[http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/marco\\_macro/MMM\\_2002\\_2004.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/MMM_2002_2004.pdf)

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2001). *Marco Macroeconómico Multianual 2002-2004 revisado*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado el 1 de mayo de 2016, de [http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/marco\\_macro/MMM\\_2002\\_2004\\_revisado.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/MMM_2002_2004_revisado.pdf)

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2002). *Marco Macroeconómico Multianual 2003-2005*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de [http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/marco\\_macro/MMM2003\\_2005\\_versionfinal.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/MMM2003_2005_versionfinal.pdf)

Moisset de Espanés, L. (1996). Imprevisión: Legislación de América del Sur. *Roma y América*(9), 1147-1181. Recuperado el 20 de noviembre de 2015, de [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1996-30114701182\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Legislaci%F3n\\_de\\_Am%E9rica\\_del\\_Sur](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1996-30114701182_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Legislaci%F3n_de_Am%E9rica_del_Sur)

Momberg Uribe, R. (2010). La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente. *Revista Chilena de Derecho*(37), 43-72. Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100003&script=sci\\_arttext#n8](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100003&script=sci_arttext#n8)

Momberg Uribe, R. (diciembre de 2010). Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*(15), 29-64. Recuperado el 24 de noviembre de 2015, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci\\_arttext#29](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci_arttext#29)

Moncayo Rodríguez, S. (2004). La concepción romana del contrato. *Letras jurídicas*(10), 81-101. Recuperado el 9 de setiembre de 2015, de

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=4B0C2B65E09C70772A8DFB60E6C95EEF.dialnet01?codigo=5214441>

- Montoya, F. (2005). La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual. *Revista de Derecho Privado* (8), 135-147. Recuperado el 12 de octubre de 2015, de <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537585007.pdf>
- Nash, Jhon. (abril de 1950). The bargain problem. *Econometrica*. (18), 155-162. Recuperado el 21 de agosto de 2016, de <http://www.eecs.harvard.edu/cs286r/courses/spring02/papers/nash50a.pdf>
- Ossorio y Florit, M. (1998). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (Vigésimo quinta ed.). Madrid: Heliasta.
- Osterling Parodi, F. (1965). La revisión de los contratos por el Poder Judicial. *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima*, 125-139. Recuperado el 2 de octubre de 2015, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20revisión%20de%20los%20contratos.pdf>
- Oviedo Albán, J. (2007). Excesiva onerosidad de la prestación. En G. J., *Código Civil comentado* (Segunda ed., Vol. VII, págs. 435-440). Lima: Gaceta Jurídica.
- Oviedo Albán, J. (11 de Octubre de 2015). Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010. En J. Oviedo Albán, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010* (págs. 12-54). Bogotá: Ibañez. Recuperado el 14 de octubre de 2015, de Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010: <https://oviedoalban.files.wordpress.com/2014/07/10-20principios20unidroit202010-compressed.pdf>
- Oviedo Alván, J. (2003). Aplicaciones de los principios de Unidroit a los contratos comerciales internacionales. *Criterio Jurídico*, 7-33. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de Pontificia Universidad Javeriana de Cali: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/213/924>

- Paricio, J. (12 de junio de 2009). Una historia del contrato en la jurisprudencia romana. *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto Università di Palermo*(53), 71-115. Recuperado el 9 de setiembre de 2015, de <http://www1.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2009/PARICIO.pdf>
- Pérez Gallardo, L. (2007). Obligatoriedad contractual. En G. J., *Código Civil comentado* (Segunda ed., Vol. VII, págs. 90-101). Lima: Gaceta Jurídica.
- Petit, E. (1983). *Tratado elemental de Derecho Romano* (Novena ed.). (J. Fernández González, Trad.) Buenos Aires: Albatros SRL.
- Platas Pacheco, M. d. C.(30 de enero de 2014). El principio pacta sunt servanda y la cláusula rebus sic stantibus; entre la contradicción y la complementariedad; un reto lógico argumentativo. Recuperado el 16 de octubre de 2015, de <http://razonamientojudicial.com/wp-content/uploads/2011/10/Principio-Pacta-Sunt-Servanda.pdf>
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (V. Roca Pérez, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Posner, R. (2013). *El análisis económico del derecho* (Segunda ed.). (E. Suárez, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino contra Granbanco S.A., 11001-3103-040-2006-00537-01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 21 de Febrero de 2012). Recuperado el 29 de Noviembre de 2015
- Ramírez Jiménez, N. (1987). Excesiva onerosidad. En M. De la Puente y Lavalle, & J. Muñiz Ziches, *Temas de Derecho Contractual* (Primera ed., págs. 206-275). Lima: Cultural Cuzco.
- Ramos Núñez, C. (2005). *Historia del Derecho Civil peruano* (Primera ed., Vol. V). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Real Academia de la Historia. (9 de setiembre de 1807). *Partida Quinta de las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*. Madrid: Imprenta Real. Recuperado el 15 de setiembre de 2015, de <http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T3.pdf>

- Real Academia de la Lengua Española. (4 de setiembre de 2015). *Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado el 28 de octubre de 2015, de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=contraro>
- Revoredo de Debaquey, D. (1985). *Código Civil: Antecedentes legislativos y comparación con el Código de 1936* (Vol. II). Lima: Diagramación EIBM.
- Rivera Restrepo, J. M. (2015). Historia y fundamento de la cláusula rebus sic stantibus. *Ars boni et aequi*, 31-48. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2015/07/11947-2-Rivera-Restrepo.pdf>
- Roppo, V. (2009). *El contrato* (Primera ed.). (E. Ariano Deho, Trad.) Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Primera ed., Vol. III). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2005). La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Themis*, 7-18. Recuperado el 4 de abril de 2016, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8786>
- Ripert, Georges & Boulanger, Jean (1988). *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Paniol* (Vol. I) (D. García Deiraux, Trad.) Buenos Aires: La Ley.
- Serrano Acitores, A. (1 de junio de 2010). *El principio de conservación de los contratos*. Recuperado el 16 de enero de 2016, de Noticias jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4553-el-principio-de-conservacion-de-los-contratos-frente-a-las-figuras-de-la-nulidad-y-la-anulabilidad-/>
- Spota, A. (1983). *Instituciones de Derecho Civil* (Vol. I). Buenos Aires: Depalma.
- Spota, A. (1983). *Instituciones de Derecho Civil* (Vol. III). Buenos Aires: Depalma.
- Study Group on a European Civil Code. (2003). *Study Group on a European Civil Code*. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de Draft Articles of European Civil Code: [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm)

- Study Group on a European Civil Code. (diciembre de 2007). *Principios, Definiciones y Reglas Modelos de Derecho Privado Europeo*. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de Draft Common Frame of Reference: [http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/DCFRpdf1\\_1262861061.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/DCFRpdf1_1262861061.pdf)
- Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría general del contrato* (Primera ed., Vol. I). Lima: Instituto Pacífico.
- Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría general del contrato* (Primera ed., Vol. II). Lima: Pacífico Editores.
- Unión Europea. (2 de setiembre de 2015). *UE*. Recuperado el 16 de octubre de 2015, de [http://europa.eu/about-eu/basic-information/about/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/about/index_es.htm)
- Villegas, H. (1995). El contenido de la seguridad jurídica. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*(26), 33-43. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de [http://www.ipdt.org/uploads/docs/02\\_Rev26\\_HBV.pdf](http://www.ipdt.org/uploads/docs/02_Rev26_HBV.pdf)
- World Economic Forum. (2015). *The Global Competitiveness Report 2015–2016*. Recuperado el 16 de mayo de 2016, de [http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global\\_Competitiveness\\_Report\\_2015-2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf)
- Živković, V. (12 de octubre de 2012). *Hardship in french, english and german law*. Recuperado el 14 de octubre de 2015, de Academia: [http://www.academia.edu/3152183/Hardship\\_in\\_French\\_English\\_and\\_German\\_Law](http://www.academia.edu/3152183/Hardship_in_French_English_and_German_Law)

### **Bibliografía metodológica:**

- Amado Mendoza, A. M. (2014) *Guía del taller de investigación jurídica*. Arequipa: Escuela Profesional de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.
- Amado Mendoza, A. M. (2014) *Guía de metodológica de la investigación jurídica*. Arequipa: Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

American Psychological Association (2010) *Manual de publicaciones de la American Psychological Association*. (Tercera ed. de la trad. de la sexta ed. en inglés) (M. Guerra Frías, Trad.) México Distrito Federal: El Manual Moderno.

Cáceres Arce, J. L.; Amado Mendoza, A. M. & Chirinos Pacheco de Rivero, C. P. (2011) *Guía académica para la investigación jurídica*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.

Garvin, D. (setiembre de 2003) Making the case en *Harvard Magazine*, recuperado el 28 de agosto de 2016 de <http://harvardmagazine.com/2003/09/making-the-case-html>

Ramos Núñez, C. (2002) *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. (Segunda ed.) Lima: Gaceta Jurídica.

#### **Jurisprudencia extranjera:**

Accor Hoteles España S.A. contra Residencial Ademuz S.L., 591/2014 (Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español 15 de octubre de 2014). Recuperado el 19 de noviembre de 2015, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7234260&links=rebus%20sic%20stantibus&optimize=20141223&publicinterface=true>

Bancolombia S.A. contra Óscar Adrián Loaiza Arias, 05360-31-03-001-2003-00164-01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 7 de octubre de 2009). Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de <http://190.24.134.94/Busquedadoc/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fcivil%2f2009%2fdr.edgardo+villamil+portilla%2fsentencias%2f0536031030012003-00164-01%5b07-10-2009%5d.doc&CiRestriction=%227%22%20NEAR%20%22octubre%22&CiQueryFile=/busquedadoc/quer>

Barneto Borralló P.Y.C. S.L. contra Inonsa S.L.U., 309/2013 (Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español 26 de abril de 2013). Recuperado el 18 de noviembre de 2015, de

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6721393&links=%22155/2011%22&optimize=20130529&publicinterface=true>

Canal de Capronne (Court de Cassation francaise 6 de marzo de 1876). Recuperado el 22 de octubre de 2015, de [http://mafr.fr/IMG/pdf/canal\\_de\\_craponne.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/canal_de_craponne.pdf)

Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre la Ville de Bordeaux, 59928 (Conseil d'État 30 de marzo de 1916). Recuperado el 21 de octubre de 2015, de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465&dateTexte=>

Coplain S.A. contra la Compañía Española de Petróleos S.A., 274/2003 (Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español 21 de marzo de 2003). Recuperado el 18 de noviembre de 2015, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3305825&links=rebus%20sic%20stantibus&optimize=20030428&publicinterface=true>

Corte Suprema di Cassazione. (23 de enero de 2016). *Sentenze web*. Recuperado el 2 de marzo de 2016, de Corte Suprema di Cassazione: <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>

El Corte Inglés S.A. contra Fapemar S.A., 243/2012 (Sala de los Civil del Tribunal Supremo español 27 de abril de 2012). Recuperado el 19 de noviembre de 2015, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6362367&links=rebus%20sic%20stantibus&optimize=20120514&publicinterface=true>

Fecred S.A. contra Osvaldo Daniel Mazzei, 1074-XLI (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 6 de mayo de 2008). Recuperado el 20 de noviembre de 2015, de <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=643369>

Irene Gwendoline Longobardi contra Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L., 971-XL (Corte Suprema de la Nación argentina 18 de diciembre de 2007). Recuperado el 20 de noviembre de 2015, de <http://old.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=3347>

Juan Pablo y Ángela contra Hogar y Jardín S.A., 820/2013 (Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español 17 de enero de 2013). Recuperado el 19 de noviembre de 2015, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6662428&links=rebus%20sic%20stantibus&optimize=20130322&publicinterface=true>

María contra Luis Carlos, 10191/1995 (Sala de los Civil del Tribunal Supremo español 4 de febrero de 1995). Recuperado el 18 de noviembre de 2015, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4305355&links=rebus%20sic%20stantibus&optimize=19960102&publicinterface=true>

Société d'Exploitation de chauffage, 09-67369 (Chambre Commercial de la Cour de Cassation 29 de junio de 2010). Recuperado el 23 de octubre de 2015, de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022430481&fastReqId=37954846&fastPos=1>

Société française des pétroles BP, 90-18547 (Chambre Commerciale de la Cour de Cassation 3 de noviembre de 1992). Recuperado el 22 de octubre de 2015, de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007029915&fastReqId=160773996&fastPos=1>

South Andes Capital S.A. contra Empresa Portuaria Valparaíso, 2651-08 (Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile 9 de septiembre de 2009). Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de [http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#?opc\\_menu=&opc\\_item=](http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#?opc_menu=&opc_item=)

Weissenegger Johann en contra de Bolzano Robert Kritzingler, 4949-2016 (Sezione Civile di Corte Suprema di Cassazione 14 de marzo de 2016). Recuperado el 11 de abril

de 2016, de  
[http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach  
&db=snciv&id=./20160315/snciv@s20@a2016@n04949@tS.clean.pdf](http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20160315/snciv@s20@a2016@n04949@tS.clean.pdf)

Zivilsenat Bundesgerichtshof, 208-12 (Zivilsenat Bundesgerichtshof 23 de mayo de 2014). Recuperado el 12 de marzo de 2016, de [http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/bj9/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=20&numberofresults=105&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE316382014&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoi](http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/bj9/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=20&numberofresults=105&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE316382014&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoi)

### **Jurisprudencia internacional:**

Baruch Ivcher Bronstein contra el Perú, 84 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de febrero de 2001). Recuperado el 20 de marzo de 2016, de [http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoIvcherBronsteinVsPeru\\_FondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoIvcherBronsteinVsPeru_FondoReparacionesCostas.htm)

Castañeda Gutman contra México, 184 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de agosto de 2008). Recuperado el 12 de marzo de 2016, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_184\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf)

Cinco pensionistas de la Superintendencia de Banca y Seguros contra el Perú, 98 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de febrero de 2003). Recuperado el 20 de abril de 2016, de [http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoCincoPensionistasVsPeru\\_FondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoCincoPensionistasVsPeru_FondoReparacionesCostas.htm)

Grettel Artavia Murillo contra Costa Rica, 257 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012). Recuperado el 20 de marzo de 2016, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

Leonidas Baena Ricardo contra Panamá, 104 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de febrero de 2001). Recuperado el 19 de abril de 2016, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)

Sebastián Furlán contra Argentina, 246 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2012). Recuperado el 20 de marzo de 2016, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)

### **Jurisprudencia nacional:**

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N.° 28047, 030-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 2 de diciembre de 2005). Recuperado el 7 de junio de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3° de la Ley N° 27466, 045-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 29 de octubre de 2005). Recuperado el 8 de junio de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>

Acción de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 27755, 0016-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de abril de 2003). Recuperado el 2 de mayo de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001, 008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de noviembre de 2003). Recuperado el 2 de abril de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Alberto Orihuela Ortiz contra Forza Seguridad Privada, 29-2012-Cajamarca (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú 14 de septiembre de 2012). Recuperado el 23 de abril de 2016, de <http://jurisprudencia.pj.gob.pe/>

Anypsa Perú S.A. en contra de Sprind S.A.C., 712-2014-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 16 de junio de 2014).

Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército en contra del Organismo Especial del Fondo de Vivienda Militar del Ejército –

Ores Fovime, 4245-2011-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 31 de mayo de 2012).

Carmen Silva Silva contra el Banco de Trabajo, 3641-2009-Piura (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú 30 de marzo de 2010). Recuperado el 23 de abril de 2016, de <http://jurisprudencia.pj.gob.pe/>

La Carreta S.A. contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, 763-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 13 de abril de 2005). Recuperado el 12 de abril de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>

Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y contra la Ley N° 28449, 050-2004-AI (Tribunal Constitucional 3 de junio de 2005). Recuperado el 12 de marzo de 2016, de <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>

Rosa Felícita Elizabeth Martínez García contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, 02132-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de mayo de 2011). Recuperado el 7 de junio de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.pdf>

Yrene del Castillo Echegaray contra Rufino Machaca Melgar, 1258-2009-Arequipa (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 18 de diciembre de 2009).



## **Proyecto de investigación**

Enunciado: La supresión de la posibilidad de revisión judicial del contrato para reducir la prestación o aumentar la contraprestación en caso que la prestación se vuelva excesivamente onerosa.

Autor: Diego Fernando Angel Angulo Osorio

### **1. Planteamiento del problema:**

El artículo 1440° del Código Civil peruano de 1984, a través del principio *rebus sic stantibus*, somete los contratos civiles a una revisión por parte del juez, pudiendo éste incrementar la contraprestación o reducir la prestación, en el caso que esta última se vuelva excesivamente onerosa de forma imprevista. Este intervencionismo judicial vulnera la libertad contractual de las personas, el cuál está expresamente prohibido en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú de 1993. Dado que el intervencionismo judicial orientado a la socialización del contrato, lleva a resultados no deseados por una de las partes; puesto que, es preferible optar por la resolución del contrato, antes que su variación contra la voluntad de las partes.

### **2. Justificación:**

El cumplimiento de un contrato no debería conducir a la ruina económica de una de las partes, para evitarlo se desarrolló la teoría de la imprevisibilidad que permite la revisión del contrato por el juez que aumentará la contraprestación o reducirá la prestación, buscando devolver el equilibrio al mismo, afectado por un hecho imprevisible para las partes. La actual volatilidad financiera que se presenta a nivel global y el difícil escenario económico nacional, son los supuestos que fomentan que el principio *rebus sic stantibus* limite el cumplimiento estricto de los contratos conforme al principio *pacta sunt servanda*, cuando es preferible resolver dichos contratos ineficientes.

Sin embargo, el intervencionismo judicial tendiente a la socialización del contrato no sólo viola la libertad contractual sino también llevará a resultados no deseados por una de las partes; por lo que es preferible optar por la resolución del contrato antes que imponer a las partes condiciones que no aceptaron. Asimismo, la revisión judicial del contrato, no

asegura el restablecimiento del equilibrio contractual, sino por el contrario, podría incluso empeorarlo.

### 3. Conceptos básicos extraídos del problema de investigación:

#### 3.1 *Pacta sunt servanda:*

3.1.1 *Aforismo latino.* Los pactos han de cumplirse. Esta frase sintetiza la máxima jurídica establecida, con carácter espiritualista, por el Derecho Canónico: “*Pacta, quantum cumque nuda, servanda sunt*”. (Aun nudos los pactos, hay que cumplirlos).

*Proclamación.* Esta afirmación, que tan natural se estima hoy, constituyó en su momento una revolución jurídica frente al rígido formalismo contractual romano, que sólo reconocía acción procesal a ciertos pactos; mientras los restantes, los no incluidos en el favor de las fórmulas del derecho vigente, los pactos nudos, eran entregados al espontáneo cumplimiento de las partes que los hubieran concertado; aun cuando la obra consolidadora del derecho, que los pretores iniciaron y Justiniano completó en tantos aspectos, los fue amparando en la mayoría de los casos al ir ampliando el repertorio de convenciones con eficacia en los tribunales.

*Extensión.* Sobre la amplitud de la fórmula *pacta sunt servanda* se han planteado contrapuestos criterios. El más absoluto consagra sin distinguos la eficacia de todo lo convenido verbalmente o por escrito, una vez probado el concierto de voluntades. Con respeto para la moral y el mismo orden jurídico superior, se restringe su ámbito al excluir de la exigencia posible las cláusulas o contratos opuestos a las leyes de orden público, a la decencia y a las buenas costumbres.

Se borra con esta máxima el lindero procesal romano que a los pactos nudos no le reconocía sino valor de excepción, para impedir el posible arrepentimiento y tentativa de rescisión por parte del obligado que hubiera

cumplido; ya que, como obligación natural una vez ejecutado lo convenido, no se admitía demanda de invalidación.

*Afirmación.* El principio *pacta sunt servanda* se afirmó plenamente en el Derecho español en la ley única del tít. XVI del Ordenamiento de Alcalá, al declarar: “Sea valedera la obligación o el contrato que fueren hechos de cualquier manera a otro y hacer contrato con él”. Asimismo, en el Derecho peculiar aragonés, y con origen consuetudinario, no significa otra cosa la máxima *standum est chartae*, aun cuando en este caso parezca hacerse referencia a la necesidad del acto escrito, para evitar la fiabilidad o mala fe de los testigos en la prueba de los contratos verbales.

El remate de esta línea espiritualista, con las garantías mínimas que la experiencia impone, se encuentra en el art. 1255 del Código Civil español: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la Moral ni al orden público”. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, pág. 5).

- 3.1.2 Regla tradicional por la cual, jurídicamente, los pactos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos. Constituye este principio general del derecho (principio de los denominados tradicionales por De Castro) una manifestación de la autonomía de la voluntad y el alma del negocio jurídico.

Expresiones de tal principio las encontramos en los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.257 del Código Civil y 51 de Código de Comercio, que consagran la fuerza vinculante de los contratos. (Fundación Tomás Moro, 2007, pág. 1080).

- 3.1.3 Locución latina. Los pactos deben mantenerse. Lo estipulado por las partes, cualquiera que sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplido; o sea que ha de estar a lo pactado.

La locución y el concepto provienen de los canonistas medioevales y constituyen reacción espiritualista frente al formalismo riguroso que imperó en el Derecho Romano.

No obstante la amplitud que este apotegma establece, se hallan implícitas ciertas restricciones, como no violar normas de orden público ni quebrantar por ello las buenas costumbres. (Ossorio y Florit, 1998, pág. 694)

### **3.2 *Rebus sic stantibus*:**

- 3.2.1 Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos. En virtud de la misma, las obligaciones subsistía mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamentalmente modificación. De sobrevenir un cambio importante en la situación general o en la prevista por las partes, el obligado podía resolver el negocio jurídico que le resultara en exceso oneroso. Esta cláusula se opone al principio *pacta sunt servanda* que obliga a cumplir en todo caso. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, págs. 169-170).
- 3.2.2 Locución latina. En los contratos, especialmente si son de tracto sucesivo, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia, por lo menos esencial, de los motivos o circunstancias que originaron el pacto. La locución latina puede traducirse por “continuando así las cosas”; es decir, manteniéndose como estaban al celebrarse el contrato. De ello se deduce que, lo mismo que en la imprevisión, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si, a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte excesivamente ruinosa o gravosa para el obligado o, posiblemente, para el acreedor.

El principio es también aplicable en Derecho Internacional Público a los tratados permanentes. (Ossorio y Florit, 1998, pág. 837).

- 3.2.3 En derecho civil, en materia de contratos, en particular los de tracto sucesivo, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia de los motivos y circunstancias que originaron el pacto. El principio expresado en latín, manteniéndose o continuando así las cosas según estaban al concertarse el contrato, implica que no cabe compeler al cumplimiento de la obligación si a la fecha de la ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte imposible o excesivamente gravosa o ruinoso para el obligado a su cumplimiento. Este principio tiene fundamentos similares a la teoría de la imprevisión. En derecho internacional público la cláusula *rebus sic stantibus* se reputa sobreentendida en los tratados permanentes.

El estado de cosas existente en el momento de la concertación no debe sufrir modificaciones esenciales, para que el tratado pueda mantenerse vigente. (AFA Editores Importadores, 2004, pág. 943).

### 3.3 Excesivo:

- 3.3.1 Que rebasa la cuantía cualidad u otras condiciones requeridas o normales. Abusivo. Ilegal; antirreglamentario. Extraordinario. Anormal. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, pág. 622).
- 3.3.2 Del latín *excessus*. Parte que excede y pasa más allá de la medida o regla. Cosa que sale en cualquier línea de los límites de lo ordinario o de lo lícito. Aquello en que algo excede a otra cosa. Abuso, delito o crimen. Exceso de peso. (Real Academia Española, 2014).
- 3.3.3 Excedente, sobrante. Fuera de límites. Abuso, atropello; acto ilícito. Delito o crimen. (Ossorio y Florit, 1998, pág. 411)

### 3.4 Onerosidad:

- 3.4.1 Gravoso. Molesto. Incómodo. Que supone gravamen, carga u obligación. Conmutativo o con recíprocas prestaciones. En las relaciones y negocios jurídicos, lo opuesto a lucrativo y gratuito; por referirse estas últimas calificaciones a la que sólo contiene beneficio, sin obligación positiva ni negativa. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, pág. 675).
- 3.4.2 Del latín *onerōsus*. Pesado, molesto o gravoso. (Real Academia Española, 2014).
- 3.4.3 Jurídicamente hace referencia a aquellos actos conmutativos de prestaciones recíprocas, o, dicho en otros términos, lo que no se adquiere a título gratuito. En ese sentido se habla de contrato y legado oneroso cuando la transmisión de los bienes se ha hecho mediante precio o con alguna carga. (Ossorio y Florit, 1998, pág. 680)

### 3.5 Equidad:

- 3.5.1 La fidelidad y paralelismo con que lo acompaña, llevaría a decir que la equidad es la sombra del derecho (v.), si cuanto de ella se ha pensado y escrito desde los albores de la organización humana no la presentaran como luz y complemento de aquél, ante la obscuridad o desamparo de la norma legal o frente a los rigores y estragos de su aplicación estricta. Ya por su etimología, del latín *aequitas*, igualdad, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima. Definiciones genéricas y técnicas. Antes de reflejar la opinión de los técnicos, y por lo quilates que siempre ha de reconocérsele al pensamiento de la Academia Española, se reproducen las cuatro acepciones que en su diccionario principal inserta: “Igualdad de ánimo. Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o

de la conciencia, más bien por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto determinante de la ley. Justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva. Moderación en el precio de las cosas que se compran, o en las condiciones que se estipulan para los contratos”. Una ecuación entre el rigor perceptivo y la realidad lacerante.

Como rosario o muestrario enunciativo, se insertan algunas definiciones y juicios vertidos sobre la equidad desde el clasicismo antiguo hasta la técnica de nuestros tiempos. La equidad ha sido considerada como *juris legitimi emmendatio* (legítima corrección del derecho), según Aristóteles; como *legis supplementum* (suplemento de la ley), que debía suplir a la ley, y a la cual debía para interpretar ésta y que había de prevalecer en caso de duda, según diversos aforismos romanos y justinianos. Ha sido caracterizada como el sueño del que sufre, como el tacto moral del juez, cual la razón intrínseca del Derecho (Mayans); “la previsión que templa la fuerza de la ley, la influencia benéfica que le da una ductilidad conveniente, la compañera de la justicia” (Gutiérrez); la conciencia de la verdad moral; el difícil discernimiento de lo justo y de lo injusto; “el derecho adaptado a las relaciones de hecho” (Windscheid); “la atmósfera que preside la formación del derecho” (Bortolotto); “la consideración de la individualidad en las personas y relaciones” (Puchta); “un principio de interpretación, no una fuente de derecho” (Giner de los Ríos); la rectitud y hasta la justicia; aunque precisamente por la mayoría se opone a ésta, y por todo se diferencian ambas ideas.

Lo que no puede ser la equidad es el enfoque jurídico personal por momentáneas conveniencias, parcialidad o favoritismo, fundado en aisladas interpretaciones retorcidas y en argumentaciones sofisticadas.

Procedencia. En criterio expresado por un aforismo romano, la equidad cumplía, en primer término, una función complementaria de la ley existente o de la ley faltante, de las lagunas del Derecho: “*Quum jure defficiamur,*

*aequitas prae oculis habenda est*” (A falta de ley, se acude a la equidad.). La equidad, realmente, no es incompatible con la justicia; sino que, al contrario, aquilata el valor de ésta, la afianza, le da vida. La equidad atenúa en efecto la norma de derecho positivo, disminuye el rigor de la ley cuando ésta es concebida como contraria a los principios de justicia: pero no es, en realidad, una fuente del derecho. Tal sistema es adoptado por el legislador francés, italiano, español y argentino. Los códigos civiles de estos países no mencionan la equidad, omitiéndola intencionalmente, como fuente jurídica. Sin embargo, el legislador español, al innovar, en 1974, en el título preliminar de la codificación civil, quiebra el silencio al respecto y declara: “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”; con lo cual se establece una restricción con respecto a la amplitud usual en el régimen supletorio precedente. La ratificación de lo anterior, dentro del derecho español, aparece a través de la doctrina del Tribunal Supremo, que entiende que los principios general (sic) del derecho, a los que se refería el reformado art. 6º del código y reemplazado ahora por el n. 4 del art. 1º-, cuando no hay ley exactamente aplicable, ni costumbre a falta de ella, no son otra cosa que la equidad; y que sirve asimismo ésta para interpretar los contratos, pero sin poder nunca prevalecer ni contra las disposiciones legales ni sobre las estipulaciones convenidas (sentencia del 29 de noviembre de 1899); porque en definitiva no cabe prescindir del axioma *dura lex, sed servanda* (Aun dura, la ley ha de aplicarse). Preceptos concretos. La equidad puede servir de criterio al juez, cuando el derecho positivo se lo permite, pero no cuando expresamente se excluye por preceptos legales, como en algún código procesal, que impone al juez la resolución exclusiva por la ley, sin permitirle juzgar de su valor intrínseco o de la equidad; si bien existe la válvula de que el juzgador debe interpretar la ley según su ciencia y conciencia, en la que nada impide que pese lo equitativo.

El Código Civil español se refiere a la equidad en las obligaciones con cláusula penal, donde declara: “El juez modificará equitativamente la pena cuando la

obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor” (artículo 1.154). De modo más concreto aún, al tratar del contrato de sociedad, dice en el artículo 1690: “Si los socios han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno de en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad.”.

Desestimado el recurso de casación en caso de condena de muerte, la Sala, oído el fiscal, puede proponer el indulto al gobierno si encuentra algún motivo de equidad (art. 953 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español). Es interesante consignar la disposición contenida en el art. 47 de la Ley española de Jurados Mixtos, donde se determinaba que el juez debía fallar de acuerdo con la equidad. En materia laboral, por tanto, la libertad de apreciación del juez se señalaba precisamente por la admisión expresa de la equidad como fuente de derecho. Ahora bien, cabe repetir la frase de aquellos litigantes que en Francia, siglos atrás, clamaban diciendo “¡Líbreños Dios de la equidad!”. Precisamente por no estar definida, si siquiera determinados sus puntos esenciales, es peligrosa esta aplicación de la equidad como fuente de derecho. (“*Actio in bonum et in aequum concepta*”; “*Aequitatis ratione*” y “*vinculum*”; Arbitraje de equidad. Arbitrio judicial; “*Equitable law*”; “*Ex aequo et bono*”; Igualdad, “*Ratio aequitatis*”). (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, págs. 491-492).

- 3.5.2 Técnica de aplicación de la ley a especiales situaciones. En sentido más general, el concepto de la equidad se corresponde con dos acepciones propias. De un lado, se identifica con la *epiqueia* aristotélica, que es la aceptada por nuestra doctrina cuando considera la equidad como un “instrumento de corrección de la ley en lo que ésta falle por su excesiva generalidad, adaptando el mandato normativo a las circunstancias concretas del caso específico”. Junto a él, se halla el concepto de la *equitas* romano-cristiano, o instrumento de humanización de la norma en función de los méritos del caso concreto,

señalando Corts Grau que la equidad no implica suavidad sino justeza; es la justicia del caso concreto.

Como ha escrito Castán Tobeñas, la equidad, a diferencia de la justicia, toma en cuenta un sentido humano que debe tener el derecho, prevaleciendo, frente a las consideraciones normales y regulares, la circunstancia del caso concreto.

La equidad no es fuente de derecho naturalmente, deviene en instrumento para hacer incidir en el derecho positivo los criterios informadores de los principios generales.

Siendo la equidad una de las expresiones del ideal de justicia informador del ordenamiento, y siendo ésta un ingrediente necesario del derecho positivo, la equidad viene a formar parte de él. Por eso, cuando se contraponen solución de derecho frente a solución de equidad, no debe entenderse que la misma supone un escapismo, sino el recurso a otras normas que se aplican así mismo equitativamente (solución de nuestra Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 1953), aunque no estén formuladas legalmente.

La forma del título preliminar del Código Civil, recoge expresamente la equidad como instrumento de aplicación jurídica, al señalar, que la “equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita” (artículo 3.2 C.C.). La Ley de bases de 17 de marzo de 1973, para la modificación del título preliminar del Código Civil, señalaba a la equidad para presidir la aplicación de las normas “dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica” (Base 2.2). Y la Exposición de motivos del Decreto 1.836, de 31 de mayo de 1974, expresaba, respecto del valor reconocido a la equidad, que la misma no aparecía “invocada como fuente del derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros. Consiguientemente, una solución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales; sin

embargo, podrán recibir la benéfica influencia de la equidad [...]”. No obstante, y de manera ocasional, le cumple el cometido de expresar un arbitrio ajustado al caso por el juzgador, si está expresamente reconocido en las normas. (Fundación Tomás Moro, 2007, págs. 647-648).

- 3.5.3 Del latín *aequitas*, *-ātis*. Igualdad de ánimo. Bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva. Moderación en el precio de las cosas, o en las condiciones de los contratos. Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. (Real Academia Española, 2014)

### 3.6 Resolución:

- 3.6.1 Solución de problema, conflicto o litigio. Decisión, actitud. Firmeza, energía. Valor, arrojo, arrestos. Expedición, prontitud, diligencia celosa. Medida para un caso. Fallo, auto, providencia de una autoridad gubernativa o judicial. Rescisión. Acto, hecho, o declaración de voluntad que deja sin efecto una relación jurídica. Término, extinción de un plazo. Destrucción. Análisis de un compuesto, para su examen material o reflexivo. Atrevimiento, osadía. Cambio de una cosa, reducida luego a otra.

Resolución de las obligaciones. Hecho o declaración de voluntad que deja sin efecto ulterior las obligaciones existentes o establecidas, e incluso ejerce poder retroactivo sobre las mismas. Con formulaciones muy similares, diversas máximas del Derecho Romano establecían un principio que, con terminología contemporánea, cabría denominar de resolución en cadena. Así, en aforismo muy citado se dice: “*Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*” (Resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido.).

En la legislación moderna, como regla específica, pese a estar pendiente de condición resolutoria y sin perjuicio de los efectos de su resolución, es exigible desde luego toda obligación que la contenga; por cuanto otra decisión legal significaría la inestabilidad jurídica plena y una equiparación casi con la especie opuesta de la condición suspensiva y para ambas partes por añadidura.

En las obligaciones recíprocas, la facultad de resolverlas se entiende implícita para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe. El perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos. También cabe pedir la resolución, después de haber optado por el cumplimiento, si este se torna imposible. El tribunal puede decretar la resolución reclamada, o señalar plazo, si estima que existen causas justificadas para esa previa dilación (artículo 1.124 del Código Civil español).

Resolución de los contratos. Acto jurídico que deja sin efecto un contrato válidamente concertado. Para Sagués: la reducción a la nada de un contrato.

Distingos técnicos. Cerrillo y Quílez anota estas diferencias entre resolución contractual y otros conceptos próximos de invalidez de las convenciones o declaraciones de voluntad que las crean. Se diferencia de la denuncia, en que ésta se refiere a lo futuro; como el preaviso en cuanto al despido. De la revocación, por relacionarse casi siempre, y exclusivamente, con la declaración de voluntad tan sólo de la parte que había tomado la iniciativa de un negocio jurídico no consumado, caso frecuente en el mandato; y que podríamos calificar de arrepentimiento eficaz. De la declaración rechazadora de prestaciones que exige la indemnización por el incumplimiento; ya que el contrato subsiste, por reclamarse su valor tan sólo. De la impugnación por anulabilidad, por aducirse aquí un defecto, situación distinta de la validez general del contrato resuelto. De la rescisión, por ser ésta tan solo subsidiaria, y basarse principalmente en la lesión; aunque se señale la confusión de ambos términos por el legislador español al tratar de las arras (art. 1.454) de la cabida

de los inmuebles (arts. 1.469 y ss.), de la evicción y el saneamiento (arts. 1.483) y 1.486 y sobre la transacción (art. 1.819 ).

Muestrario resolutorio. El mismo autor expresa que los casos más frecuentes de resolución contractual son: a) por caducidad, si dentro de cierto plazo no se cumple; b) por arrepentimiento, con consecuencias como la pérdida de las arras, de haberse pactado; c) en virtud de una cláusula “*rebus sic stantibus*”, por alteración importante de las bases o situaciones en que se contrató, y de modo fundamental por depreciación de la moneda; d) por guerra, huelga y fuerza mayor en general; e) en los negocios fijos, a favor del acreedor para el supuesto de no hacerse la prestación a tiempo. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, págs. 187-188).

- 3.6.2 Del latín *resolutio*, *-ōnis*. Acción y efecto de resolver o resolverse. Ánimo, valor o arresto. Actividad, prontitud, viveza. Cosa que se decide. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial. Distinción o separación mayor o menor que puede apreciarse entre dos sucesos u objetos próximos en el espacio o en el tiempo. Terminación de una enfermedad, especialmente de un proceso inflamatorio. Paso de un acorde disonante a otro consonante. Este último acorde con relación al anterior. (Real Academia Española, 2014).
- 3.6.3 Una de las acciones del verbo resolver es deshacer, destruir. En consecuencia, resolver un contrato equivale a deshacerlo o destruirlo. Es, pues, una forma de extinción de los contratos, demandable por uno de los contratantes cuando en los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, la prestación a su cargo se tornare excesivamente oneroso por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, así como también cuando en los contratos aleatorios la excesiva carga esté producida por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanza a los efectos ya cumplidos ni es procedente si el perjudicado hubiere obrado con culpa o

estuviere en mora. La otra parte puede impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato. En los contratos con prestaciones recíprocas, se entiende implícita la facultad de resolución cuando uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. (Ossorio y Florit, 1998, pág. 876).

### **3.7 Revisión:**

- 3.7.1 Nueva consideración o examen. Comprobación. Registro. Verificación de cuentas. En las operaciones de reclutamiento, comprobación anual de las excepciones y exenciones temporales del servicio militar, después de haber entrado los respectivos reclutas. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, pág. 225).
- 3.7.2 Ver con atención y cuidado. Someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo. (Real Academia Española, 2014).
- 3.7.3 Nueva consideración o examen. Comprobación. Registro. Verificación de cuentas. En las operaciones de reclutamiento, comprobación anual de las excepciones y exenciones temporales del servicio militar. Recurso extraordinario, para rectificar una sentencia firme, ante pruebas que revelan el error padecido. (Ossorio y Florit, 1998, pág. 883).

### **3.8 Libertad contractual:**

- 3.8.1 [...] [G]arantiza la santidad del contrato. Una vez pactado válidamente, el contrato no debe ser modificado por leyes ni por disposiciones de cualquier clase. Con un dispositivo de esta clase, la nefasta intromisión del Estado en los contratos de alquileres, para congelar arriendos, hubiera sido constitucionalmente imposible. Tal intromisión del Estado ha sido, como digo, nefasta [...]. Los conflictos contractuales se solucionan, naturalmente,

en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos previstos en el contrato o contemplados en la ley. (Chirinos Soto & Chirinos Soto, 2006, pág. 155)

- 3.8.2 Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han venido a celebrar. En realidad, se trata, no de establecer quiénes van a ser las partes y el tipo del contrato (en el caso de los contratos típicos), pues ello corresponde al ejercicio de la voluntad de conclusión, sino de estipular el conjunto de cláusulas que van a dar individualidad al contrato, distinguiéndolo de todos los demás. Se trata, pues, de las cláusulas relativas al objeto preciso del contrato, la naturaleza de las prestaciones, las particularidades de su ejecución, las modalidades a que está sujeto el contrato, la renuncia al saneamiento, etc. (De La Puente y Lavalle, 1991, págs. 273-274)
- 3.8.3 Las partes pueden estipular lo que crean conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, concebido como contenido mínimo (por lo que aquí es irrelevante lo que las partes pacten), ni puede usar del contrato para ir más allá de lo que la ley autoriza (por lo que son nulos los pactos que transgreden el límite). Así mismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a unos contenidos mínimos para cada parte (condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme con los criterios legalmente fijados (contratos de adhesión). (Fundación Tomás Moro, 2007, pág. 409)

### **3.9 Equilibrio:**

- 3.9.1 Materialmente, la compensación de fuerzas contrarias, por destrucción mutua. Figuradamente, igualdad de impulsos; contrapeso o armonía entre lo diverso. Normalidad del juicio; ecuanimidad, sensatez, imparcialidad, moderación, mesura; sea en las pasiones, en las ideas o en los conflictos. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1994, pág. 492).

3.9.2 Del latín *aequilibrium*. Estado de un cuerpo cuando fuerzas encontradas que obran en él se compensan destruyéndose mutuamente. Situación de un cuerpo que, a pesar de tener poca base de sustentación, se mantiene sin caerse. Peso que es igual a otro y lo contrarresta. Contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas. Ecuanimidad, mesura, sensatez en los actos y juicios. Actos de contemporización, prudencia o astucia, encaminados a sostener una situación, actitud, opinión, etc., insegura o dificultosa. (Real Academia Española, 2014).

3.9.3 En general, situación de estabilidad y compensación entre las variables económicas. Aplicado a los mercados, situación de igualdad entre la oferta y demanda; para un presupuesto, igualdad entre los gastos y los ingresos y en el ámbito de las economías domésticas, situación que se produce cuando las necesidades se ven satisfechas por los recursos generados. (Banco Central de Reserva del Perú, 2011).

### **3.10 Intervencionismo judicial contractual:**

3.10.1 Ejercicio reiterado o habitual de la intervención en asuntos internacionales. Sistema intermedio entre el individualismo y el colectivismo. (Real Academia Española, 2014)

3.10.2 El principio del intervencionismo o dirigismo contractual, por cuanto la concepción clásica de la autonomía de la voluntad, ha sido superada, ya que la igualdad legal, no es equivalente a la igualdad real, debido a las grandes desigualdades económicas. (Miranda Canales, 1986, pág. 285).

3.10.3 También se le conoce como intervencionismo estatal, frente a la pasividad del *laissez faire*. Se trata de la intervención que el Estado adopta en asuntos sociales, económicos y laborales, cual solución intermedia entre el individualismo de los liberales y capitalistas y el colectivismo de las distintas tendencias, del anarquismo al comunismo, pasando por el socialismo, para

solución o alivio del problema social. (Cabanellas de Torres, Diccionario enciclopédico de derecho usual, 1994, pág. 482)

### **3.11 Socialización del contrato:**

3.11.1 El intervencionismo del juez y el legislador en la vida contractual y la evolución en los métodos de interpretación judicial, son signos característicos del vasto movimiento de socialización que se opera en la teoría de los contratos y que tiende a destruir el dogma de los derechos subjetivos absolutos y afirma la relatividad de los mismos. (Céspedes Ramírez, 2015).

3.11.2 El contexto de desigualdad contractual, fue llenado por una doctrina más social, en búsqueda de una armonía de libertades dirigida directamente a restablecer una cierta justicia conmutativa. (Benítez Caorsi, 2013, pág. 39).

3.11.3 Es una suerte de amortiguamiento sobre la voluntad de las partes, restándoles la posibilidad de celebrar contratos “leoninos” o con cláusulas exorbitantes. (Osterling Parodi, 2010).

## **4. Interrogantes y objetivos:**

**4.1 Interrogante general:** ¿Es conveniente eliminar la facultad del juez de aumentar la prestación o disminuir la contraprestación en caso que la prestación se vuelva excesivamente onerosa, dejando como única posibilidad la resolución del contrato?

**Objetivo general:** Determinar si es conveniente suprimir la facultad del juez de aumentar la prestación o disminuir la contraprestación en caso que la prestación se vuelva excesivamente onerosa, dejando como única posibilidad la resolución del contrato.

- 4.1.1 **Interrogante específica:** ¿Es compatible el artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984 con la Constitución Política peruana vigente de 1993?

**Objetivo específico:** Determinar la compatibilidad entre el artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984 y la Constitución Política peruana vigente de 1993.

- 4.1.2 **Interrogante específica:** ¿Es homogénea la norma nacional sobre la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación con los principales cuerpos normativos internacionales y extranjeros?

**Objetivo específico:** Determinar si es homogénea la norma nacional sobre la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación con los principales cuerpos normativos internacionales y extranjeros.

- 4.1.3 **Interrogante específica:** ¿Es eficiente la revisión judicial de los contratos motivada por la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación conforme al artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984?

**Objetivo específico:** Establecer la eficiencia de la revisión judicial de los contratos motivada por la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación conforme al artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984.

- 4.1.4 **Interrogante específica:** ¿Ha sido eficaz la revisión judicial de los contratos motivada por la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación conforme al artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, conforme a los procesos judiciales que llegaron en casación a la Corte Suprema de Justicia de la República entre los años 2010 y 2014?

**Objetivo específico:** Determinar la eficacia de la revisión judicial de los contratos motivada por la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación conforme al artículo 1440° del Código Civil peruano vigente de 1984, conforme a los procesos judiciales que llegaron en casación a la Corte Suprema de Justicia de la República entre los años 2010 y 2014.

## 5. Antecedentes investigativos:

- 5.1 Muñoz Solís, José Ignacio (2013) *Análisis económico y jurídico de las soluciones que postula la teoría de la imprevisión en contratos cuyo cumplimiento es eficiente. Tesis para optar el título profesional de abogado.* Universidad de Chile. Santiago. (<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114354> consultada el 09 de abril de 2015).
- 5.2 Sacakini Garabed, Michel Elías (2012) *La revisión judicial del contrato. Análisis histórico, dogmático y de derecho comparado, con perspectivas para el derecho nacional. Tesis para optar el grado de abogado.* Universidad Austral de Chile. (<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fjs119s/doc/fjs119s.pdf> consultado el 04 de junio de 2015).
- 5.3 Saavedra Velazco, Renzo Esteban (2013) *Puntos de contacto entre la interferencia contractual y la efficient breach theory (un análisis dogmático, comparado y económico).* Tesis para optar el grado de maestro en derecho. Universidad Peruana de Ciencias. Lima (<http://repositorioacademico.upc.edu.pe/upc/handle/10757/316472> consultado el 09 de abril de 2015).
- 5.4 Suffiotti Cisternas, Gonzalo Javier y Ubilla Pareja, Marco Nicolás (2012) *La excesiva onerosidad sobreviniente en materia contractual.* Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad de Chile. Santiago. (<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107089> consultado el 09 de abril de 2015).

- 5.5 García Delgadillo, Fausto Oscar (2002) *Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda* en el derecho de los negocios internacionales. Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala.
- 5.6 Morales Hervias, Rómulo (2010) *Las Patologías y Remedios del Contrato. Tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. ([http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4682/MORALES\\_HERVIAS\\_ROMULO\\_PATOLOGIAS\\_CONTRATO.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4682/MORALES_HERVIAS_ROMULO_PATOLOGIAS_CONTRATO.pdf?sequence=1) consultado el 30 de mayo de 2015) (Morales Hervias, 2011).
- 5.7 Puente Fernández, Flor de María Gumerinda (1990) *El principio de la excesiva onerosidad como causa de modificación de las prestaciones o de resolución del contrato*. Tesis para optar el título profesional de abogada. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- 5.8 Morales Hurtado, Miguel Martín. (1987) *La Teoría de la imprevisión en el Código Civil de 1984: antecedentes, proyecciones y perspectivas en el Perú. Propuesta para su más efectiva aplicación*. Tesis para optar el grado de maestro en derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

## 6. **Hipótesis:**

Dado que, el artículo 1440° del Código Civil permite que el juez aumente la contraprestación o reduzca la prestación en caso que esta última se vuelva excesivamente onerosa.

Es probable que el juez no remedie el desequilibrio contractual o incluso lo agrave.

## 7. Esquema básico del contenido del informe:

### Capítulo I. Conceptos básicos y generalidades.

1. El contrato civil.-
2. La libertad contractual.-
3. La seguridad jurídica.-
4. Los límites de la libertad contractual y la socialización del contrato.-
5. El principio *Pacta sunt servanda*.-
6. El principio *Rebus sic stantibus*.-

### Capítulo II. Legislación y tendencias jurídicas contemporáneas.

1. Análisis legal de la excesiva onerosidad en el Código Civil.-
  - 1.1. Antecedentes normativos:
  - 1.2. Análisis de la norma vigente:
2. Legislación internacional.-
  - 2.1. Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales del Instituto para la Unificación del Derecho Privado – Unidroit:
  - 2.2. Principios de Derecho Europeo de los Contratos:
3. Legislación y jurisprudencia comparada.-
  - 3.1. Francia:
  - 3.2. Alemania:
  - 3.3. Italia:
  - 3.4. España:
  - 3.5. Argentina
  - 3.6. Chile
  - 3.7. Colombia

### Capítulo III. Análisis de la intervención judicial.

1. Generalidades del intervencionismo judicial.-
2. Eficiencia en la intervención judicial de los contratos.-
  - 2.1. Modelo de eficiencia aplicable:
  - 2.2. Bienes jurídicos que se pueden mantener o lograr:
  - 2.3. Bienes jurídicos que se pueden sacrificar:
  - 2.4. Resultado y balance del análisis costo beneficio realizado:

3. Eficacia en la intervención judicial de los contratos:
  - 3.1. Modelo de eficacia aplicable:
  - 3.2. Incentivos a la intervención judicial de los contratos:
  - 3.3. Desincentivos a la intervención judicial de los contratos:
  - 3.4. Análisis de la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú de los años 2010 al 2014:
    - 3.4.1. Casación N° 1258-2009-Arequipa:
    - 3.4.2. Casación N° 4245-2011-Lima:
    - 3.4.3. Casación N° 712-2014-Lima:
  - 3.5. Resultado y balance del análisis de eficacia:

## 8. **Metodología operativa:**

### 8.1 Fuentes de consulta:

- 8.1.1 Fuentes primarias: Legislación y jurisprudencia nacional, supranacional y extranjera.
- 8.1.2 Fuentes secundarias: Doctrina nacional y extranjera.

### 8.2. Estrategia metodológica:

- 8.2.1. Primero se realizará un análisis pormenorizado de los conceptos generales a través de la doctrina nacional y extranjera.
- 8.2.2. Después se revisarán los antecedentes legales peruanos respecto al principio *rebus sic stantibus*. Para luego realizarse el análisis de instrumentos jurídicos supranacionales y ordenamientos jurídicos extranjeros.
- 8.2.3. Finalmente se realizará un análisis de eficiencia y eficacia. El primero a través del análisis económico del derecho y el segundo a través de un análisis de la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú a través del

*case method* desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

## 9. Cronograma:

Tarea	Fecha de inicio	Fecha de final
Búsqueda bibliográfica	martes, 1 de Setiembre de 2015	sábado, 31 de Octubre de 2015
Revisión bibliográfica	domingo, 1 de Noviembre de 2015	domingo, 31 de Enero de 2016
Elaboración de fichas bibliográficas	lunes, 1 de Febrero de 2016	lunes, 29 de Febrero de 2016
Análisis de la bibliografía	martes, 1 de Marzo de 2016	sábado, 30 de Abril de 2016
Redacción del informe final	domingo, 1 de Mayo de 2016	domingo, 31 de Julio de 2016

## 10. Bibliografía:

### **Bibliografía básica sobre el problema de investigación:**

Arias Schreiber Pezet, M. (1988) *Fuentes de las Obligaciones. En D. Revoredo de Debakey, Código Civil: Exposición y Comentarios.* (Tercera ed., Vol VI) Lima: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil.

Bullard González, A. (2010) *Derecho y Economía.* (Segunda ed.) Lima: Palestra Editores.

Cooter, R. & Ulen, T. (1998) *Derecho y Economía.* (Primera ed.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Posner, R. (2013) *El Análisis Económico del Derecho.* (Segunda ed.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Gaceta Jurídica (2007) *Código Civil Comentado.* (Segunda ed., Vol. VII) Lima: Gaceta Jurídica.

Kresalja, B. & Ochoa, C. (2009) *Derecho Constitucional Económico.* (Primera ed.) Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Revoredo de Debaquey, D. (1988) *Código Civil: Antecedentes Legislativos, Comparación con el Código de 1936*. (Segunda ed.) Lima: Delia Revoredo de Debaquey.

Ripert, Georgers & Boulanger, J. (1963) *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. (Vol. I) (D. García Daireaux, Trad.) Buenos Aires: La Ley.

### **Bibliografía sobre metodología de la investigación jurídica:**

Amado Mendoza, A. M. (2014) *Guía de taller de investigación jurídica*. Arequipa: Programa Profesional de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

Amado Mendoza, A. M. (2014) *Guía metodológica de investigación jurídica*. Arequipa: Programa Profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

American Psychological Association (2010) *Manual de publicaciones de la American Psychological Association*. (Tercera ed. de la trad. de la sexta ed. en inglés) (M. Guerra Frías, Trad.) México Distrito Federal: El Manual Moderno.

Cáceres Arce, J. L.; Amado Mendoza, A. M. & Chirinos Pacheco de Rivero, C. P. (2011) *Guía académica para la investigación jurídica*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.

Garvin, D. (setiembre de 2003) Making the case en *Harvard Magazine*, recuperado el 28 de agosto de 2016 de <http://harvardmagazine.com/2003/09/making-the-case-html>

Ramos Núñez, C. (2002) *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. (Segunda ed.) Lima: Gaceta Jurídica.

### **Bibliografía sobre los conceptos básicos del problema de investigación:**

AFA Editores Importadores. (2004). *Gran Diccionario Jurídico Elemental* (Vol. II). Lima: AFA Editores Importadores.

Banco Central de Reserva del Perú. (marzo de 2011). *Glosario de términos económicos*. Recuperado el 28 de mayo de 2015, de Banco Central de Reserva del Perú: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf>

Benítez Caorsi, J. (2013). *Solidaridad contractual: Noción posmoderna del contrato*. Zaragoza: Reus.

- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo tercera ed., Vol. II). Sao Paulo: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo tercera ed., Vol. III). Sao Paulo: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Vigésimo cuarta ed., Vol. IV). Sao Paulo: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo tercera ed., Vol. V). Sao Paulo: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo tercera ed., Vol. VI). Sao Paulo: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésimo tercera ed., Vol. VII). Sao Paulo: Heliasta.
- Céspedes Ramírez, J. E. (03 de Junio de 2015). *Principales corrientes doctrinarias de la contratación civil*. Obtenido de Revista de Investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos:  
<http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10531/9767>
- Chirinos Soto, E., & Chirinos Soto, F. (2006). *La Constitución: Lectura y comentario* (Quinta ed.). Lima: Rhodas.
- De La Puente y Lavallo, M. (1991). *El contrato en general* (Primera ed., Vol. I). Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fundación Tomás Moro. (2007). *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid: Espasa.
- Fundación Tomás Moro. (2007). *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Calpe.
- Miranda Canales, M. (1986). *Teoría General de los Contratos*. Lima: Cusco S.A.
- Morales Hervias, R. (2011). *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista.
- Ossorio y Florit, M. (1998). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Vigésimo quinta ed.). Barcelona: Heliasta.
- Osterling Parodi, F. (noviembre de 2010). *Principales principios contractuales*. Recuperado el 3 de junio de 2015, de Osterlingfirm:  
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20principios%20contractuales.pdf>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 14 de abril de 2015, de 22° edición: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

11. **Anexos:**

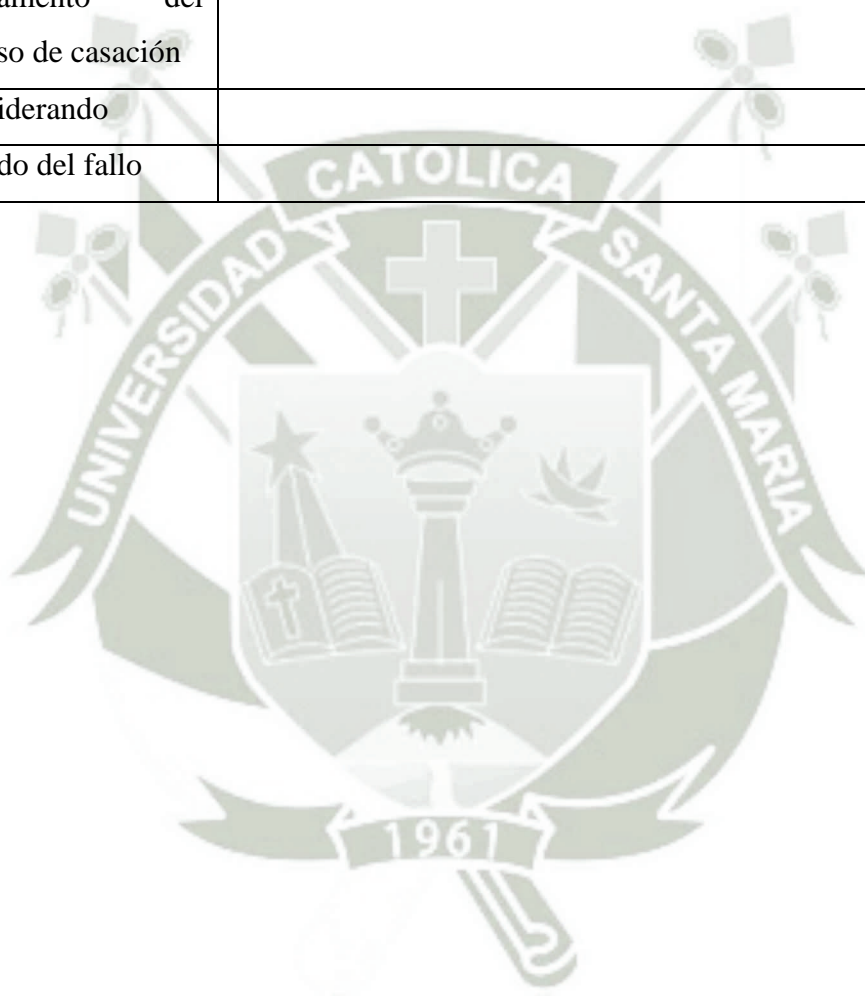
11.1. **Ficha bibliográfica:**

Ficha bibliográfica N°			
Autor			
Título			
Editorial		Lugar y año	
Biblioteca			



**11.2. Ficha de observación estructurada:**

Ficha de observación estructurada N°	
Casación N°	
Fecha de publicación en El Peruano	
Sala Suprema	
Fundamento del recurso de casación	
Considerando	
Sentido del fallo	



fecha cinco de febrero del año dos mil nueve, por el Banco Interamericano de Finanzas; contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y tres; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha tres de diciembre del año dos mil ocho, obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y tres, su fecha tres de diciembre del año dos mil ocho, **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de costas y costos derivados de la tramitación del presente recurso, así como al pago de una multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los autos seguidos por el Banco Interamericano de Finanzas contra Caps & Seals Sociedad Anónima, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y devuélvase oportunamente; interviniendo como ponente la señora Juez Supremo Mac Rae Thays.- **SS. CELIS ZAPATA, MIRANDA MOLINA, MAC RAE THAYS, ARANDA RODRÍGUEZ**

**EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TICONA POSTIGO ES COMO SIGUE: y, CONSIDERANDO: Primero.-** Que, al formular contradicción contra el mandato ejecutivo, la ejecutada Caps and Seals Sociedad Anónima alegó la causal de extinción de la obligación, por cuanto: **1)** La suscrita y sus avales Julio Dante Angeleri Zapata, Pilar Gallego Crespo, Rubén Augusto Milla Castillo y Brenda Marianella Valcárcel, suscribieron el pagaré puesto a cobro en garantía del préstamo hipotecario otorgado por Escritura Pública de fecha veintitrés de junio del año dos mil tres para la adquisición del inmueble ubicado en la Avenida Alonso de Molina número ciento siete, distrito de Ventanilla, que era propiedad de la parte demandante, pero debido a la crisis económica que atravesaba su empresa se vieron obligados a devolver el citado bien, quedando así liberados de toda obligación y responsabilidad; **2)** Asimismo, mediante Escritura Pública de Resolución de Fianza Solidaria de fecha seis de mayo del año dos mil cinco, tanto sus avales como la ejecutante señalaron que "...al no existir obligaciones crediticias pendientes de pago, deciden resolver la fianza...", con lo cual queda demostrado fehacientemente que a la fecha ya no existen obligaciones que puedan ser exigibles por la entidad demandante; **Segundo.-** Que, en autos no obra la Escritura Pública de fecha veintitrés de junio del año dos mil tres, y menos algún otro documento que relacione al pagaré puesto a cobro como garantía de su suscripción, y si bien obra en autos la citada Escritura Pública de Resolución de Fianza Solidaria, que corre a fojas cuarenta, se advierte que dicho documento fue suscrito entre el Banco Interamericano de Finanzas y los señores Julio Dante Angeleri Zapata, Pilar Gallego Crespo, Rubén Augusto Milla Castillo y Brenda Marianella Valcárcel, no apareciendo que en la misma haya intervenido la obligada principal Caps and Seals Sociedad Anónima, como sí lo hizo al momento de su constitución según aparece de la Escritura Pública de Constitución de Fianza Solidaria de fecha diecisiete de julio del año dos mil uno, obrante a fojas trescientos dos; **Tercero.-** Que, igualmente, en la Escritura Pública de Resolución de Fianza Solidaria no se hace mención alguna a la obligación adquirida por la obligada principal con la ejecutada y menos aún se refiere la existencia del pagaré puesto a cobro; **Cuarto.-** Que, la Sala Superior estima que la contradicción es fundada porque al resolverse la fianza solidaria otorgada por los avales para garantizar el pago de todas las obligaciones directas e indirectas (incluyendo en este rubro al pagaré puesto a cobro) se entiende que ya no existían obligaciones pendientes de pago a favor del Banco demandante, sin precisar cómo es que la no participación de Caps and Seals Sociedad Anónima en la resolución de la Escritura Pública de Constitución de Fianza Solidaria de fecha diecisiete de julio del año dos mil uno que suscribió puede afectarla, además no se precisa cuál es la relación entre la resolución del citado contrato y la obligación adquirida por la obligada principal; **Quinto.-** Que, estas omisiones de parte del Colegiado Superior han dado lugar a que se expida una sentencia de vista que contiene un pronunciamiento *intra petita*, pues no se pronuncia sobre todos los argumentos principales de la pretensión impugnatoria interpuesta por la parte recurrente en el recurso de la alzada y, con ello, incumple la formalidad prevista en el artículo ciento veintidós incisos tercero y cuarto del Código Procesal Civil, el cual señala que las resoluciones contienen los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, además de la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos, razón por la cual aquélla se encuentra afectada de nulidad; **Sexto.-** Que, siendo así, al verificarse la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, debe ampararse el recurso de casación y proceder conforme a lo dispuesto en el numeral dos punto uno, inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil; consideraciones por las cuales, **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Banco Interamericano de Finanzas mediante escrito de fojas cuatrocientos sesenta y nueve; **SE CASE** la resolución impugnada y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y tres, su fecha tres de diciembre del año dos mil ocho; **SE MANDE** que la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima expida nuevo fallo, con arreglo a derecho y a lo actuado; **DISPONIÉNDOSE** la publicación de la presente

resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por el Banco Interamericano de Finanzas contra Caps and Seals Sociedad Anónima y Otros; sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y los devolvieron.- S. TICONA POSTIGO **C-511938-192**

**CAS. Nº 1258-2009 AREQUIPA.** Resolución de Contrato. Lima, dieciocho de diciembre del dos mil nueve.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, Vista la causa número doce cincuenta y ocho guión dos mil nueve, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del Recurso de Casación interpuesto a fojas doscientos noventa y cinco por Rufino Machaca Quinto, contra la resolución de vista de fojas doscientos ochenta y seis, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa el veintitrés de enero del dos mil nueve, que confirma la sentencia apelada, su fecha treinta y uno de julio del año dos mil ocho, que obra a fojas doscientos cuarenta, que declara fundada la demanda y declara la Resolución de Contrato y se ordena que el demandado devuelva la posesión del bien inmueble; y revoca en el extremo que declara infundada la reconvencción respecto a la pretensión de pago de mejoras útiles introducidas en el inmueble, reformándola la declararon fundada y se dispone que la parte demandante cumpla con pagar al demandado el monto de seis mil seiscientos quince punto ochenta y cuatro nuevos soles; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Concedido el Recurso de Casación a fojas treinta y nueve, por resolución de esta Sala Suprema del nueve de julio del año dos mil nueve, ha sido declarado procedente por la causal prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, esto es, por la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, alegando que el Colegiado Superior ha establecido que las partes celebraron un contrato de compraventa, por tanto el contrato de arrendamiento mediante el cual le entregó la suma de cinco mil dólares americanos completado con ello la suma de diecisiete mil dólares americanos, opera como parte del precio, ya que no podría existir un arrendamiento de bien propio por constituir un imposible jurídico, por lo que al no valorar dicha entrega la Sala incurre en gravísima incoherencia, violentándose su derecho al debido proceso, al no existir motivación fáctica ni jurídica sobre la naturaleza de dicho arrendamiento, con lo que se vulnera los artículos ciento veintidós inciso tercero del Código Procesal Civil y ciento treinta y nueve inciso quinto de la Constitución Política del Estado; alega que ha cumplido con pagar más del cincuenta por ciento del bien por lo que no procede la resolución del contrato conforme lo prevé el artículo mil quinientos sesenta y dos del Código Civil, deficiencia que ha sido denunciado en su Recurso de Apelación el mismo que no ha sido resuelto por el Superior, con lo que se infringe lo dispuesto por los artículos primero del Título Preliminar, trescientos cincuenta y cinco y trescientos sesenta y cuatro del Código Procesal Civil, asimismo se infringe el derecho a la instancia plural o doble instancia previsto en el artículo ciento treinta y nueve, inciso sexto de la Constitución Política del Estado. Alega que las partes han reconocido que se giraron cuatro letras de cambio donde aparecían el saldo del precio; **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal en el que se de oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal; **Segundo.-** Que, la contravención del debido proceso acarrea la nulidad procesal, entendiéndose por ésta aquel estado de anormalidad del acto procesal originado en la carencia de alguno de los elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido; **Tercero.-** Que, el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, establece que las resoluciones deben contener la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de las norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; asimismo el inciso cuarto del artículo veintidós del mismo Cuerpo de Leyes, señala que las resoluciones contienen la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos; **Cuarto.-** Que, a fin de verificar si en el presente caso se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, es pertinente indicar que mediante escrito de fojas cuarenta y tres, Nicolás Carranza Toledo en representación de Yrene del Castillo Echegaray, interpone demanda contra Rufino Machaca Quinto, sobre Resolución de Contrato, a fin de que el contrato de compraventa, su fecha primero de junio del año mil novecientos noventa y ocho, celebrado por Yrene del Castillo Echegaray y Rufino Machaca Melgar quede sin efecto por incumplimiento de pago de armadas y se ordene al demandado la

27950

CASACIÓN

El Peruano  
miércoles 30 de junio de 2010

devolución del bien. Asimismo, solicita el pago de una compensación equitativa por el uso del bien que valora en la suma de cuarenta y cinco mil ochocientos treinta y tres punto tres dólares americanos y la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los pagos pactados por las partes en la suma de treinta y cinco mil dólares americanos, más intereses legales, costas y costos, alegando que como propietaria del bien ubicado en la calle Túpac Amaru número doscientos ochenta guión doscientos doce del distrito de Mariano Melgar – Arequipa, el primero de junio del año mil novecientos noventa y ocho, celebró con el demandado un contrato de arrendamiento sobre el inmueble antes señalado por seis meses que vencía el primero de junio de mil novecientos noventa y ocho, por una merced conductiva de cinco mil dólares americanos y que paralelamente al arrendamiento, las partes celebraron un contrato de opción de compraventa (por error se denominó así ya que la intención era celebrar un contrato de compraventa) elevado a Escritura Pública sobre el mismo bien por el precio de veintiséis mil dólares americanos, que sería cancelado con cinco mil dólares a la firma del contrato y el saldo de veintidós mil dólares americanos serían entregados a los seis meses contados a partir de la celebración del contrato, esto es, el primero de octubre del año mil novecientos noventa y ocho, el mismo que no fue cumplido ya que pagó únicamente como inicial la suma de dos mil dólares americanos. Señala que tanto el contrato de arrendamiento como el de compraventa vencieron por lo que las partes acordaron celebrar una ampliación otorgando al demandado un nuevo plazo para la cancelación del precio del bien que ascendía a diecinueve mil dólares americanos, pactando que por el incumplimiento de pago en fechas acordadas el monto entregado a cuenta (dos mil dólares americanos), se consideraría como pago de intereses por el tiempo transcurrido; **Quinto.-** Que, Rufino Machaca Quinto, al contestar la demanda señala que lo arguido por el demandante, es falso, ya que no es propietaria actual del bien, asimismo, alega que el contrato de arrendamiento nunca existió y que suscribió con la demandante un contrato de compraventa el mismo que ha sido cancelado en su integridad, siendo que la demandante, se obligó a suscribir el contrato de compraventa definitivo el mismo que no ha cumplido. Señala que las pretensiones de la demandante resultan improcedente ya que no es posible resolver un contrato cuando se ha pagado la totalidad del precio y la obligación primitiva se ha extinguido. Además, reconviene, solicitando que se declare extinguida la obligación primitiva derivada del contrato de compraventa denominado opción de compraventa del primero de junio del año mil novecientos noventa y ocho y su ampliatoria del doce de febrero del año dos mil, que la demandante proceda a otorgar Escritura Pública correspondiente, que contenga la transferencia de la propiedad, y que se declare la resolución del contrato de compraventa por excesiva onerosidad de la prestación a su cargo, al resultar el precio fijado para la propiedad casi el doble de lo que costaría en situaciones normales, en forma accesoria solicita la devolución de doce mil dólares americanos, más el pago de intereses legales así como el pago de trece mil doscientos treinta y nueve nuevos soles a su favor por mejoras útiles introducidas en la propiedad; **Sexto.-** Que, el Juez ha declarado fundada la demanda de Resolución de Contrato, infundada en el extremo de la indemnización por perjuicios e infundada la reconversión, considerando que de autos se tiene que el demandado ha pagado la suma de doce mil dólares americanos, sin haber cancelado el valor total del inmueble, siendo de su cargo acreditar el pago, con lo que queda acreditado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado; en cuanto a la devolución del inmueble por parte del demandado, que al haberse acreditado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador demandado, se ha configurado la resolución contractual, consecuentemente procede la devolución del bien al vendedor demandante, debiéndose tener en cuenta lo pactado por las partes en la sexta cláusula de la escritura de opción de compraventa, respecto a la inexigibilidad de la devolución de los pagos parciales y gastos efectuados en el mantenimiento del bien; en cuanto a la compensación por el uso del bien alegado, debe tenerse en cuenta el contrato de arrendamiento que ha sido simultáneo al contrato de opción, por medio del cual se autorizaba tomar posesión del inmueble; **Séptimo.-** Que, Rufino Machaca Quinto, al apelar señaló entre uno de sus argumentos que el contrato de compraventa no puede resolverse si ya se pagó más del cincuenta por ciento del valor del mismo, lo que se encuentra probado y acreditado por la documentación que obra en el expediente, como es: **i)** Un pago de cinco mil dólares americanos, a la firma del documento de fecha nueve de marzo del año mil novecientos noventa y ocho; **ii)** Un pago de cinco mil dólares americanos a la firma del denominado contrato de arrendamiento por cuanto no se puede pagar como arrendamiento por un bien propio, en realidad lo que significa es un pago a cuenta del precio de la compraventa; y **iii)** Un pago de cinco mil dólares americanos, mediante cheque bancario que obra en el documento de fecha doce de febrero del año dos mil y **iv)** Un pago de dos mil dólares americanos reconocidos por la propia demandante en el mismo documento, su fecha doce de febrero del año dos mil; **Octavo.-** Que, el Colegiado Superior ha confirmado la apelada de fecha

treinta y uno de julio del año dos mil ocho, que obra a fojas doscientos cuarenta mediante la cual se falla fundada la demanda y declara la resolución de contrato y se ordena que el demandado devuelva la posesión del bien inmueble; y revoca en el extremo que declara infundada la reconversión respecto a la pretensión de pago de mejoras útiles introducidas en el inmueble, reformándola la declararon fundada y se dispone que la parte demandante cumpla con pagar al demandado el monto de seis mil seiscientos quince punto ochenta y cuatro nuevos soles, considerando que conforme se tiene del proceso de desalojo, se ha establecido que se trata de un contrato de compraventa más no de opción de compraventa, por tanto, el precio que se acordó del bien inmueble era de veintiséis mil dólares americanos de los cuales el demandado solo abonó doce mil dólares americanos, en consecuencia al haber abonado solo una parte del precio acordado se ha incurrido en causal de resolución de contrato previsto por el artículo mil quinientos sesenta y uno del Código Civil, que por la misma razón no corresponde amparar la reconversión sobre extinción de la obligación; en la cláusula sexta del contrato de opción de compraventa las partes acordaron que en caso se resolviera dicho contrato, los pagos a cuenta no serían devueltos por la vendedora, por lo que habiéndose amparado la pretensión principal de resolución de contrato no resulta amparable la pretensión de devolución de las sumas entregadas por el demandado a cuenta del precio, tanto mas si éste ha habitado en el bien durante más de diez años. En cuanto a las mejoras útiles, materia de reconversión del peritaje de parte que no ha sido cuestionado, del contrato de confección de estructuras metálicas de fojas setenta y siete y de la inspección judicial de fojas ciento cincuenta y dos se acredita la existencia de mejoras útiles introducidas en el inmueble *sub litis* consistente en un cerco perimétrico de ladrillo, parapeto en fachada del inmueble y pisos de cemento en patio, asimismo un depósito construido en la parte posterior del inmueble con techo de estructura metálica, siendo el valor de las obras complementarias de fábrica, según el peritaje de tres mil ciento quince punto ochenta y cuatro nuevos soles y de las estructuras metálicas del techo del depósito de tres mil quinientos nuevos soles; **Noveno.-** Que, analizada la sentencia de vista impugnada se advierte que no se encuentra debidamente motivada conforme lo prevén los incisos tercero y quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil y doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que el Colegiado no se ha pronunciado sobre el punto alegado por el recurrente en su escrito de apelación y que obra en el séptimo considerando de la presente resolución referido a que habría cancelado más del cincuenta por ciento del total del precio de la compraventa, debiendo establecerse con precisión si se imputa o no al pago del precio de la compraventa, la suma que aparece mencionada e el contrato de arrendamiento; por lo expuesto, la impugnada contiene además una indebida valoración de los medios probatorios conforme lo prevé el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil que indica, todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; **Décimo.-** Que, en consecuencia, al configurarse la causal del inciso tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, es de aplicación el inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por Rufino Machaca Quinto a fojas doscientos noventa y cinco, **CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y seis, su fecha veintitrés de enero del año dos mil nueve y en consecuencia **NULA** la resolución de vista, de fecha veintitrés de enero del año dos mil nueve que obra a fojas doscientos ochenta y seis, y resolviendo en sede de instancia **ORDENARON** que el Órgano Superior expida nuevo fallo con arreglo a ley, conforme a los expuesto precedentemente; **DISPUSIERON** la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Nicolás Carranza Toledo apoderado de Irene del Castillo Echegaray contra Rufino Machaca Quinto, sobre Resolución de Contrato, devuélvase oportunamente, *notificándose*, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Mirada Molina. SS. TICONA POSTIGO, CELIS ZAPATA, MIRANDA MOLINA, MAC RAE THAYS, ARANDA RODRIGUEZ C-511938-193

**CAS. Nº 1232-2009 SAN MARTÍN.** Desalojo por Ocupación Precaria. Lima, dieciocho de diciembre del año dos mil nueve.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número mil doscientos treinta y dos - dos mil nueve; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia. **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Marisol Jiménez Montenegro, contra la sentencia de vista de folios ciento treinta y cinco, contenida en la Resolución número quince, expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fecha trece de marzo del año dos mil nueve, que revocando la sentencia apelada, contenida en la Resolución número nueve, de fecha diez de diciembre del

instrumento; además, los impugnantes precisan que no se efectuó una valoración en conjunto de las pruebas obrantes en autos; agregan que judicialmente se acreditó que entre el causante Díaz Vértiz y Micaela Jesús Velarde Peralta existió una unión de hecho desde el veintiocho de julio de mil novecientos ochenta hasta el catorce de octubre de dos mil ocho.- **Segundo.**- Que, se advierte que en las instancias de merito se determinó judicialmente la unión de hecho entre José Benito Díaz Vértiz y Maribel Pascual Pereyra desde el año mil novecientos noventa y cinco hasta el catorce de octubre de dos mil ocho –véase fojas cuatrocientos sesenta y seis, y quinientos sesenta, respectivamente-; sin embargo, de autos se tiene que el Quinto Juzgado Especializado de Familia de Trujillo, mediante sentencia de fojas quinientos setenta y tres, del nueve de diciembre de dos mil diez, declaró fundada la demanda sobre declaración judicial de unión de hecho, interpuesta inicialmente por Micaela Jesús Velarde Peralta contra la sucesión de José Benito Díaz Vértiz; decisión jurisdiccional que declaró judicialmente la existencia de la unión de hecho entre Micaela Jesús Velarde Peralta y José Benito Díaz Vértiz desde el veintiocho de julio de mil novecientos ochenta hasta el catorce de octubre de dos mil ocho; que, dicha sentencia fue elevada en consulta y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad la que mediante la sentencia de vista de fojas quinientos setenta y nueve, del treinta de marzo de dos mil once, aprobó el extremo que declaró fundada la demanda en cuanto declaró judicialmente la unión de hecho, y desaprobó en cuanto al tiempo de convivencia, declarando que el periodo de convivencia se extendía desde el mes de julio de mil novecientos setenta y tres hasta el catorce de octubre de dos mil ocho.- **Tercero.**- Que en nuestro ordenamiento jurídico no puede existir dos resoluciones judiciales que resuelvan la misma controversia de modo contradictorio, puesto que esta situación vulnera las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica; que, en el presente caso, tanto el Juez Especializado de Familia de Trujillo y el Juez de Familia de la Corte Superior de Justicia de la Santa declararon respectivamente fundada la demanda sobre declaración judicial de unión de hecho entre José Benito Díaz Vértiz con personas distintas; así mientras el Juzgado Especializado de Familia de Trujillo declaró su unión con Micaela Jesús Velarde Peralta, el Juez de Familia de la Corte Superior de Justicia de la Santa hizo con lo propio Diana Maribel Pascual Pereyra, lo cual evidencia un imposible jurídico, teniendo en cuenta que se considera para tal efecto el mismo periodo de convivencia; que, en tal sentido, se debe ordenar que se emita nueva resolución teniendo en cuenta las observaciones realizadas en la presente Ejecutoria. **4.- DECISION:** Por estas consideraciones, de conformidad con el Dictamen Fiscal, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil; se declara: **a) FUNDADO** el recurso de casación de folios quinientos ochenta y nueve, interpuesto por los demandados Karla Lisseth Díaz Valverde y Jhon Edward Díaz Valverde; en consecuencia, declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas quinientos sesenta, del veinte de junio de dos mil once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Santa, e **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas cuatrocientos sesenta y seis, del veintidós de diciembre de dos mil diez. **b) DISPUSIERON** que el Juez Civil de la causa emita nueva resolución conforme a los fundamentos de la presente Ejecutoria. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por Maribel Pascual Pereyra contra Karla Lisseth Díaz Valverde, sobre declaración judicial de unión de hecho; interviene como ponente el señor Juez Supremo Calderón Castillo, SS. TÁVARA CORDOVA, RODRIGUEZ MENDOZA, HUAMANI LLAMAS, CASTAÑEDA SERRANO, CALDERÓN CASTILLO **C-951617-73**

**CAS. Nº 4127-2011 LIMA.** Lima, once de junio de dos mil doce.- **AUTOS Y VISTOS; Con los acompañados; y, CONSIDERANDO:** **Primero.**- Que, mediante resolución de fecha veintiuno de diciembre del año próximo pasado, este Supremo Tribunal, concedió a la recurrente Mercedes Bersabé Sanchez Palacios un plazo de tres días a fin de que presente la tasa judicial por concepto de recurso de casación, el mismo que se verificó dentro del plazo concedido, conforme aparece de la razón de secretaria de fojas treinta y dos del citado cuadernillo.- **Segundo.**- Que, habiéndose cumplido con los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, por cuanto el recurso de casación se interpuso ante la Sala Superior respecto de una resolución que en revisión pone fin al proceso, al confirmar la decisión de primera instancia que declaró infundada la demanda de tercería de propiedad; dentro del plazo de diez días, al haber sido notificada el dieciocho de agosto del dos mil once, cumpliendo con el pago de la tasa judicial en vía de subsanación.- **Tercero.**- Que, en relación a los requisitos de procedencia, igualmente se satisface la exigencia prevista en el inciso 1º del artículo 388 del Código Procesal Civil, al haber consentido la decisión de primera instancia que le fue adversa.- **Cuarto.**- Que, la recurrente invoca como causales de su recurso la **infracción normativa de los artículos 950 y 952 del Código Civil.** Alegando que se interpreta erróneamente los preceptos legales antes citados, al requerírsele que tenga sentencia con la calidad de cosa juzgada en el proceso de prescripción adquisitiva de dominio a fin de que se declare fundada su demanda de tercería; no obstante ello, se estableció que para ser propietario por usucapión no se requiere el inicio de proceso judicial aludido,

siendo esto de naturaleza potestativo. Agrega que la interpretación correcta es que resulta facultativo tener sentencia definitiva, en tanto, lo declarado en un proceso de usucapión, no es constitutivo del derecho, sino declarativo, citando para el efecto lo señalado en la casación número 2318-2005-Santa, señalando que su pedido es revocatorio.- **Quinto.**- Que, el recurso de casación concebido por nuestro ordenamiento procesal civil, al ser modificado por la Ley 29364, no dejó su carácter formal y su naturaleza extraordinaria, en el que constituye requisito fundamental la claridad y precisión de sus planteamientos; además de que según las reglas previstas en el numeral 388 del Código Procesal Civil, debe demostrarse la incidencia directa que tiene el agravio invocado en el fallo recurrido.- **Sexto.**- Que, en el caso de autos, la actora bajo una supuesta infracción de las normas materiales denunciadas, pretende modificar el juicio de hecho establecido por las instancias, que luego de la valoración del causal probatorio aportado al proceso, emite una sentencia desestimatoria, al concluir que la actora no pudo demostrar su condición de propietaria del predio materia de tercería, sustentada en haberlo adquirido en vía de usucapión, al no contar con una sentencia que así lo establezca; no advirtiendo tampoco la incidencia directa que tendría en el fallo recurrido, en tanto, la actora confunde, con la probanza de la propiedad, toda vez, que mientras la propiedad es un derecho, la probanza es una carga, y como han señalado las instancias ello no puede ser analizado en el proceso de tercería de propiedad, máxime si como también se agrega en la recurrida, al no presentar la recurrente sentencia favorable alguna, permite vislumbrar la inconsistencia de sus argumentos, que sólo contribuyen a dilatar de manera innecesaria el trámite de la presente causa; en tal virtud, no se cumplen con las exigencias previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil.- Por lo expuesto y en aplicación del numeral 392 del Código Procesal Civil, **Declararon IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Mercedes Bersabé Sanchez Palacios; **DISPUSIERON;** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en los seguidos por la recurrente con Luis Migue Herrera Barrios y otros sobre tercería de propiedad; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo, señor Castañeda Serrano.- SS. TÁVARA CORDOVA, RODRIGUEZ MENDOZA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA, CALDERÓN CASTILLO **C-951617-74**

**CAS. Nº 4245-2011 LIMA.** Lima, treinta y uno de mayo de dos mil doce.- **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.-** Con el acompañamiento, vista la causa número cuatro mil doscientos cuarenta y cinco guión dos mil once, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, y producida la votación con arreglo a la Ley; emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército de fecha doce de setiembre de dos mil once, que corre a fojas mil diez, contra la sentencia de vista de doce de agosto de dos mil once que corre a fojas novecientos setenta y ocho que declara nulo todo lo actuado e improcedente la demanda. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Por resolución de fojas veinticinco del cuaderno de casación, su fecha nueve de diciembre de dos mil once, esta Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, por la causal de: **Infracción por inaplicación del artículo 1446 del Código Civil,** bajo el argumento que si bien el artículo 1445 del Código Civil establece que 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, la norma denunciada como infraccionada establece que 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; a la fecha el agravio continúa y como tal no ha caducado la acción. Lo que demuestra que la Sala Superior ha omitido la aplicación del referido dispositivo legal. **3. ANTECEDENTES:** Para efectos de determinar si en el caso concreto se ha infringido la norma referida, es necesario realizar las precisiones que a continuación se detallan: **1.** Mediante escrito de fecha veinticuatro de diciembre de dos mil nueve de fojas doscientos setenta y dos guión c, la Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército peticiona que la prestación a su cargo respecto a los contratos de compra venta celebrados con la demandada sean reducidos en su valor en una suma equitativa, señalando como fundamentos: **i)** Que, ORES FOVIME fue creado por Ley Nº 24686, modificada por Decreto Legislativo Nº 732, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 094-DE/CC-FF.AA, se rige por aportaciones de las remuneraciones de los miembros del Ejército así como aportes del Estado de las remuneraciones pensionables, y de acuerdo a dichas normas los recursos de la demandada están destinados a la construcción y adquisición de viviendas para el personal militar en situación de actividad, disponibilidad y retiro con goce de pensión que deben ser adjudicadas por sorteo, siendo estas, en consecuencia, de carácter social y sin fines de lucro, sin que la Ley especifique pago de intereses en la cancelación del precio; sin embargo, la demandada arbitrariamente viene cobrando variados y elevados intereses ya que las aportaciones no han sido incluidas en el pago de las viviendas, cobrándoles precios sobrevalorados y en moneda extranjera que

41504

## CASACIÓN

El Peruano  
Lunes 1 de julio de 2013

superan incluso precios comerciales; *ii*) Que, los adjudicatarios se ven limitados de pagar el alto monto de las cuotas mensuales en moneda extranjera, fijados en US\$ 525.10 Dólares Americanos, por un departamento cuyo precio es de US\$ 98,214.56 Dólares Americanos, con intereses a rebatir del tres punto cinco por ciento anual a pagarse en veinte años, incrementándose el precio a US\$ 142,000.00 Dólares Americanos; *iii*) Que, el alto costo de las propiedades no se justifica pues han sido construidas en los propios terrenos del Ministerio de Defensa; *iv*) Que, el acontecimiento extraordinario e imprevisible generado por la recesión económica que atraviesa el país ha motivado que la prestación del pago mensual por los compradores ha llegado a ser excesivamente onerosa, haciéndose necesario una reducción de la contraprestación, considerando que las remuneraciones mensuales de los adjudicatarios son ínfimas; y, *v*) Que, se ha comprobado que las viviendas están sobrevaluadas, como se aprecia de las auditorías y tasación, que existen irregularidades y actos dolosos en su construcción y valorización, siendo el costo real y directo de cada departamento aproximadamente US\$. 50,000.00 Dólares Americanos. 2. Mediante sentencia de primera instancia de fojas ochocientos diez se declaró fundada la demanda y se ordena la reducción del precio de venta de las viviendas a la suma de US\$. 61,667.56 Dólares Americanos, descontándose al mismo los aportes realizados por los Asociados y el Estado (en este caso en forma proporcional), estableciéndose la cuota de amortización bajo el sistema de interés social conforme a la Ley N° 24686, atendiendo al siguiente razonamiento: *i*) En los contratos de compra venta se estableció que el precio de venta de cada inmueble es de US\$. 98,214.56 Dólares Americanos, así como el pago de interés anual del tres punto cinco por ciento por el financiamiento del saldo del precio de venta pagadero en doscientos cuarenta cuotas mensuales; *ii*) El peritaje ha establecido que el costo de la vivienda ascendería a US\$ 57,232.32 Dólares Americanos sin considerar el valor del terreno; *iii*) El monto del área del terreno donde se levantó la edificación asciende a S/. 769,958.00 Nuevos Soles, que se corrobora con la Resolución Ministerial N° 216DG/EP, debiendo considerarse ese monto en el valor de la edificación; *iv*) Del Informe de Investigación N° 005 IGE/K1/20.04 se ha establecido que en dicho proyecto de vivienda existe una sobrevaloración de costos de inversión ascendente a S/. 3'802,88.00 Nuevos Soles; *v*) Tomando en cuenta el monto del Informe pericial (US\$ 57,232.32 Dólares Americanos) sumado al valor del terreno y considerando el tipo de cambio en S/. 3.10 Nuevos Soles, se concluye que el valor del cada inmueble asciende a US\$. 61,667.56 Dólares Americanos, acreditándose la sobrevaloración en cuanto al precio de venta, lo cual constituye un hecho extraordinario e imprevisible, pues se desconocía de las irregularidades cometidas por los representantes de la emplazada en cuanto al manejo de recursos y valor signados a cada unidad inmobiliaria; *vi*) La demandada deberá descontar de dicho monto el aporte efectuado por cada uno de los asociados de la demandante y el Estado, ya que la finalidad de dichos aportes era la adquisición de viviendas; *vii*) El saldo restante deberá descontarse el monto aportado por concepto de cuota inicial y sobre el monto a financiar deberá calcularse la cuota de amortización bajo el sistema de vivienda de interés social conforme a lo establecido en la Ley N° 24686. 3. Elevados los actuados a la instancia superior en mérito al recurso de apelación interpuesto por la demandada mediante escrito de fojas ochocientos veintidós, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima revocando la apelada declara nulo todo lo actuado e improcedente la demanda, argumentando que el artículo 1445 del Código Civil establece un plazo de caducidad de tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios, por lo que de encontramos ante la figura de excesiva onerosidad de la prestación, al haberse suscrito el contrato de compra venta con los accionantes el año mil novecientos noventa y nueve, y uno de ellos el veintisiete de agosto dos mil uno, a la fecha de interposición de la demanda (veinticuatro de diciembre de dos mil tres) ha transcurrido en exceso el plazo referido; y aunque se tratase de la figura de lesión, esta también establece un plazo de caducidad de seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante o en todo caso a los dos años de la celebración del contrato según el artículo 1454 del Código Civil, plazo que también ha operado. **4. CONSIDERANDO: Primero.-** Atendiendo a los argumentos de la casación así como a los fundamentos de la sentencia impugnada es materia de pronunciamiento de esta Sala Suprema si en el caso de autos ha transcurrido el plazo de caducidad de la pretensión demandada a que se contrae el artículo 1445 del Código Civil, que establece: "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", conforme a lo discernido por la Sala Superior, o si por el contrario debe aplicarse la disposición contenida en el artículo 1446 del mismo cuerpo legal que prescribe que: "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", tal como lo denuncian los impugnantes; no obstante la aparente contradicción de los dispositivos glosados en la determinación del término inicial para el cómputo del plazo de caducidad de las pretensiones de excesiva onerosidad, ambas normas coinciden en establecer que el acontecimiento imprevisible y extraordinario sirve de parámetro para dicho fin. **Segundo.-** La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación trata de preservar el equilibrio contractual entre las partes y se funda en una situación absolutamente

imprevisible y extraordinaria para los contratantes a la hora de pactar una prestación determinada, que de producirse, ocasiona que el cumplimiento de una de las prestaciones se convierta en excesivamente onerosa, aún cuando no es responsabilidad de ninguna de las partes, de manera tal que es el hecho sobreveniente a la formación del contrato, calificado como extraordinario e imprevisible, el que debe tornar excesivamente onerosa la prestación, y debe ser extraño al riesgo propio del contrato y afectar a la sociedad en su conjunto. Así no basta que una prestación sea excesivamente onerosa, sino es preciso que se haya tornado como tal, ya que: "Si ab initio la prestación era excesivamente onerosa, y no aumentó el grado de onerosidad, no corresponde la aplicación del instituto.", así lo reconoce también el tratadista Max Arias Schreiber Pezet en tanto precisa que: "...se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida y esto resulta explicable, puesto que el cambio en las circunstancias primigenias tiene inevitablemente que producirse en una época distinta, esto es, cuando media un intervalo de tiempo entre la celebración del contrato y la alteración de la prestación"; en opinión similar, Manuel de la Puente y La Valle considera que: "lo importante para la aplicación del principio de la excesiva onerosidad de la prestación es (...) que existe una distancia temporal entre la celebración del contrato y la ejecución de la prestación que permita que la alteración de las circunstancias se produzca durante este lapso, teniendo como consecuencia que la prestación, que no podía ser ejecutada antes, se convierta en excesivamente onerosa. El hecho que la dilación en el tiempo se produzca por la naturaleza propia del contrato, como ocurre en los contratos de duración, o por haberse postergado convencionalmente la ejecución de la prestación, cual es el caso de los contratos de ejecución diferida, no tiene mayor significación, pues lo importante es que el lapso exista, lo que permite que el acontecimiento extraordinario e imprevisible se manifieste y actúe en ese lapso". Tal doctrina jurídica se encuentra recogida en nuestro ordenamiento legal en el artículo 1440 del Código Civil que establece: "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. **Tercero.-** Lo antes esbozado permite establecer que para la procedencia de las pretensiones de excesiva onerosidad deben encontrarse presentes las siguientes condiciones: 1) Se trate de contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica diferida; 2) Se presenten acontecimientos de naturaleza imprevisible y/o extraordinaria; 3) Que tales acontecimientos se produzcan con posterioridad a la celebración del contrato; y, 4) Exista un nexo causal entre el acontecimiento imprevisible y/o extraordinario y la excesiva onerosidad de la prestación. **Cuarto.-** De la lectura de la sentencia de vista impugnada se advierte que la Sala Superior señala que la excesiva onerosidad tiene dos elementos condicionantes: se presente en los contratos de ejecución continuada, periódica y diferida, y se dé por acontecimientos posteriores a la celebración del contrato; con tales premisas declara la caducidad de la pretensión en aplicación del artículo 1445 del Código Civil, bajo el fundamento que desde la fecha de suscripción de los contratos de compra venta de los inmuebles que conforman el Programa Buena Vista (ocurrido durante el año mil novecientos noventa y nueve y uno del veintisiete de agosto de dos mil uno), hasta la fecha de la demanda (veinticuatro de diciembre de dos mil tres) ha transcurrido en exceso el plazo legal previsto por la norma antes citada. De lo expuesto se desprende que a criterio de la Sala Superior el acontecimiento extraordinario e imprevisible se suscitó a la fecha de suscripción del contrato, dado que a partir de ella se computa el plazo de caducidad. **Quinto.-** Que, el control de logicidad es el examen que efectúa la Corte de Casación o Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que utilizaron los Jueces inferiores es formalmente correcto y completo desde el punto de vista lógico, con ello se pretende verificar el cumplimiento de las reglas que rigen el pensar; o, en su defecto si se han presentado los errores en cogitando, esto es, defectos en las formas esenciales de las reglas lógicas del pensamiento o vicios del razonamiento derivados de la infracción de los principios y reglas de la argumentación, defectos entre los que encontramos: a) La falta de motivación; y, b) La defectuosa motivación, además dentro de esta última tenemos la motivación aparente, insuficiente y defectuosa, en sentido estricto, en esta última categoría encontramos la falta de motivación interna del razonamiento, que en términos del Tribunal Constitucional, se trata de la: "...falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso e incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa (expediente 728-2008-PHC/TC Lima, caso Giuliana Flor de María Llamoya Hilaes, literal b) del fundamento siete). **Sexto.-** Bajo ese contexto, en el presente caso nos encontramos ante una defectuosa motivación de la sentencia

recurrída en base al errado tránsito de las premisas previamente establecidas por la Sala Superior a la conclusión arribada, pues si bien el Colegiado Superior considera, acertadamente, que los acontecimientos extraordinarios deben sobrevenir a la celebración del contrato (fundamento sexto de la recurrida), concluye que el cómputo del plazo de caducidad debe iniciarse a partir de la suscripción de estos, es decir desde mil novecientos noventa y nueve, y uno de ellos desde el dos mil uno, sin haber deslindado si tanto la celebración del contrato como su perfeccionamiento se produjeron en el mismo momento, al tratarse de contratos de carácter consensual cuya formalidad es impuesta por las partes y no por la Ley, además de no haber evaluado la presencia del evento que motiva la excesiva onerosidad que se demanda y el momento en el que se produce, a efectos de computar el plazo de caducidad establecido en el artículo 1445 del Código Civil, lo que evidencia la incorrección formal del razonamiento y la deficiencia en la justificación externa de la sentencia. **Sétimo.**- Y si bien lo señalado precedentemente determinaría la nulidad de la sentencia de vista impugnada por contravenir el debido proceso en su ámbito formal, no obstante ello y atendiendo a los efectos de la caducidad tanto para la pretensión como para el derecho y, conforme a lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil que encuentra su sustento en el deber de motivación de las sentencias y, faculta a la Sala Casatoria a efectuar la correspondiente rectificación si considera que la parte resolutoria se ajusta a derecho, ello con la finalidad de hacer efectivos los principios de economía y celeridad procesal que rigen todo tipo de procesos, en tanto dichos principios están destinados a hacer que los procesos se tramiten de la manera más rápida y menos onerosa en tiempo y dinero, considerando también que las normas que regulan el recurso de casación deben ser interpretadas desde el sentido que irradia el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; en consecuencia resulta contrario a este imperativo que dichas normas sean interpretadas prolongando en el tiempo los actos procesales que tienen lugar en el recurso de casación o prolongando el proceso en sí mismo, razón por la que esta Sala Suprema considera pertinente subsanar la omisión incurrida por la sentencia impugnada. **Octavo.**- En ese sentido, tal como se ha señalado en el considerando primero de la presente resolución, por un lado el artículo 1445 del Código Civil, fija el inicio del plazo de caducidad a la producción de los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, mientras que el artículo 1446 del mismo cuerpo legal señala que el cómputo se inicia a partir del momento en que hayan desaparecido tales circunstancias, lo que determina que existe una antinomia en la determinación de cuando se inicia el plazo señalado. Considerando que en principio tal pretensión se sustenta en una situación sobreviniente a la celebración del contrato y tiene como finalidad reestablecer el equilibrio entre las partes contratantes respecto a la prestación y la contraprestación mediante la reducción de aquella que se haya tomado excesivamente onerosa, entonces resulta contrario a dicha finalidad que mientras subsista el acontecimiento que la motiva se computen los plazos de caducidad, ya que el desequilibrio entre los contratantes se mantiene, en consecuencia una interpretación teleológica y sistemática de la norma nos permite concluir que el plazo de caducidad de la norma debe computarse a partir de su desaparición, en tanto extinguido el acontecimiento extraordinario e imprevisible, retorna el equilibrio entre las partes, y considerando que la caducidad sanciona la inacción de quien siente vulnerado su derecho extinguiéndolo así como la posibilidad de su acción, únicamente la desaparición del evento determinará que su ejercicio deje de ser oponible a la otra parte. Con tales alcances resulta determinante para el análisis del caso el evento extraordinario e imprevisible que se invoca como sustento de la demanda. **Noveno.**- En el caso que nos ocupa la demanda incoada por la Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército de fojas doscientos setenta y dos tiene por finalidad determinar si los contratos de compra venta celebrados entre los asociados de la demandante y la entidad emplazada contienen una prestación excesivamente onerosa a cargo de los compradores demandantes, ello se desprende del petitorio de la demanda presentada el veinticuatro de diciembre de dos mil tres de fojas doscientos setenta y dos de la que se advierte que pretende se ordene la reducción del valor de los contratos de compra venta en una suma equitativa, denunciando como: "...[e]l acontecimiento extraordinario e imprevisible generado por la recesión económica que atraviesa el País (hecho conocido y cierto; y como tal probado), ha motivado que la prestación del pago mensual por los compradores ha llegado a ser excesivamente onerosa, lo que se traduce en la absoluta imposibilidad de afrontar estos pagos mensuales, por lo que se hace necesaria una reducción de la contraprestación a fin de que cese la excesiva y demasiada onerosidad, pues esta recesión ha impedido el incremento de las remuneraciones mensuales de los adjudicatarios que son generalmente ínfimas, literalmente congeladas, conforme puede verse de sus liquidaciones de pago que se adjuntan a la demanda, debido en muchos casos a los descuentos de Ley y otros motivos que ahí se especifican (préstamos solicitados a la misma institución) lo cual hace imposible que puedan soportar la carga que representa la contraprestación. En efecto los miembros integrantes de esta Asociación y Adjudicatarios de las viviendas, perciben una remuneración mensual que oscila entre los S/. 1,300.00 y S/. 1,800.00 Nuevos Soles y con descuentos y préstamos llega a cantidades menores, aproximadamente a S/. 1,000.00 Nuevos Soles (un mil nuevos soles). Sin embargo, los oficiales adjudicatarios del

programa Buena Vista San Borja pagan US\$. 525.10 Dólares Americanos mensuales, lo que equivale a S/. 1,916.16 Nuevos Soles, es decir superan estas cuotas a sus haberes; y a pesar que debido a la situación imprevisible y extraordinaria de la recesión económica que atraviesa el país, el precio de las viviendas en el mercado inmobiliario ha caído a la tercera parte a su valor real, por lo que se pretende cobrar montos excesivos que no corresponden al valor de mercado que en estos momentos tienen, representando un enorme sobreprecio que perjudica patrimonialmente a los demandantes y que hace imposible el pago de la contraprestación" (el resaltado es agregado, ítem séptimo de los fundamentos de hecho). **Décimo.**- De lo antes anotado queda claramente delimitado por la demandante que el evento extraordinario e imprevisible que motiva la demanda de excesiva onerosidad en los contratos de compra venta de las Viviendas del Programa o Conjunto Habitacional Buena Vista ubicado en la urbanización Chacarilla del Estanque en el distrito de San Borja de esta ciudad, es la recesión económica que, según refiere la accionante, atravesaba el país a la fecha de la demanda, vinculada al congelamiento de las remuneraciones de los adjudicatarios que determinaron que las cuotas que vienen abonando superarían los montos que perciben como remuneraciones, incidiendo además en la caída de los precios de las viviendas, que, a juicio de los recurrentes, evidencian la existencia de un sobreprecio de los inmuebles adquiridos. **Undécimo.**- Si bien nos encontramos frente a contratos conmutativos de ejecución diferida, y aún cuando la recesión como fenómeno macroeconómico implica la disminución generalizada de la actividad económica de un país que se traduce en el decrecimiento de su producción, del Producto Bruto Interno, entre otros factores, y que en teoría puede considerarse como una situación no prevista y posterior al perfeccionamiento del contrato; en el caso de autos bajo los alcances en que ha sido sustentada, tales como el congelamiento de las remuneraciones de los obligados, la caída de los precios de los inmuebles en relación al precio de transferencia pactado, no existe nexo de causalidad entre el acontecimiento denunciado como imprevisible y la excesiva onerosidad a la que aluden, ya que los mismos se encuentran vinculados a hechos que a la fecha de la suscripción del contrato eran de conocimiento de los adjudicatarios, tales como el precio de las cuotas mensuales, el valor del inmueble y el monto de las remuneraciones que percibían, máxime que no ha sido debatido en el proceso la existencia de variación alguna en las condiciones o cláusulas contractuales contenidas en los contratos de compra venta al no haber sido parte del petitorio de la demanda. En ese sentido al incumplirse la condición de causalidad entre el evento denunciado como imprevisible y la excesiva onerosidad que se invoca, la demanda de autos deviene en improcedente. **Décimo Segundo.**- Este Supremo Tribunal no puede dejar de advertir que si bien mediante la pretensión de excesiva onerosidad es factible que el contrato sea revisado por el órgano jurisdiccional, lo que determina la relatividad del principio *pacta sunt servanda* que rige los contratos, se debe reconocer que tal remedio tiene carácter excepcional y se presenta por causas exógenas a las partes y que revisten tal naturaleza que conmueven las bases del contrato, sin embargo no se trata de dejar de lado la vigencia de la seguridad y estabilidad del contrato permitiendo la revisabilidad de los contratos por los Jueces sino de establecer que mediante la reducción de la prestación se busca reestablecer el equilibrio original entre la prestación y la contraprestación, una interpretación en contrario determinaría introducir en nuestro ordenamiento a través de dicha figura implícitamente el principio de la revisabilidad de los contratos por los Jueces, finalidad ajena a la teoría antes analizada. **5. DECISIÓN:** Por estas consideraciones, y de conformidad con lo establecido en el texto modificado del artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército de fecha doce de setiembre de dos mil once a fojas mil diez; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de doce de agosto de dos mil once que corre a fojas novecientos setenta y ocho; y, **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a Ley; en los seguidos por la Asociación Nacional de Adjudicatarios y Aportantes del Fondo de Vivienda del Ejército con el Organismo Especial del Fondo de Vivienda Militar del Ejército - ORES, sobre excesiva onerosidad; notificándose y los devolvieron; interviniendo como ponente el Señor Juez Supremo **Rodríguez Mendoza**; por licencia de la Jueza Suprema Señora Huamani Llamas, participa el Señor Juez Supremo Miranda Molina.- **SS. TÁVARA CORDOVA, RODRIGUEZ MENDOZA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA, CALDERÓN CASTILLO**

<sup>1</sup> Lopez de Zavalía, Fernando J., en Teoría de los Contratos Parte General 3ra edición, Buenos Aires 1984, Editorial Víctor P. de Zavalía, pag. 463.

<sup>2</sup> Arias Schreiber Pezet, Max: "Exegésis del Código Civil Peruano de 1984", Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima - 2006, pag. 204-205.

<sup>3</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel: "El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil", Tomo II, Palestra Editores, Lima - 2001, pag. 597.

**C-951617-75**

**CAS. Nº 4313-2011 HUÁNUCO.** Lima, dieciséis de agosto de dos mil doce.- **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA;** vista la causa número cuatro mil trescientos trece de dos mil once; en audiencia pública de la

caso, el impugnante denuncia la **infracción normativa del artículo 333º inciso 12 del Código Civil**, señala que la resolución impugnada no se ha pronunciado sobre el aspecto temporal-actual de separación de ambas partes por siete años, lo cual evidencia el quebrantamiento permanente y definitivo sin solución de continuidad reflejándose hasta la fecha la falta de voluntad de unirse. Asimismo, argumenta que no se ha meritado y motivado en su amplia dimensión la importancia de las instrumentales probatorias del recurrente respecto a la propia declaración de la demandada Zoila Rosa Suárez Giribaldi quien manifestó a nivel policial que el accionante es su esposo donde hace ocho años, que no tienen hijos y están separados desde el veinticinco de octubre de dos mil seis, residiendo en domicilios diferentes. Por tanto está acreditada la invocación de la causal de la separación de hecho para la disolución del vínculo matrimonial, por lo que en el presente caso se cumple con lo establecido en el artículo 333 inciso 12 del Código sustantivo. **Quinto:** que, propuesta así esta denuncia debe declararse improcedente, toda vez que la alegación expuesta no satisface las exigencias de los incisos 2 y 3 del artículo 388º del Código Procesal Civil, al no demostrar la incidencia directa de la infracción que se denuncia sobre la decisión impugnada, si se tiene en cuenta que la instancia de mérito ha establecido lo siguiente: I) de la declaración efectuada por la cónyuge demandada en la audiencia complementaria de fojas trescientos cinco, se estableció que la separación se habría producido el dieciséis de febrero de dos mil siete aproximadamente; II) el propio accionante interpuso primigeniamente una demanda de separación convencional y divorcio ulterior el cinco de marzo de dos mil siete, en la cual las partes consignan distintos domicilios, es esta fecha la que se considera fecha cierta que acredita la separación de los cónyuges, III) en uno u otro caso, a la fecha de interposición de la demanda (veintitrés de diciembre de dos mil ocho) no ha transcurrido el plazo de dos años que exige la norma para que se configure la causal demandada, por ello se desestima la pretensión. **Sexto:** que, en cuanto a la exigencia prevista en el inciso 4 del referido artículo 388º, si bien el recurrente cumple con indicar que su pedido casatorio es revocatorio, no es suficiente para atender el recurso materia de calificación. Por las razones expuestas y en aplicación de lo previsto en el artículo 392 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364: declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Miguel Oscar Albarracín Rocha a fojas quinientos noventa y nueve, contra la sentencia de vista del seis de enero de dos mil catorce; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos con Zoila Rosa Suárez Giribaldi sobre divorcio por causal de separación de hecho; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Almenara Bryson. SS. ALMENARA BRYSON, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CUNYA CELI, CALDERÓN PUERTAS C-1141133-160

**CAS. Nº 712-2014 LIMA**

Declaración de Excesiva Onerosidad de la Prestación. Lima, dieciséis de junio de dos mil catorce.- **VISTOS** con el acompañamiento; y, **CONSIDERANDO: Primero.**- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por la demandante Anypsa Perú S.A, a fojas cuatrocientos treinta, contra la sentencia de vista del dieciséis de enero de dos mil catorce, corriente a fojas cuatrocientos catorce que, confirmando la sentencia de primera instancia de fecha siete de junio de dos mil trece, declara infundada la demanda; medio impugnatorio cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia deben ser verificados de conformidad con la modificatoria establecida en la Ley Nº 29364. **Segundo.**- Que, en tal sentido, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, se tiene que el presente recurso cumple con tales exigencias, esto es: **I)** Se impugna una resolución expedida por la Sala Superior respectiva que, como órgano de segundo grado, pone fin al proceso; **II)** Ha sido interpuesto ante la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que emitió la resolución impugnada; **III)** Ha sido presentado dentro del plazo de diez días previsto en el inciso 3 del citado artículo, pues la resolución recurrida ha sido notificada a la parte recurrente el tres de febrero de dos mil catorce y el recurso de casación presentado el catorce de febrero del mismo año; y, **IV)** Ha cumplido con pagar el arancel judicial por derecho de casación, pues, si bien inicialmente adjuntó un arancel judicial diminuto, posteriormente subsanó dicha omisión según se advierte del escrito de fojas treinta y nueve del cuaderno de casación y del arancel de fojas treinta y siete. **Tercero.**- Que, en lo referente a los requisitos de procedencia previstos en el artículo 388 del Código Procesal Civil, se advierte que la recurrente no consintió la sentencia de primera instancia que fue desfavorable a sus intereses, según fluye del recurso de apelación de fojas trescientos sesenta y nueve, por lo que cumple con lo dispuesto en el inciso 1 de la norma procesal anotada. **Cuarto.**- Que, para establecer el cumplimiento de los incisos 2, 3 y 4 del precitado artículo 388 del Código adjetivo, se debe señalar en qué consisten las infracciones normativas denunciadas o el apartamiento del precedente judicial. Para ello se debe tener presente que el recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter extraordinario que sólo puede fundarse en el error en la aplicación o interpretación del derecho objetivo, más precisamente en una infracción normativa

que incida directamente en la decisión impugnada, y no así en el examen de cuestiones referidas a los hechos o a los medios probatorios presentados durante el transcurso del proceso. Así configurada, la finalidad del recurso de casación es, conforme lo establece el artículo 384 del Código Procesal Civil, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. Al ser un recurso extraordinario, su interposición requiere claridad y precisión, tanto en la exposición de las razones que fundamentan la infracción normativa como en la sustentación de la incidencia de dicha infracción en la decisión contenida en la resolución impugnada. Lo contrario, es decir, la falta de claridad al exponer la infracción normativa o la falta de infracción normativa en sí, supone un pronunciamiento en el cual se declare improcedente el recurso. En el primer caso la improcedencia será consecuencia de la falta de claridad que no permite establecer en qué consiste la infracción normativa denunciada, en el segundo, la ausencia de incidencia directa en la decisión impugnada desvirtuará el agravio producido en quien lo interpone y por ende hará innecesario el recurso. **Quinto.**- Que, en el presente caso, la recurrente señala como infracciones: **a. Infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú**, que reconoce a la motivación de resoluciones como un principio fundamental de la función jurisdiccional. El recurrente refiere que no se ha justificado adecuadamente la decisión y a la falta de justificación del desvalor el que se ha demostrado pero que según el órgano jurisdiccional no es excesiva, pese a que el artículo 1440 del Código Civil no señala un monto mínimo para considerarla excesiva. **b. Infracción normativa del artículo 1440 del Código Civil**, que regula la acción por excesiva onerosidad de la prestación. El recurrente menciona que no se ha tenido en cuenta que su pretensión parte de dos hechos objetivos: la caída del precio internacional producto de la crisis y la demora en el despacho del Anhidrido Maleico, hechos que no han sido objeto de discusión y que el juzgado considera como algo incidental que no tenía porque incidir en el valor de los productos si se tomaban las previsiones del caso. También se ha mencionado que la demora en el despacho no forma parte de los requisitos de la figura de la excesiva onerosidad en la prestación; sin embargo, constituye un agravante de las circunstancias descritas como fueron los efectos de la crisis internacional. **c. Infracción normativa por indebida aplicación del artículo 1235 del Código Civil**, que regula la aplicación de la teoría valorista o de reajuste automático de las obligaciones. El recurrente menciona que en el presente proceso no existe discusión en relación con el valor de la moneda utilizada en el contrato conmutativo realizado como es la compra de insumos importados, lo que está en discusión es el valor de la propia mercadería adquirida, por lo que no se debió aplicar este artículo. **d. Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil**, que regula la valoración en forma conjunta de los medios de prueba presentados al proceso. El recurrente indica que la resolución de vista incurre en un serio error de apreciación que incide negativamente en el fallo al señalar que la crisis internacional del dos mil ocho no fue un evento extraordinario ni imprevisible ya que solo se han realizado apreciaciones subjetivas y especulativas. **Sexto.**- Que, respecto de las infracciones contenidas en el **punto a)** del considerando anterior de la presente resolución, cabe señalar que en los sustentos vertidos por el recurrente no se demuestra la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, por lo que este extremo del recurso es **improcedente**. En efecto, se denuncia la infracción normativa procesal por defectos en la motivación de la recurrida, sin embargo, en la sentencia de vista emitida por el *Ad quem* se advierte claramente que se ha cumplido con expresar claramente los fundamentos fácticos, lógicos y jurídicos que respaldan la decisión adoptada, por lo que no se advierte defecto de motivación alguno. Por el contrario, la parte recurrente pretende fundamentar dicha infracción en un sentido interpretativo de la norma material aplicable conforme a sus intereses, lo que no constituye propiamente un defecto de motivación. **Sétimo.**- Que, respecto a las infracciones denunciadas en el **punto b)** del fundamento quinto de la presente resolución, tampoco se demuestra la incidencia de la supuesta infracción normativa en la decisión impugnada, por lo que este extremo también debe ser declarado improcedente. Conforme a sus fundamentos, la recurrente considera que al desestimar la pretensión de excesiva onerosidad de la prestación no se ha tenido en cuenta la naturaleza imprevisible y extraordinaria de la crisis económica del año dos mil ocho; sin embargo, al momento de emitir la impugnada se logra advertir que el *Ad quem* se ha pronunciado sobre el particular de manera expresa y se ha considerada la fluctuación de la economía y del precio internacional de los productos empleados en los procesos industriales de la recurrente. Al respecto es necesario indicar que se evidencia que las relaciones comerciales se mueven en función a indicadores macroeconómicos, los que por su propia naturaleza son variables y nunca estáticos. Es evidente que quien se dedica a actividades económicas y comerciales constantes queda sujeto a los efectos (positivos o negativos) de dichas fluctuaciones. Por lo que, pretender judicialmente la reducción de una contraprestación en atención a una situación económica determinada resulta desproporcional y atentatorio contra la propia naturaleza variable

56996

## CASACIÓN

El Peruano  
Martes 30 de setiembre de 2014

de las relaciones económicas. **Octavo.-** Que, respecto a la infracción normativa descrita en el **punto c)** del fundamento quinto, no se demuestra incidencia alguna en la decisión impugnada, debido a que la referencia de parte del *Ad quem* a cláusulas de reajuste automático únicamente hace referencia a una de las tantas previsiones que pudo haber adoptado la empresa recurrente en aras de proteger sus intereses económicos frente a las fluctuaciones económicas, por lo que no es relevante dicha referencia respecto a la decisión adoptada. **Noveno.-** Que, en cuanto a la infracción descrita en el **punto d)** del fundamento quinto, tampoco se demuestra incidencia alguna en la decisión impugnada debido a que si bien se alega afectación a la valoración de medios de prueba, se logra advertir que los argumentos de la parte recurrente únicamente persiguen cuestionar el fondo de la materia controvertida sin mayor argumentación jurídica, sustentándose en una supuesta valoración indebida de medios de prueba cuando lo cierto es que tanto el *A quo* como el *Ad quem* han manifestado los motivos por los que se desestima la pretensión de la recurrente en función a que no existe un hecho imprevisible, irresistible y extraordinario como erróneamente se argumenta. **Décimo.-** Que, de lo mencionado anteriormente, se concluye que la recurrente carece de asidero al denunciar las presuntas causales casatorias, por el contrario, pretende que esta Sala Casatoria emita un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la materia, por lo que, las causales invocadas deben ser desestimadas. **Undécimo.-** Que, el recurso examinado no reúne los requisitos de procedencia previstos en los incisos 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, ya que no se describe con claridad y precisión la infracción normativa ni el apartamiento de un precedente judicial ni se demuestra la incidencia directa de la infracción o del apartamiento sobre la decisión impugnada. **Duodécimo.-** Que, en cuanto a la exigencia prevista en el inciso 4 del referido artículo 388, la recurrente tampoco precisa su pedido casatorio, por lo que la falta de este requisito no hace más que reafirmar que no es posible declarar procedente el recurso de casación postulado. **Décimo Tercero.-** Que, los requisitos de procedencia del recurso extraordinario son concurrentes conforme a lo señalado en el artículo 392 del Código adjetivo; sin embargo, como ya se mencionó en los fundamentos precedentes, en el presente caso no se cumplen tales requisitos. Por estas consideraciones y de conformidad con el artículo 392 del Código Procesal Civil: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas cuatrocientos treinta y dos, interpuesto por Anypsa Perú S.A, contra la sentencia de vista del dieciséis de enero de dos mil catorce; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por ANYPSA Perú S.A con SPRIND S.A.C, sobre excesiva onerosidad de la prestación; Intervino como ponente, la Juez Supremo señora **Rodríguez Chávez.-** SS. ALMENARA BRYSON, TELLO GILARDI, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS **C-1141133-161**

### CAS. Nº 718-2014 AREQUIPA

Prescripción Adquisitiva. Lima, veinte de junio de dos mil catorce.- **VISTOS:** con el expediente acompañado, el escrito de subsanación de fecha veintidós de mayo de dos mil catorce y la razón emitida por el Secretario de esta Sala Suprema del cuatro de junio del presente año; y, **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la demandante **Honoraria Choque Torres de Cami** (página cuatrocientos tres), contra la sentencia de vista de fecha tres de enero de dos mil catorce (página trescientos noventa y cuatro), que confirma la sentencia de primera instancia de fecha diez de julio de dos mil trece (página trescientos catorce), que declara infundada la demanda interpuesta; recurso impugnatorio cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia deben ser verificados de conformidad con la modificatoria establecida en la Ley 29364. **Segundo.-** Que, en tal sentido, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley citada, se tiene que el presente recurso cumple con tales exigencias, esto es: **I)** Se impugna una resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que, como órgano de segundo grado, pone fin al proceso. **II)** Ha sido interpuesto ante la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. **III)** Ha sido presentado dentro del plazo que establece el inciso 3º del citado artículo, pues la resolución recurrida ha sido notificada a la recurrente en fecha dieciséis de enero de dos mil catorce y el recurso de casación se presentó en fecha veintinueve de enero de dos mil catorce. **IV)** En cumplimiento de la resolución de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce, la recurrente cumple con adjuntar el arancel judicial respectivo (página cuarenta y dos – A del cuaderno de casación). **Tercero.-** Que, en lo referente a los requisitos de procedencia previstos en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley acotada, se advierte que la recurrente no dejó consentir la resolución de primera instancia que fue desfavorable a sus intereses, conforme su escrito de apelación de la página trescientos treinta y cinco, por lo que cumple con lo dispuesto en el inciso 1º de la norma procesal anotada. **Cuarto.-** Que, para establecer el cumplimiento de los incisos 2º, 3º y 4º del precitado artículo 388 del Código adjetivo, se debe señalar en qué consisten las infracciones normativas denunciadas. En el presente

caso la recurrente denuncia **infracción normativa del artículo 950 del Código Civil.** Señala que la escritura pública del veinte de mayo de mil novecientos noventa y nueve no ha sido cuestionada y que sigue en posesión del predio como lo reconoce la sentencia de vista, habiéndose apersonado sus nueve hijos al presente proceso expresando estar de acuerdo con su pretensión, es decir que sea declarada como propietaria del inmueble demandado; por lo que concluye que no ha sido debidamente valorada su pretensión demandada. **Quinto.-** Que, del examen de la argumentación expuesta por los recurrentes, en el párrafo anterior se advierte que no satisface los requisitos de procedencia previstos en los incisos 2º y 3º del artículo 388 del Código Procesal Civil, toda vez que la recurrente no señala en forma clara en que consiste la infracción normativa invocada, limitándose a indicar un argumento de defensa a su favor y solicitando nueva valoración probatoria en cuanto al documento en que sus hijos la reconocerían como propietaria del bien en litigio, situación ajena a la casación toda vez que el Tribunal Supremo es uno de Derecho. **Sexto.-** Que, respecto a la exigencia prevista en el inciso 4º del referido artículo 388, si bien la recurrente cumple con indicar que su pedido casatorio es anulatorio total, no es suficiente para atender el recurso materia de calificación en virtud a lo dispuesto en el artículo 392 del Código adjetivo, norma que prescribe que los requisitos de procedencia de este recurso extraordinario son concurrentes. Por estas consideraciones y de conformidad con la precitada norma: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación presentado por la demandante Honoraria Choque Torres de Cami (página cuatrocientos tres), contra la sentencia de vista de fecha tres de enero de dos mil catorce (página trescientos noventa y cuatro); **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en los seguidos contra Marisol Gloria Velásquez Masca, sobre prescripción adquisitiva de dominio; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas.** Por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi, participa el señor Juez Supremo Cunya Celi.- SS. ALMENARA BRYSON, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CUNYA CELI, CALDERÓN PUERTAS **C-1141133-162**

### CAS. Nº 736-2014 LIMA

Reivindicación. Lima, cuatro de junio de dos mil catorce.- **VISTOS:** con el escrito de subsanación de fecha ocho de abril de dos mil catorce, y la razón emitida por el Secretario de esta Sala Suprema del once de abril de dos mil catorce; y, **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la demandada **Lodecina Celis Vara de Girón** (página quinientos setenta y cuatro), contra la sentencia de vista de fecha diecisiete de octubre de dos mil trece (página quinientos cincuenta y cuatro), que confirma la sentencia de primera instancia del treinta y uno de octubre de dos mil doce (página cuatrocientos cuarenta y nueve), en el extremo que declara infundada la reconvencción y fundada la demanda sobre reivindicación; y, la revoca en el extremo que se declara infundada la pretensión de accesión de propiedad por edificación de mala fe en terreno ajeno y reformándola declararon fundado dicho extremo; recurso impugnatorio cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia deben ser verificados de conformidad con la modificatoria establecida en la Ley 29364. **Segundo.-** Que, en tal sentido, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley citada, se tiene que el presente recurso cumple con tales exigencias, esto es: **I)** Se impugna una resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano de segundo grado, pone fin al proceso. **II)** Ha sido interpuesto ante la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. **III)** Ha sido presentado dentro del plazo que establece el inciso 3º del citado artículo, pues la resolución recurrida ha sido notificada a la recurrente el veintidós de enero de dos mil catorce y el recurso de casación se presentó el cuatro de febrero de dos mil catorce. **IV)** Cumple con adjuntar el arancel judicial respectivo (página cuarenta y cuatro del cuaderno de casación). **Tercero.-** Que, en lo referente a los requisitos de procedencia previstos en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley acotada, se advierte que la recurrente no dejó consentir la resolución de primera instancia que fuera desfavorable a sus intereses, conforme se verifica de su escrito de apelación de la página cuatrocientos setenta y tres, por lo que cumple con lo dispuesto en el inciso 1º de la norma procesal anotada. **Cuarto.-** Que, para establecer el cumplimiento de los incisos 2º, 3º y 4º del precitado artículo 388 del Código adjetivo, se debe señalar en qué consisten las infracciones normativas denunciadas. En el presente caso la recurrente denuncia el **apartamiento inmotivado del Precedente Judicial - Casación número 2318-2005-Santa de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.** Señala que la Sala Superior sin establecer ninguna justificación razonada se ha apartado del precedente jurisprudencial advertido, limitándose a reproducir lo expuesto por el juez en el considerando uno de la sentencia de vista, al señalar que *“los demandados no acreditan dicha situación con un proceso con sentencia firme”*. Añade que respecto a la prescripción adquisitiva de dominio que favorece a la sociedad conyugal demandada, este fue probado y fundamentado con ocasión de la contestación de la demanda y en la formulación