

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad de Lima.
Miembro del Consejo Consultivo de la Revista **ADVOCATUS**

"Lo que es verdad a la luz de la lámpara, no siempre es verdad a la luz del sol"

J. Joubert

SUMARIO:

I. Introducción. - II. Concepto de excesiva onerosidad de la prestación. - III. Requisitos de la excesiva onerosidad de la prestación: 1. El primer requisito destaca la necesidad de una dificultad extrema; 2. El segundo requisito destaca que el desequilibrio prestacional sobreviniente debe desprenderse de una situación extraordinaria e imprevisible; 3. El tercer requisito se refiere a la oportunidad en que se genera la causal que amerita la revisión contractual, destacando además su ajenidad respecto a las partes; 4. El cuarto requisito radica en que la situación de excesiva onerosidad de la prestación debe ser oportunamente invocada. - IV. La excesiva onerosidad de la prestación en el ámbito de la contratación pública. - V. La diferencia cambiaría como expresión de la excesiva onerosidad de la prestación en el caso propuesto. - VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

I. Ya hemos tenido oportunidad de sostener, en un trabajo precedente publicado generosamente por **ADVOCATUS**, que el contrato no es un fin en sí mismo sino un instrumento para el intercambio económico. El Ordenamiento Jurídico, con relación a dicha funcionalidad y sobre la base que existen intereses relevantes, dignos de tutela y protección, reconoce el carácter vinculante del contrato, lo cual representa la mejor garantía que los términos del intercambio no serán desconocidos unilateral ni injustificadamente, pudiéndose compeler el cumplimiento de lo pactado o, de ser el caso, exigir la correspondiente indemnización. En ese sentido, el contrato como instrumento negocial representa una autolimitación acordada por las partes, por cuanto son finalmente ellas las que, sobre la base de su libertad para contratar, acuerdan determinado estatuto que regulará sus relaciones, adoptando las previsiones necesarias para asegurar sus respectivos intereses, en la medida que ello sea posible o que resulte económicamente rentable o razonable.

Pero la celebración del contrato no significa que el acuerdo adoptado, y representado por las declaraciones de voluntad común, sea absolutamente inmutable; el Ordenamiento Jurídico reconoce que pueden invocarse posteriormente situaciones excepcionales, sean originarias o no, considerando que el negocio celebrado habría nacido desequilibrado en cuanto al contenido de sus prestaciones, o que habría devenido en desequilibrado. Esas situaciones van a derivar que, en palabras de un reconocido autor¹, se deba "volver a ver" el contrato, esto es, se deba revisar su contenido, abriendo paso a una declaración de ineficacia a título de rescisión (si el problema existía al momento de contratar) o de resolución (si el problema se generó posteriormente). Lo primero corresponde en nuestro medio a la lesión, lo segundo a la excesiva onerosidad de la prestación. El común denominador es que en ambos casos hay un desequilibrio prestacional.

Resulta evidente que la sola referencia a la necesidad de mantener un equilibrio prestacional puede representar de por sí un problema, ya que se plantea conceptualmente la cuestión sobre

¹ Nos referimos a MOSSET, Jorge, quien en su obra *Contratos* (edición actualizada, Ruzenski - Cuzco Editores, Buenos Aires, 1998), dedica un capítulo bajo dicha denominación (capítulo XVI, pp. 365 a 381) para tratar lo concerniente a la excesiva onerosidad sobreviniente, siendo que al tema de la lesión lo desarrolla mejor en un capítulo distinto, como un vicio del consentimiento, adscribiéndole con ello a determinado corriente académica.

si el valor de las prestaciones es objetivo o subjetivo, y sobre si la dinámica negocial misma no presupone la existencia –desde un inicio– de un desequilibrio prestacional ya que la racionalidad del intercambio implica que uno contrata sobre la base que asigna mayor valor a lo que adquiere respecto de lo que transfiere. Sobre este particular, por las razones ya expresadas en un trabajo anterior², consideramos que en materia de contratación, el parámetro de referencia es el del valor objetivo, en función a los valores del mercado, a lo que es comúnmente aceptado, siendo que el desequilibrio prestacional merece rechazo jurídico cuando se deriva, con ocasión de contratar, de determinadas situaciones abusivas (la lesión objetiva-subjetiva), y reclama una reacción jurídica cuando se genera de manera sobreviniente a la celebración del contrato, quebrando el equilibrio originario definido por los propios interesados (excesiva onerosidad de la prestación), afectando de manera inesperada el normal cumplimiento del contrato.

No debemos olvidar que desde una perspectiva sistémica, el contrato no solo es un instrumento que satisface intereses de las partes, sino que posee una importancia más trascendente porque el intercambio beneficia finalmente a los diversos agentes económicos de la sociedad, quienes tienen la posibilidad de hacer uso de un instrumento seguro y sujeto a ciertas reglas en las que prima, o debe primar, un elemental criterio de justicia y equidad, considerando que quienes contratan son personas comunes, y no santos ni héroes, de manera que lo que se debe esperar, y se puede exigir, es un comportamiento razonable, diligente, aceptable en función a las circunstancias, a la mensura de riesgos. En consecuencia, de generarse divergencias entre los contratantes, se trata finalmente de equilibrar sus intereses concretos con los intereses abstractos de la sociedad. Ese es el gran reto de los órganos jurisdiccionales.

2. El presente trabajo, cuya elaboración tiene como antecedente inmediato una opinión brindada con ocasión del ejercicio profesional, y como antecedente mediano el intercambio de opiniones en clase³, no pretende desarrollar una exégesis sobre la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro sistema legal, su propósito es mucho más simple. El objetivo del presente artículo es compartir algunas reflexiones sobre el tema en cuestión, considerando que por razones de tiempo y de metodología muchas veces resulta materialmente imposible agotar el estudio de una determinada figura con ocasión de clase, ya que por lo general solo se pueden destacar los aspectos más relevantes. En ese sentido, se trata de un modesto aporte que ha sido estructurado sobre la base de un caso real que en síntesis corresponde a lo siguiente: una determinada entidad pública celebra un contrato de obra en moneda extranjera con una empresa contratista, siendo que en etapa de liquidación se plantea un reajuste prestacional en los pagos que debe realizar la entidad a favor de la contratista, reajuste derivado de la diferencia cambiaria generada entre la fecha de celebración del contrato y las fechas de pago de las valorizaciones. La contratista se sustenta en la figura de la excesiva onerosidad de la prestación, por lo que su solicitud de reajuste se legitima en la necesidad de mantener el equilibrio prestacional originario; por su parte, la entidad, rechaza el reajuste considerando que dicha posibilidad está descartada desde el momento en que se contrató en moneda extranjera y no en moneda nacional, lo cual presupone la asunción implícita del riesgo cambiario, siendo además que el contrato establece que no hay posibilidad de reajuste alguno del precio. Resulta evidente que, más allá del caso expuesto, lo importante es analizar los requisitos de aplicación de la denominada excesiva onerosidad de la prestación, así como determinar si dicha figura es o no ajena a la contratación pública.

² Nos remitimos a lo expuesto en nuestro artículo "Algunas comentarios sobre la lesión", publicado en *ADVOCATUS*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, No. 15, Lima, 2006, pp. 109 a 122.

³ En el curso Contratación Civil Aplicada, con ocasión del V, VI y VII Programa de Posgrado Gestión de Adquisiciones Públicas organizado por la Facultad de Administración y la Facultad de Derecho en coordinación con el Centro Integral de Educación Continua (CIEC) de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Lima.

En razón de lo enunciado, deseamos plantear el tema de la excesiva onerosidad de la prestación no solo en el ámbito de la contratación privada sino además extender nuestros comentarios a la contratación pública. Y si bien somos conscientes de nuestras limitaciones respecto al amplio espectro de materias que comprende el Derecho Administrativo, pretendemos (temerariamente) de alguna manera contribuir al estudio de temas puntuales en materia de contratación pública, ya que a lo largo de los últimos años hemos constatado la insuficiencia de estudios y ensayos sobre el particular, aunque también un creciente interés en el Derecho Administrativo, como se aprecia particularmente en nuestra Facultad de Derecho con la creación de un círculo de estudios a iniciativa de los propios alumnos. Conforme se ha manifestado en más de una oportunidad, en nuestro medio el Estado es el gran contratante, el gran adquirente de bienes y servicios, de allí que los proveedores de estos últimos se interesan en progresiva mayor medida por las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, y en particular sobre el régimen legal aplicable con ocasión de la ejecución contractual, lo que les permite seguramente estimar ventajas y desventajas. Se requiere, en consecuencia, de una mayor contribución de quienes estamos relacionados de una u otra forma a la contratación pública, aunque estamos seguros que en el camino se podrán ir paulatinamente ajustando conceptos, ideas y propuestas.

II. CONCEPTO DE EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

1. La excesiva onerosidad de la prestación corresponde a una figura que puede ser invocada cuando, de manera sobreviniente a la celebración de un contrato, se presentan situaciones de carácter imprevisible y extraordinario, que justifican la necesidad de replantear los términos y condiciones acordadas inicialmente (incrementando el valor de la contraprestación o reduciendo el de la prestación afectada) para fines de restablecer el equilibrio negocial perdido o afectado como consecuencia de los indicados eventos, siendo que solo de manera excepcional es posible resolver el contrato, ya que nuestro ordenamiento legal privilegia la denominada "preservación del contrato".

La figura en cuestión es un remedio legal frente a situaciones que pudiesen representar una manifiesta e inequívoca injusticia o inequidad en el intercambio, significando que se dejará de aplicar la rigurosidad del carácter vinculante de las declaraciones contractuales (lo declarado es lo querido, siendo que lo declarado tiene carácter obligatorio, salvo que se demuestre que lo declarado no era lo efectivamente querido) para dar paso a la posibilidad de modificación sobre la base que se han presentado situaciones ajenas a las partes que legitiman una revisión del contenido prestacional del contrato. En efecto, siendo todo contrato un vínculo obligacional para fines del tráfico, el mismo debería ejecutarse estrictamente conforme a lo declarado voluntariamente por las partes intervinientes¹; sin embargo, dicha rigurosidad formal, que corresponde a un paradigma del derecho contractual (la "obligatoriedad" del contrato), se ve afectada cuando se presentan circunstancias que corresponden a la imprevisión, ya que se entiende que las partes se sometieron a un determinado reglamento sobre la base de lo que era razonablemente previsible, no de aquello que no pudieron ni podían estimar, por lo que en este último caso, se explica plantear una revisión o modificación del contrato (y solo excepcionalmente su resolución).

Más que un simple tema de imprevisión, hay detrás una real alteración de las circunstancias bajo las cuales las partes contrataron en su oportunidad, derivando dicha alteración en la afectación actual que padece una de ellas, de manera que al haber variado las circunstancias, carecería de sentido mantener la inmutabilidad del acuerdo contractual. Eso es lo que justifica, en primera instancia, la revisión del contenido prestacional, sea de común acuerdo o sea por la autoridad jurisdiccional

¹ Nuestro Código Civil reconoce este postulado en su artículo 1361 en cuanto expresamente establece: "Los contratos son obligatorios en cuanto al objeto expresado en ellos. En proceso que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien sigue esa voluntad debe probarla".

competente a solicitud de parte interesada y, en último caso, que pueda optarse por la resolución del contrato.

Debe destacarse que, al menos desde el punto de vista teórico, se asume que como consecuencia de la contratación ambas partes obtienen beneficios, estableciéndose lo que ellas estiman soberanamente como el propio equilibrio de sus intereses. Resultaría sumamente cuestionable que se obligue a cumplir el contrato (que no es sino un instrumento) conforme a lo pactado en su oportunidad, si de manara posterior se presentan situaciones que quiebran el equilibrio definido en su momento por los propios interesados, ya que por causas ajenas a las partes una de ellas estaría obteniendo una mayor ventaja en exacta correspondencia y consecuencia de la desventaja que estaría padeciendo la contraparte, la misma que estaría en una situación de extrema dificultad para honrar lo que inicialmente era absolutamente posible de ejecutar. En otras palabras, si las partes estructuraron el contrato sobre ciertas premisas, el mismo debe estar adecuado a las mismas de manera permanente, porque de lo contrario el instrumento se convertiría en un fin, desnaturalizándose.

2. La experiencia demuestra, y así ha sido reconocido jurisprudencial y legislativamente, que luego de celebrado un contrato (el cual debe presentar ciertas características que indicaremos más adelante, ya que no es lo mismo un contrato de ejecución instantánea, que uno de ejecución diferida o sostenida en el tiempo) pueden presentarse en su etapa de ejecución ciertas circunstancias, ajenas a las partes, que determinen la ruptura del equilibrio prestacional (expresa o tácitamente reconocido), de manera que el cumplimiento del contrato conforme a los términos y condiciones inicialmente previstos o programados (aplicando rigurosa o literalmente el principio de "obligatoriedad" contractual) afectaría a un elemental criterio de justicia, ya que se estaría imponiendo un cumplimiento sobre la base de lo enunciado textualmente en el contrato antes que sobre la base de la efectiva y real posibilidad de las partes, violentándose la observancia de un principio general como lo es el de la buena fe, rector en materia de contratación. Para evitar precisamente esas situaciones, se reconoce que el afectado por un evento extraordinario e imprevisible que afecte grave, severamente, el cumplimiento a su cargo, tornándolo en notablemente más oneroso por alteración de las circunstancias bajo las cuales se contrató, puede legítimamente plantear una revisión del contrato para que se determine la mejor manera de restablecer el equilibrio perdido o, en su defecto, dado que se habría afectado su interés negocial mismo, para que se proceda a la resolución del contrato (sujeto a ciertos condicionamientos legales).

Por lo tanto, si bien lo declarado (etapa de celebración contractual) es lo querido y debe cumplirse obligatoriamente, ello está sujeto a que respectivas condiciones (etapa de ejecución) se mantengan esencialmente, ya que de presentarse situaciones efectiva, realmente, extraordinarias e imprevisibles que dificulten el cumplimiento, haciéndolo más oneroso, más gravoso, casi heroico, el interesado puede requerir una revisión jurisdiccional del contrato, siendo excepcional la posibilidad de reclamar una liberación a título de resolución.

3. Nuestro Código Civil regula expresamente la figura de la excesiva onerosidad de la prestación por alteración de las circunstancias en sus artículos 1440 a 1446, y más allá de las críticas que nos pueda merecer dicha regulación, lo cual no es materia del presente trabajo, nos interesa destacar el régimen al cual se sujeta la figura, contenido en su artículo 1440, conforme a lo siguiente:

"En los contratos comutativos 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 entiende a las prestaciones ejecutadas¹.

Del enunciado legal precedente podemos referirnos a ciertos aspectos puntuales:

- a) En primer lugar, la figura en cuestión no solo se aplica a los contratos de duración, sino también tratándose de los contratos conmutativos de ejecución inmediata –cuando la prestación afectada fue diferida sin culpa del deudor–, a los contratos aleatorios –cuando la afectación sale del riesgo normal o propio del respectivo contrato–, y a los contratos de prestación unilateral (conforme a los artículos 1441 y 1442 del Código Civil, respectivamente).

La clasificación contractual de contratos conmutativos se asienta en que, al momento de su celebración, las partes pueden estimar, costear, las ventajas y desventajas que se deriven del vínculo, esto es, comparar ciertamente beneficios y sacrificios; a diferencia de los contratos aleatorios, en donde las ventajas y desventajas dependen de la suerte o azar, de manera que no se pueden asegurar beneficios ni sacrificios. La regla general es que el contrato afectado sea uno conmutativo, porque de modificarse las circunstancias que en su momento fueron consideradas para estimar ventajas y desventajas, y sobre la base de la cuales se tomó la decisión de contratar, resulta admisible que el afectado quede legitimado para replantear los términos y condiciones contractuales.

De otro lado, los contratos de ejecución inmediata son aquellos que no requieren o no se ha previsto plazo alguno para su ejecución; dicha clasificación se opone a la de los contratos de duración o de ejecución sostenida en el tiempo, que incorporan –por su naturaleza o por pacto– el elemento del plazo, la temporalidad –determinada o indeterminada– pudiendo ser la ejecución prestacional continuada (ininterrumpida) o periódica (con intervalos). Tratándose de un contrato de ejecución inmediata, que implica que el vínculo se extingue inmediatamente a la celebración, resulta manifiesto que no hay un intervalo de tiempo para la ejecución prestacional que justifique la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación, salvo que dicha ejecución prestacional no se hubiese podido ejecutar de manera inmediata por causa ajena al deudor, como sería el caso en que el acreedor no asuma oportunamente su carga de colaboración y hubiese sido constituido en mora por dicha razón.

Por último, los contratos pueden ser de prestación plurilateral o unilateral; en los primeros, cada parte asume obligaciones a favor de la contraparte, más allá de la oportunidad de su ejecución (instantánea o no, periódica o diferida), mientras que los contratos unilaterales entrañan que solo una parte asume obligaciones, por lo que la prestación a su cargo no posee ni puede reclamar contraprestación alguna. La situación típica es que el contrato afectado por cambio de las circunstancias sea uno plurilateral, ya que sólo así puede plantearse el tema del incremento de la contraprestación; no obstante, puede tratarse también de un contrato unilateral, por lo que del universo de soluciones legalmente previstas solo podrá aplicarse la reducción de la prestación afectada (si lo permite su objeto, en el sentido si es divisible o no) o la resolución contractual.

- b) Otro aspecto que merece destacarse y que se desprende de los alcances de la norma legal anteriormente reproducida, es que estamos frente a una figura que representa un beneficio legal: la posibilidad de reclamar un reajuste prestacional, más allá que el contrato no contenga previsión alguna sobre la materia², siendo que su invocación por el interesado debe ser

¹ Es más, el contrato puede contener una específica previsión, pero la validez de la misma está sujeta a lo establecido en los artículos 1441, 1443 y 1446 del Código Civil, considerando –tratándose de estos dos últimos– lo sancionado en el artículo 2004 del señalado cuerpo normativo.

oportuna, por cuanto lo que se está generando es un espacio para la revisión del contenido contractual, lo cual es ciertamente una situación atípica, ya que nuestro sistema legal se asienta sobre la base del carácter vinculante de lo convenido en su oportunidad mediante la declaración de voluntad común.

En ese orden de ideas, se requiere de especial cuidado para fines de calificar si una determinada situación cumple o no con las exigencias legales de poseer un carácter extraordinario e imprevisible; entendemos y postulamos que el respectivo criterio debe ser restrictivo porque la regla general en materia contractual es el carácter obligatorio de lo pactado, siendo que las partes en la medida de lo razonable han debido calcular y valorizar los riesgos a los cuales estaría sujeto el negocio que están celebrando.⁶ No debe olvidarse que cualquier solución jurisdiccional que se proporcione debe considerar que todo contrato cumple una doble funcionalidad, en términos diádicos, es un mecanismo de intercambio entre dos partes contratantes; empero, en términos sistémicos, hay detrás un interés de la sociedad, siendo que los agentes económicos tomarán decisiones de negocios sobre la base del valor que se asigna a un contrato en nuestro medio, de allí que la posibilidad de intervención de un tercero para restablecer el equilibrio perdido, o para dejar sin efecto al contrato (a pesar que su cumplimiento es teóricamente posible, con dificultad, pero posible) debe ser ciertamente la regla de excepción.

Siendo un beneficio legal de ejercicio discrecional por el interesado, su invocación no enerva el derecho de la contraparte de demandar el cumplimiento del contrato conforme a lo acordado en su oportunidad, ya que la exigibilidad del incremento de la contraprestación, o la posibilidad de poder oponer la reducción de la prestación afectada, están sujetos a una declaración constitutiva de carácter jurisdiccional, con mayor razón el extremo resolutorio. Tendría que hacerse uso de determinados mecanismos procesales para suspender al menos la pretensión de la contraparte.

- c) En tercer lugar, también debemos destacar que estamos ante la posibilidad excepcional de resolución contractual a la cual no son de aplicación los procedimientos extrajudiciales previstos en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, los cuales se refieren a una situación de incumplimiento grave⁷. Se trata de la posibilidad de una resolución contractual que no opera por sí misma, por el solo mérito objetivo del supuesto de hecho previsto en la respectiva norma, sino que demanda de invocación por la parte interesada, por lo que sobre dicha base las partes pueden alcanzar directamente un acuerdo (que corresponderá a lo que nuestro Código Civil denomina mutuo disenso) o recurrir a la instancia jurisdiccional correspondiente para que resuelva lo que representa definitivamente un problema, controversia o desencuentro en etapa de ejecución contractual, de manera que la resolución en cuestión –de ser invocada de manera unilateral– requerirá necesariamente de un pronunciamiento constitutivo jurisdiccional.

⁶ Con relación a dicha estimación, las partes han debido actuar diligentemente respecto a aquellos riesgos ordinarios, típicos que podían calcular razonablemente y, por consiguiente, observarlos mediante la inclusión de los acuerdos correspondientes; multa obvio que hay situaciones, por más que sean previsibles, que generan tal incremento de costos que desincentivarían la celebración de contratos, afectándose no solo al interés de las partes sino al de los agentes económicos de la sociedad; un dicho orden de ideas, interese promover la contratación, como vehículo eficaz para el intercambio, queda abierta legalmente la posibilidad que, en esos casos excepcionales, pueda revisarse ulteriormente el contenido prestacional. Por lo tanto, lo que puede estimarse o no al momento de contratar (diligencia) debe analizarse en función de comportamientos económicamente razonables.

⁷ Debemos tener presente que la resolución contractual resulta procedente en la medida que se configure, de acuerdo a nuestro Código Civil, cualquiera de las tres situaciones abstractas siguientes: imposibilidad sobreviniente, incumplimiento grave y dificultad extrema. Sobre el particular, nos remitimos a BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Franzosco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*, tomo I – volúmenes 2: Hechos y Actos jurídicos, Universidad Externado de Colombia, primera edición en español, Bogotá, 1992, pp. 1071 y 1072.

Y en lo que se refiere a los efectos de dicha resolución, los mismos dependerán en cuanto su eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de la naturaleza del respectivo contrato, esto es, según se trate de un acuerdo de prestación única o no, de manera que la parte final del artículo 1440 del Código Civil ("La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas") solo puede entenderse referida al caso de "unidad de vínculo, pluralidad de prestaciones", donde hay una divisibilidad prestacional, no al caso de "unidad de vínculo, unidad de prestación". Se advierte que si bien la parte final del señalado artículo 1440 es concordante con lo sancionado en el artículo 1372 del Código Civil, en cuanto a los efectos de la resolución, en ambos casos se parte de un mismo presupuesto: contratos de tracto sucesivo.

III. REQUISITOS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

Podemos considerar como requisitos o presupuestos constitutivos de la excesiva onerosidad de la prestación a los siguientes:

- Dificultad extrema, manifiestamente onerosa para la ejecución normal de la prestación comprometida.
- Que dicha dificultad extrema provenga de una situación extraordinaria e imprevisible.
- Que la indicada situación extraordinaria e imprevisible sea sobreviniente a la celebración del contrato y ajena a las partes.
- Que la dificultad extrema sea oportunamente invocada por el interesado.

Solo en la medida que se cumpla concurrentemente con los indicados requisitos, quien invoque la figura de la excesiva onerosidad podrá legítimamente solicitar la reducción de la prestación a su cargo o el incremento de la contraprestación (y solo de manera excepcional, de no ser posible por la naturaleza de la prestación, la resolución), lo cual a su vez presupone que el contrato se encuentra en proceso de ejecución, siendo que la contraparte –una vez que es emplazada– puede optar no solo por la reducción o incremento señalados (contradiciéndolos) sino inclusive directamente por la resolución misma, esto es, que se deje sin efecto al contrato celebrado por cuanto habría perdido interés en el mismo, de manera que no se justifica que pueda proseguirse con su ejecución bajo condiciones distintas a las inicialmente previstas, este derecho potestativo se fundamenta en que la causa que justifica invocar la revisión del contrato no solo es ajena al perjudicado sino también a la contraparte, esto es, no hay culpa de las partes respecto al hecho ajeno extraordinario e imprevisible.

I. El primer requisito destaca la necesidad de una dificultad extrema

La dificultad excepcional o extrema no puede confundirse con la imposibilidad porque de lo contrario la solución jurídica no sería un reajuste prestacional (o, excepcionalmente, una resolución contractual jurisdiccionalmente declarada) sino la resolución de pleno derecho, *ipse iure*, por imposibilidad sobreviniente.

La dificultad extrema entraña que la prestación afectada es posible de ejecutar pero en un contexto sustancial o completamente distinto al inicialmente previsto, lo cual deriva que la parte interesada se vea gravemente afectada en sus expectativas negociales, dado que el equilibrio contractual acordado originariamente (en los términos en que se habría convenido, sea implícita o explícitamente) se habría quebrado y, no obstante ello, se le exige que cumpla con lo declarado, a pesar que la base del negocio mismo ha cambiado radicalmente. Si dicha parte afectada tuviese que contratar en las condiciones actuales, no se generaría probablemente acuerdo alguno o, al menos, resulta razonable presumir que plantearía condiciones distintas en la respectiva negociación. Por ello, sobre la base de la buena fe (principio rector en materia de contratación, de conformidad con

el artículo 1362 del Código Civil⁸), de esperar y exigir comportamientos razonables, se estima que la parte perjudicada por la dificultad excepcional o extrema puede reclamar jurisdiccionalmente –al presentarse el evento justificativo durante la vigencia del contrato– una revisión de los términos del intercambio para que los mismos sean finalmente justos, restableciéndose el equilibrio reconocido por los propios actores al momento de contratar, esto es, la famosa ecuación económico-financiera del contrato afectado.

A mayor abundamiento, de no encontramos ante una dificultad excepcional o extrema, que conforme analizaremos a continuación debe desprenderse de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, estaremos ante una dificultad habitual, común, ordinaria o propia del riesgo o devenir temporal de todo contrato, lo cual corresponde a una situación que no justifica jurídicamente una revisión (ya que las partes pudieron razonablemente anticiparse y adoptar las previsiones necesarias para resguardar sus propios intereses) y consiguiente modificación del contrato celebrado, manteniéndose rigurosamente el carácter vinculante de lo pactado en su oportunidad, por lo que menos aún se justifica la posibilidad de una resolución contractual.

Al afectar la dificultad extrema a la prestación, ello denota que nos encontramos ante un contrato en proceso de ejecución, de manera que la excesiva onerosidad solo es posible de invocar mientras aquél no se haya extinguido, dado que la posibilidad de obtener un reajuste prestacional es lo que permitirá cumplir satisfactoriamente a quien se sienta afectado por la dificultad extrema, prosiguiéndose con la ejecución normal del contrato celebrado.

Si las prestaciones ya han sido ejecutadas, y el vínculo obligacional ha quedado extinguido, no se justifica revisión alguna, porque el deudor pretendidamente afectado ya cumplió, esto es, de su propia conducta se desprende inequívocamente que podía cumplir, de manera que no existía realmente una circunstancia extrema de carácter extraordinario e imprevisible, sino más bien lo que se podría calificar como un riesgo típico, normal u ordinario. E inclusive si el contrato hubiese terminado por vencimiento de su plazo de vigencia (se haya ejecutado o no), consideramos que tampoco resultaría válido invocar la excesiva onerosidad por cuanto ya no hay relación contractual vigente.

Nuestro Código Civil implícitamente reconoce esta exigencia desde el momento en que establece que las soluciones consisten en un reajuste de las prestaciones o en la resolución contractual, lo cual presupone que el contrato está vigente y resulta, literalmente, plenamente exigible, de allí la reacción de quien se sienta perjudicado por la situación extraordinaria e imprevisible.

2. El segundo requisito destaca que el desequilibrio prestacional sobreviniente debe desprenderse de una situación extraordinaria e imprevisible

No existe una definición legislativa sobre lo que debe entenderse por extraordinario e imprevisible para fines de la excesiva onerosidad de la prestación, por lo que la respectiva calificación es finalmente jurisdiccional, atendiendo a las circunstancias, lo cual representa una fórmula flexible que nos parece apropiada pero que presupone el entendimiento jurisdiccional que se está ante una figura de excepción, respecto de la cual se debe combinar una visión diádica y sistémica de la contratación. No obstante lo anterior, podemos tomar como referencia la mención contenida en el artículo 1315 del Código Civil en cuanto califica al caso fortuito o fuerza mayor como evento extraordinario, imprevisible e irresistible.

Con relación a las características de las causas no imputables a las partes (caso fortuito o fuerza mayor), consideramos que la situación que justifica la revisión contractual por excesiva onerosidad

⁸ "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y según el equívoco de las partes" (El subrayado es nuestro, mencionando con ello destacar la etapa de ejecución en la cual se puede presentar precisamente la alteración de las circunstancias previstas en la negociación y celebración).

de la prestación no pueda ser irresistible porque de ser así estaríamos prácticamente en el ámbito de la imposibilidad sobreviniente, provisional o definitiva, lo cual genera una suspensión o, de ser el caso, una resolución *ipso iure*. De manera adicional, debe tenerse presente que la situación de excesiva onerosidad faculta a invocar la revisión contractual, lo cual presupone que siempre es factible el cumplimiento, aún en severas condiciones. La posibilidad de revisión evidencia que el contrato está vigente, pendiente de cumplimiento parcial o total, conforme hemos destacado precedentemente.

¿Qué se entiende por extraordinario? Es lo que se aparta de lo común u ordinario, lo cual en palabras de OSTERLING y CASTILLO significa que "Se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Irrova temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario. Vemos que este concepto va seriamente ligado a la impredecibilidad o imprevisibilidad"⁹ (Lo resaltado es nuestro).

Por su parte, ¿Qué se entiende por imprevisible? "El hecho o evento es imprevisible cuando supera a excede la aptitud normal de previsión del deudor de la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. (...) Este punto es bastante delicado, ya que es fácil entrar en el campo de las subjetividades. (...) Vemos que la imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado. Esto quiere decir que el evento no solo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él. Esa conducta puede referirse a un patrón standard objetivo del hombre medio (...) o ser de corte subjetivo, como evaluar las posibilidades de previsión del deudor en cada caso específico, es decir, atendiendo a las condiciones personales del agente"¹⁰ (Lo resaltado es nuestro).

Estos dos requisitos son básicos para poder entender los alcances de la figura, ya que están en pugna dos grandes principios civiles resumidos en las expresiones latinas *Pacta sunt servanda* y *Rebus sic stantibus*. De un lado, la seguridad jurídica enfatizada en que estamos sujetos a lo declarado, asumiéndose que es lo querido (artículo 1361 del Código Civil), y ello tiene carácter estrictamente obligatorio (en los términos convenidos al momento de contratar), por lo que lo pactado debe cumplirse porque esa ha sido la voluntad común. Y, de otro lado, el principio de buena fe y común intención de las partes (artículo 1362 del Código Civil), lo cual no se agota en la negociación y celebración, sino que se extiende a todo el proceso de ejecución contractual, afirmándose la necesidad de un intercambio justo como sustento de la seguridad jurídica, lo cual presupone respetar la ecuación económico-financiera del contrato.

Por ello, la lectura del evento que puede ser categorizado como extraordinario e imprevisible debe ser rigurosa, excepcional, porque de lo contrario podría estar afectándose el carácter vinculante de todo contrato, promovándose el incumplimiento, la imposición de términos distintos a los queridos o frustrándose el interés de las partes, todo lo cual puede derivar en que se termine desalentando la contratación, instrumento esencial para el intercambio de bienes y servicios en beneficio de la sociedad toda y que por ello trasciende del interés individual.

⁹ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, volumen XVI. Cuarta parte, tomo XI, en: Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 625.

¹⁰ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. *Op. Cit.* pp. 626 a 631.

Si admitimos que un contrato es un vínculo obligacional que permite satisfacer inmediatamente los intereses de las partes contratantes y, de manera mediata, los de la sociedad en general, resulta obvio que la calificación jurisdiccional de lo que es extraordinario e imprevisible debe sustentarse en lo que razonablemente se podía estimar o no al momento de contratar, considerando la propia experiencia de las partes y sus respectivas posibilidades de asumir eficientemente o no los respectivos costos de previsión¹¹, por lo que se debe cuidar de sopesar si los cambios en las condiciones contractuales son de tal magnitud que generan efectivamente una dificultad extrema en el cumplimiento, convirtiéndolo a éste casi en un acto heroico, respecto del cual el Derecho no puede permanecer ajeno y de allí el “volver a ver”, o si se trata simplemente de una situación en que el afectado debe asumir las consecuencias de sus omisiones con ocasión de negociar y celebrar el respectivo contrato.

En palabras de MESSINEO: “Se requiere, pues, el concurso del carácter extraordinario y de la imprevisibilidad. Por lo tanto, es irrelevante no solamente la onerosidad excesiva determinada por un acontecimiento ordinario y previsible, sino también la determinada por un acontecimiento anormal pero previsible. Y eso tanto más si en el momento de la conclusión del contrato se habían perfilado circunstancias que, con certeza o con extrema probabilidad, hubiesen conducido a la alteración de la situación económica tomada en consideración por las partes”.¹² (Lo subrayado es nuestro). En otras palabras, habrá una reacción jurídica por alteración de las circunstancias en la medida que la actuación de los contratantes no hubiese justificado establecer razonablemente un mecanismo contractual para enervar las circunstancias extraordinarias e imprevisibles, por más que estas últimas se hubiesen “perfilado” al momento de contratar; empero, si las partes pudieron tomar razonablemente las provisiones del caso, específicamente la parte actualmente afectada por la excesiva onerosidad de la prestación, ello corresponderá a una asunción voluntaria de riesgo, no trasladable por cierto, ya que en su momento se tuvo la posibilidad real y cierta de adoptar las medidas más convenientes para neutralizar la contingencia.

Siguiendo el razonamiento expuesto, resulta válido introducir la distinción conceptual entre riesgos típicos (que se pueden calificar como ordinarios o normales, denominándoseles también riesgos empresariales) y atípicos (extraordinarios o anormales). Otro tema será determinar, sobre la base de la razonabilidad, al examinar la eficiencia en la toma de decisiones durante las etapas de negociación y de celebración de un contrato, cuándo estamos ante una situación efectivamente extraordinaria e imprevisible, o en palabras de MESSINEO, si el efecto en cuestión por más anormal (extraordinario) que sea resulta siendo absolutamente previsible.

3. El tercer requisito se refiere a la oportunidad en que se genera la causal que amerita la revisión contractual, destacando además su ajenidad respecto a las partes

El desequilibrio prestacional debe ser sobreviniente. Este tema se asocia estrechamente con la asignación del valor prestacional y el paradigma civil en materia contractual sobre equilibrio prestacional.

¹¹ Sobre este tema, resulta útil remitirnos al auxilio del análisis económico para fines de enfocar que la previsibilidad es un tema esencialmente relacionado a la asignación de costos de transacción, de manera que considerando dicha variable debe calificarse a diligencia. Ver: BULLARD, Alfredo, *¿Hay algo irremediable? La onerosidad excesiva y la irresponsabilidad comercial*, En: Derecho y Economía – El análisis económico de las instituciones jurídicas, Palabra Editores S.A.C., Lima, 2003, op. 259 a 276. Sobre el particular, debemos destacar el texto siguiente del señalado artículo: “De alguna manera, como ya dijimos, toda contingencia es previsible. Incluso el evento más inusual pensable puede ser previsto usando nuestra imaginación, si se que tenemos tiempo suficiente para dejarla recorrer el mundo de las posibilidades. El verdadero problema no es si la contingencia es algo que puede ocurrir, sino, si se justifica, en términos de costos de transacción, contemplar su posible ocurrencia en el contrato, y asignar los riesgos que de ella se derivan. [...] Si, hecho el análisis pertinente, se llega a la conclusión que aquella parte que debió prever la información relevante a un menor costo antes de concluir, entonces esta parte deberá asumir los costos generados por dicha contingencia. Sólo así se crean los incentivos necesarios para que las partes provean la información adecuada a fin de llegar a un contrato que contenga un número óptimo de cláusulas contractuales”.

¹² MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, tomo 3, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1986, p. 376.

Son ciertamente las partes las llamadas a fijar el valor de las prestaciones en el contexto de una negociación paritaria, en función a sus propios intereses; en ese sentido, el concepto de equilibrio prestacional carece de un efectivo sustento por cuanto no hay valores objetivos; los bienes y servicios no valen por sí mismos sino en función a los agentes económicos, a sus necesidades, a la oportunidad de hacer negocios, al costo que entraña una ejecución contractual en el tiempo.¹² Desde esa perspectiva son las partes las que identifican su propio equilibrio económico-financiero, valorizando las prestaciones según sus propios intereses, lo cual conduce a su decisión libre y soberana de contratar, esto es, de generar un vínculo jurídico que será de estricto cumplimiento atendiendo a que "lo declarado es lo querido".

El problema se genera cuando, luego de celebrado el contrato, con la posibilidad de poder acordar oportuna y razonablemente las previsiones del caso, se genera una situación extraordinaria e imprevisible que afecta el cumplimiento del contrato, tomando en más onerosa la prestación a cargo de uno de los contratantes. No se trata que la contraparte obtenga mayores beneficios a los inicialmente previstos, sino que esos mayores beneficios se dependen directamente de un mayor sacrificio que se estaría exigiendo, de manera sobreviniente, a la parte afectada, lo cual significa quebrar el equilibrio prestacional definido por las propias partes.

En ese orden de ideas, así como el desequilibrio prestacional originario puede derivar en la pertinencia de invocar la "lesión" (en la medida que se cumplan los requisitos no sólo objetivos sino fundamentalmente subjetivos previstos en nuestra legislación civil), si el desequilibrio es sobreviniente a la celebración del contrato, esto es, se produce en la etapa de ejecución, se genera, en la medida que se cumplan con los requisitos correspondientes, la posibilidad de invocar la excesiva onerosidad de la prestación para evitar que esa ejecución contractual sea abusiva, contraria a la buena fe, impidiéndose finalmente un enriquecimiento indebido.

Sin perjuicio de lo precedentemente enunciado, la *difficultas praestandi* debe derivarse de una situación ajena al control de las partes (téngase presente que nadie debe invocar el hecho propio a su favor, sea para demandar un reajuste prestacional o para optar por la resolución), por lo que de mediar culpa el tema se soluciona conforme al régimen legal sobre inexecución obligacional.

Así como tratándose de la imposibilidad sobreviniente de la prestación por causa ajena a las partes existen dos soluciones jurídicas conceptualmente posibles, pero opuestas entre sí: *Periculum est debitoris* y *Risicufum est creditoris*, y nuestro Ordenamiento opta por la primera de ellas, estableciendo que el deudor de la prestación que se ha tornado en imposible asume el respectivo costo de la causa no imputable: perdiendo el derecho a la contraprestación (si la hubiera), lo cual en palabras de ZUSMAN significa optar por la solución menos injusta para las partes en conjunto (mal menor)¹³, de la misma manera se presenta una disyuntiva en nuestro Ordenamiento cuando estamos ante una dificultad extrema por causa no imputable a las partes, ya que conforme hemos manifestado corresponderá optar entre los principios *Facto sunt servando* y *Rebus sic stantibus*, siendo que la aplicación de esta última será posible de manera excepcional si y solo si se demuestra tanto la ocurrencia de un evento extraordinario e imprevisible, como que del mismo se deriva la generación de una excesiva onerosidad en la ejecución de la prestación afectada. Podrá cuestionarse si se afecta o no la seguridad jurídica, pero no es menos cierto que se trata de una solución en la que se opta decididamente por la buena fe objetiva o probidad, reforzándose la

¹² Con relación a esta materia nos remitimos a lo expresado por GHERSI, Enrique *El problema de la equidad de las prestaciones*. En: *ADVOCATUS*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, No. 13, Lima, 2005, pp. 189 a 197, así como a lo recogido en nuestro artículo *Algunos comentarios sobre la lesión*, publicado en *ADVOCATUS*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, No. 15, Lima, 2005, pp. 109 a 122.

¹³ ZUSMAN, Shoshona, citada por DE LA PUENTE, Manuel. En: *Estudios sobre el contrato privado*, tomo I, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, pp. 539 y 540.

premisa que el reconocimiento de lo pactado se sustenta en la existencia (y subsistencia) de intereses dignos de tutela y protección considerando los intereses individuales y sociales.

4. Y el cuarto requisito radica en que la situación de excesiva onerosidad de la prestación debe ser oportunamente invocada

Especial comentario merece lo dispuesto en los artículos 1445 y 1446 del Código Civil, en cuanto regulan el período de caducidad para fines que la parte interesada invoque la excesiva onerosidad, porque de lo contrario se entiende que no hay afectación propiamente a sus intereses, siendo que la oportunidad a partir del cual procede el requerimiento de reajuste prestacional se considera desde el momento en que finaliza el evento extraordinario e imprevisible, el mismo que habría alterado el valor de la prestación afectada. Desde dicho momento, la parte que se considere perjudicada puede reclamar por la excesiva onerosidad, de lo contrario, su inacción equivale a una renuncia tácita y consiguiente admisión que el contrato puede ejecutarse conforme fue previsto con ocasión de su celebración.

No debe olvidarse que estamos ante una figura ciertamente excepcional, no solo porque se reconoce que el contrato no es absolutamente inmutable, sino porque además permite que un tercero ajeno al vínculo restablezca, a falta de acuerdo de las partes, el equilibrio perdido o, de ser el caso, declare constitutivamente la resolución del contrato. En dicho sentido, esta figura excepcional no debe, no puede ser invocada sin restricción temporal alguna, justificándose que se haya previsto legislativamente un plazo breve y que el mismo sea considerado como uno de caducidad, lo cual conlleva una mayor rigurosidad en las reglas para su cómputo (artículo 2007 del Código Civil).

Esta exigencia temporal representa adicionalmente un mayor argumento para destacar que la excesiva onerosidad presupone un contrato válido y vigente, siendo que la pretensión de la parte pretendidamente perjudicada por el evento extraordinario e imprevisible debe invocarse oportunamente. El hecho de proseguir la ejecución del contrato, y que este se extinga por su cumplimiento total, significa, interpretando la conducta contractual, que el deudor supuestamente perjudicado no lo estaba realmente.

Por último, habiendo señalado anteriormente que estamos ante una figura que corresponde a un beneficio legal, solo es posible su aplicación en la medida que así lo estime la parte interesada, la parte contractual afectada por la dificultad extrema, por lo que no corresponde su invocación de oficio por autoridad jurisdiccional alguna, de igual manera como ocurre con la denominada excepción de incumplimiento, por ejemplo.

2. Sobre la base del alcance de los requisitos expuestos, no es la sola generación de una situación extraordinaria e imprevisible (estrictamente analizada dado que se está aplicando una figura que puede derivar en una revisión de los términos y condiciones acordados libremente en su momento, o la resolución) lo que va a determinar una revisión del contenido contractual para restablecer el pretendido equilibrio afectado, sino que se requiere que esa situación extraordinaria e imprevisible sea ajena a las partes, y afecte gravemente a una de las prestaciones tomándola en una de cumplimiento posible pero extremadamente gravoso u oneroso. Por ello, en doctrina, conforme destaca DE LA PUENTE¹⁵, más allá que se pueda hacer la referencia genérica a la imprevisión como anomalía contractual, lo que corresponde es invocar (por la parte interesada) la generación de una excesiva onerosidad de la prestación (que es además la denominación recogida en nuestro Código Civil) sobre la base de la imprevisión, siendo que esa excesiva onerosidad es lo que sustenta la solicitud

¹⁵ DE LA PUENTE, Manuel, *El contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VI del Código Civil*, volumen XV - Segunda parte, tomo V. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 103.

jurisdiccional de reajuste (incrementándose la contraprestación o reduciéndose la prestación afectada, y excepcionalmente, una resolución de contrato), todo ello sobre la base que el vínculo contractual esté efectivamente vigente, esto es, que la prestación afectada esté pendiente de ejecutar (al igual que la contraprestación), total o parcialmente.

IV. LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. Si bien en materia de contratación pública no existe una regulación expresa sobre la figura bajo comentario, merece destacarse que el segundo párrafo del artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (según tenor aprobado por Decreto Supremo No. 084-2004-PCM, actualmente vigente) establece lo siguiente: "El contrato es obligatorio para los partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil". En consecuencia, la señalada norma reglamentaria abre la posibilidad de invocar la excesiva onerosidad en el ámbito de la contratación pública, salvo que la regulación específica de esta última no lo permita.

Nuestra posición es que la excesiva onerosidad de la prestación no es ajena, ni conceptual ni legislativamente, a la naturaleza de la contratación pública, aunque debe evaluarse su pertinencia en cada caso concreto atendiendo al cumplimiento o no de sus respectivos requisitos constitutivos.

Sobre dicho particular, hemos señalado precedentemente que la categorización de un evento como extraordinario e imprevisible debe ser rigurosa, porque de lo contrario podría afectarse la connotación vinculante de todo contrato, lo cual podría significar un pésimo mensaje para el mercado, desalentándose la contratación, instrumento esencial para el intercambio. Esa interpretación rigurosa debe ser, en nuestra opinión, más estricta en el campo de la contratación pública, ya que su finalidad trasciende al interés de las partes, más aun cuando nos encontramos ante contratos específicos que más que atender a necesidades particulares del Estado (como podrían ser la provisión de materiales de escritorio), permiten ejecutar obras públicas que finalmente benefician a la colectividad (lo que se denomina "interés público"), representando un mecanismo de cooperación entre agentes privados y públicos que permite el cumplimiento de las funciones del Estado, conforme refiere autorizada doctrina.¹⁴

El hecho que los contratos públicos se encuentren sometidos finalmente a las reglas del Código Civil no significa, desde luego, equiparar el interés propio de la contratación privada, esencialmente individual, con el interés público que sustenta u orienta a la contratación pública, lo cual legitima conceptualmente la existencia de cierta clase de estipulaciones a favor de la Administración que serían probablemente inadmisibles en un contrato privado. Ya hemos expresado que los contratos administrativos tienen cierta finalidad singular porque buscan satisfacer un interés público, en el sentido colectivo, social, antes que eminentemente particular o privado¹⁵, lo cual deriva en la pertinencia de las denominadas "prerrogativas públicas", esto es, el régimen de facultades singulares que cuentan las entidades públicas respecto de lo que es la interpretación, modificación, ejecución y resolución del contrato celebrado. En palabras de DROMI: "La existencia de prerrogativas a favor de la Administración Pública en la ejecución del contrato, es precisamente la manifestación de su presencia como comitente, y de la primacía del fin del contrato público, que es siempre una razón de bien común, o una prestación de interés general, sobre la intención de las partes de la relación contractual. Entre estas prerrogativas podemos citar como la más significativa el ius variandi, como derecho de modificación unilateral (...). Estas prerrogativas son manifestaciones y

¹⁴ DROMI, Roberto, *Los contratos de las entidades públicas*, Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2001, pp. 25 y 27.

¹⁵ DROMI, Roberto, *Op. Cit.*, p. 27.

exteriorizaciones privativas del poder público. De las mismas resulta que no hay una igualdad jurídica sustancial entre las contratantes, entre comitente y contratista o concesionario. Los "cláusulas exorbitantes del derecho común" hacen a la esencia de estos convenios, y por ella, aunque no hayan sido expresamente pactadas, están implícitamente incorporadas (...)"¹⁸

En otras palabras, mientras que las denominadas cláusulas exorbitantes o vejatorias son cuestionables en el ámbito del derecho común, de la contratación privada, porque rompen la simetría (ideal) que debe mediar entre las partes, evidenciando abuso del derecho, de manera particular tratándose de aquellos contratos que no son susceptibles de negociación previa (contratos por adhesión, por ejemplo), las mismas no son la excepción en el ámbito administrativo, ya que por la naturaleza del objeto de la contratación pública, es consustancial que las entidades se reserven ciertas facultades, prerrogativas o privilegios que les permiten cumplir con la finalidad del contrato (interés público), siendo que las partes saben desde un inicio que no están en un mismo plano de absoluta igualdad propio del ámbito civil. Sobre este particular resulta concluyente lo expresado por DE LA PUENTE, en el sentido que: "(...) los efectos de los contratos administrativos no son los mismos que los de los contratos civiles. Quien concluye un contrato administrativo no solamente asume la obligación de no entorpecer el funcionamiento del servicio público, sino también de facilitarlos. Los contratos civiles suponen dos contratantes en pie de perfecta igualdad. El contrato administrativo propiamente dicho supone, esencialmente, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; el otro, el interés privado del contratante".¹⁹

Sin embargo, en lo relacionado a la excesiva onerosidad de la prestación, no conocemos de disposición legal, en el ámbito de la contratación pública, que restrinja la posibilidad de su invocación por el interesado, en particular (mas no exclusivamente) tratándose del contratista, por lo que al no ser materia de determinada disposición exorbitante legal o convencional, cabe teóricamente su aplicación ya que no desnaturaliza la esencia ni la racionalidad de un contrato público, es más se trata de una figura que permite mantener el equilibrio definido por las propias partes al contratar.

2. Retomando el caso del contrato de obra propuesto en un inicio, relacionado a la contratación en moneda extranjera y a las consecuencias de la variación cambiaria respecto a la moneda nacional, debe considerarse dos grandes premisas preliminares en el ámbito de la contratación pública: primero, que nuestra legislación permite que pueda contratarse tanto en moneda nacional como en moneda extranjera; y segundo, que tratándose de los contratos celebrados en moneda nacional se regula reglamentariamente el mecanismo de reajuste (fórmulas polinómicas) de las respectivas valorizaciones (pagos) de la obra y de sus adicionales. Las normas sobre contratación pública (Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su reglamento, aprobados por Decretos Supremos Nros. 083 y 084-2004-PCM, respectivamente) no hacen referencia a un reajuste de las valorizaciones de los contratos de obra celebrados en moneda extranjera, por lo que si ello no ha sido previsto en las Bases o en el contrato, no resultaría procedente el reajuste en cuestión.

En el caso concreto propuesto, las respectivas Bases establecían que la oferta debía elaborarse en Dólares de los Estados Unidos de América, siendo que los respectivos pagos se realizarían en dicha moneda (salvo el Impuesto General a las Ventas) y de manera paralela y proporcional a la ejecución de la obra. Por su parte, en el correspondiente contrato se disponía expresamente que el precio contractual no estaría sujeto a reajuste alguno durante la ejecución de los trabajos, por ningún concepto.

¹⁸ DROM, Roberto. Op. Cit., p. 31

¹⁹ DE LA PUENTE, Manuel. Las "cláusulas exorbitantes". En: Themis, Revista de Derecho, segunda época, publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, No. 20, pp. 7 a 9.

No obstante las específicas previsiones señaladas, la empresa contratista demanda arbitrariamente el reajuste prestacional de los pagos a cargo de la entidad pública, bajo el argumento que habiéndose generado un cambio radical en las circunstancias cambiantes, se debe proceder al reajuste, siendo que al encontrarse en etapa de liquidación, ello debe ser considerado al aprobarse esta última. Por su parte, la entidad niega la posibilidad del reajuste, manifestando que al haberse contratado en moneda extranjera ello significa la asunción implícita del riesgo cambiario, siendo adicionalmente que el contrato niega expresamente la posibilidad de reajuste alguno del precio. Corresponde analizar, por lo tanto, si resulta procedente o no lo reclamado.

- a) Si recurrimos, en primer lugar, a los conceptos generales aplicables a la excesiva onerosidad de la prestación, debe concluirse que nada impide aplicar, en general, dicha figura en la contratación pública, por lo que de plano deberían descartarse los argumentos de asociar la figura en cuestión con los contratos privados. Para ello, resultan concluyentes los alcances del segundo párrafo del artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo No. 084-2004-PCM), los cuales complementan los alcances del artículo 1353 del Código Civil, de manera que las disposiciones de la parte general del Derecho de Contratos contenidas en el señalado cuerpo normativo se aplican por igual tratándose de contratos de derecho privado como de derecho público (en lo que no se desnaturalicen estos últimos, desde luego).

Postular una separación radical entre las reglas de la contratación privada y pública es algo que ha quedado definitivamente desfasado.

- b) No obstante lo anterior, en el caso concreto, surge la cuestión si el hecho de haberse contratado en moneda extranjera y haberse dispuesto en el respectivo contrato que el precio no es susceptible de reajuste impide aplicar la figura de la excesiva onerosidad de la prestación. Consideramos que la cuestión radica esencialmente en determinar cuáles son los alcances de los pactos en cuestión o, enfocado desde otra perspectiva, si ellos impiden la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación. Y para ello, debemos asumir una posición crítica. No podemos quedarnos en un inmovilismo de sostener, parafraseando cierto adagio jurídico, que no diferenciaremos donde el pacto no diferenció, porque para desentrañar el sentido de la ley o del acuerdo contractual es fundamental identificar la premisa, el supuesto de hecho, sobre el cual se asientan sus alcances.

V. LA DIFERENCIA CAMBIARIA COMO EXPRESIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN EN EL CASO PROPUESTO

I. Si partimos que la excesiva onerosidad de la prestación se sustenta, conforme hemos analizado, en una situación extraordinaria e imprevisible que determina un grave desequilibrio prestacional sobreviniente a la celebración del contrato y mientras éste se mantenga en vigencia, consideramos que de manera general o abstracta, por más que se hubiera contratado en una "moneda fuerte" como es el Dólar de los Estados Unidos de América, o que se enuncia que no hay posibilidad de reajuste alguno, todo ello no impide la aplicación de la figura en cuestión, por cuanto la excesiva onerosidad se fundamenta en lo que las partes no pudieron razonablemente estimar al momento de contratar²⁸, porque se ha generado un evento que sobrepasa lo previsible, lo que se deriva de las condiciones normales, esto es, se evidencian riesgos extraordinarios.

²⁸ MOSSET, Jorge, *Contratos en Dólares (flexibilidad judicial, teoría de la imprevisión, hipervolación y Moneda Extranjera)*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 162. El autor expresa que muchas veces la intención de pactar en dólares y fijar además el pago en dicha moneda radica en que se posee la premisa de que no se aplica la Teoría de la Imprevisión (esto es, la excesiva onerosidad de la prestación, conforme a la terminología legal en el Perú), siempre, a ello se opone el fundamento mismo de la figura: hechos extraordinarios e imprevisibles. Coincidimos con dicha posición.

Sobre la base de dicha premisa, vía interpretación debe concluirse que los alcances del pacto sobre la improcedencia de reajustes del precio expresado en moneda extranjera debe entenderse limitado a las circunstancias comunes, usuales, típicas u ordinarias. No se aplica la restricción contractual respecto de lo imprevisible. Además, sobre la base de lo sancionado en el artículo 1444 del Código Civil, en aplicación supletoria, sería nulo todo pacto que pretenda desconocer el beneficio legal derivado de la posibilidad de poder invocar la excesiva onerosidad de la prestación, siendo que dicho pacto no se sustentaría en privilegio alguno que, por la naturaleza de la contratación pública, le pudiese corresponder a una entidad pública.

Por lo tanto, dado que el supuesto de hecho de la restricción contractual sobre reajustes del precio son las situaciones comunes u ordinarias, de mediar situaciones extraordinarias, se requiere también de un mecanismo extraordinario, el mismo que debe cuidarse de aplicar considerando su excepcionalidad.

2. La posibilidad de una revisión contractual por desequilibrio sobreviniente es, en rigor, ajena a la moneda bajo la cual se contrató, porque la alteración de las circunstancias podría producirse tanto en contratos celebrados en moneda nacional como en moneda extranjera, pero resulta innegable que la situación se presta fácilmente, *a priori*, para rechazar dicha posibilidad cuando se contrató en moneda extranjera, de un lado, porque podría afirmarse que se asumió implícitamente el riesgo cambiario y, de otro lado, porque en el caso concreto se cuenta con una cláusula contractual que dispone la improcedencia de reajuste del precio concertado en moneda extranjera, sin diferenciar situaciones, por toda razón o concepto.

No obstante, la aplicación efectiva de la figura bajo comentario radica finalmente en que la diferencia cambiaría represente realmente un evento extraordinario e imprevisible, una situación ciertamente grave, trascendente, que determine un manifiesto e inobjetable desequilibrio, sin perjuicio que la respectiva reclamación debe cumplir concurrentemente con los requisitos ya enunciados. Debemos tener siempre presente que la posibilidad que un tercero ajeno al vínculo intervenga respecto al contenido de la relación contractual, fijándolo, actualizándolo, ya es de por sí una situación atípica, de manera que la figura de la excesiva onerosidad de la prestación debe aplicarse como lo que es, una de carácter excepcional, que demanda suma rigurosidad en la comprobación de sus requisitos constitutivos, evitándose así que pueda invocarse sin mayores limitaciones afectando finalmente la premisa general que los contratos son obligatorios y deben cumplirse, conforme a lo expresado libremente en ellos.

3. Señalamos en su oportunidad que la excesiva onerosidad de la prestación presupone cuatro requisitos constitutivos concurrentes.

- Dificultad extrema.
- Que la dificultad extrema provenga de una situación extraordinaria e imprevisible.
- Que la situación extraordinaria e imprevisible sea sobreviniente a la celebración del contrato y ajena a las partes.
- Que la dificultad extrema sea oportunamente invocada por el interesado.

Ya no nos corresponde reabrir los comentarios respecto a cada uno de ellos, pero sobre la base de lo expresado en su oportunidad, tratándose del caso propuesto podemos destacar lo siguiente:

- a) Conforme hemos manifestado, una variación del tipo de cambio, sea por devaluación o revaluación de la moneda nacional, podría ser considerado como un evento que justifique la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en la medida, de un lado, que ello se

considere como una real situación extraordinaria e imprevisible y, de otro lado, que derive en una grave dificultad para poder cumplir con la prestación afectada por quien invoca la figura en cuestión.

Esa variación del tipo de cambio podría ser extraordinaria cuando escapa de los márgenes usuales, normales u ordinarios, como sería una devaluación traumática, por ejemplo al cuarenta por ciento considerando la fluctuación cambiaria en nuestro medio, porque de lo contrario estamos ante un proceso progresivo, permanente, en donde la diferencia de cambio se convierte en un tema absolutamente ordinario, esto es, un riesgo típico o normal, el cual corresponderá ser asumido por quien injustificadamente invoca la imprevisión. A su vez, la variación del tipo de cambio será imprevisible cuando las partes no pudieron estimar razonablemente, atendiendo a su experiencia, que se produciría; no obstante, consideramos que el solo hecho de pactar en moneda extranjera ya afecta de alguna manera este carácter de imprevisibilidad, porque en el fondo hay una voluntad común de anticiparse a cualquier problema cambiario, sea devaluatorio o revaluatorio.

Si se cumplen los dos requisitos concurrentes precedentes, habría material objetivo básico para reclamar una excesiva onerosidad, sujeto al cumplimiento de los demás requisitos legales. Sin embargo, no es así tratándose de la reclamación a la cual se refiere el caso propuesto.

En efecto, consideramos que, en el caso concreto, no estamos ante un hecho extraordinario.

Recordemos que hemos postulado que la calificación de lo que es extraordinario e imprevisible depende de las circunstancias, de cada situación en particular. En ese orden de ideas, cabe preguntarse si estamos realmente ante una diferencia cambiaria traumática, atípica, intempestiva, extraordinaria. Nada de eso, porque se ha estado ante un proceso progresivo, mensurable, predecible. Las cifras son objetivas. El Dólar de los Estados Unidos de América, tomando las cifras expuestas por la contratista en su demanda, pasó en menos de dos años de \$/ 3.472 (a la fecha del primer anticipo) a \$/ 3.226 (a la fecha de la vigésimo primera valorización, última), e inclusive puede destacarse que pasó finalmente a \$/ 3.192 (liquidación). Estamos refiriéndonos a una diferencia de \$/ 0.146 (o, en el peor de los casos, de \$/ 0.280) por cada dólar americano, respecto a la progresión de pagos de las valorizaciones. Dado que la tendencia de reducción del tipo de cambio era previa (antes inclusive de la celebración del contrato y primer pago), consideramos que no estamos ante una situación extraordinaria y menos aún de carácter imprevisible. Una revaluación que no llega ni al diez por ciento en el periodo reclamado (algo menos de dos años) no es, ni puede ser considerada seriamente en nuestro medio como un evento extraordinario que justifique una revisión contractual, más aun cuando todos los días hay altibajos cambiarios con una tendencia mensurable.

De manera adicional, tampoco consideramos que, en el caso propuesto, estemos ante un hecho realmente imprevisible.

Sobre este particular resulta conveniente retomar lo expresado por Messineo cuando sostiene que "Se requiere, pues, el concurso del carácter extraordinario y de la imprevisibilidad. Por lo tanto, es irrelevante no solamente la onerosidad excesiva determinada por un acontecimiento ordinario y previsible, sino también la determinada por un acontecimiento anormal pero previsible. Y eso tanto más si en el momento de la conclusión del contrato se habían perfilado circunstancias que, con

certeza o con extrema probabilidad, hubiesen conducido a la alteración de la situación económica tomada en consideración por las partes”²¹

Y es que, desde el momento en que en las Bases del proceso de selección seguido se expresó que la oferta debía elaborarse en Dólares de los Estados Unidos de América es obvio que se estaba representando la posibilidad de una fluctuación cambiaria, la cual podía beneficiar o perjudicar a la empresa contratista. Debe tenerse presente, además, que la contratista se sometió voluntaria y libremente, aceptándolas, a las disposiciones de las Bases, siendo que en ellas se expresaba (proforma contractual) que no habría lugar a reajuste alguno, conforme se formalizó posteriormente al celebrarse el contrato.

- b) Pero no sólo se trata de ello, sino que además se debe analizar la conducta de la parte interesada que invoca el beneficio legal bajo comentario, de manera concreta en cuanto al hecho que la contratista (pretendidamente perjudicada por la excesiva onerosidad) no suspendió (o, al menos, planteó la posibilidad de suspensión) la ejecución contractual ni interpuso inmediatamente, dentro del breve plazo de caducidad que establece la ley (artículos 1445 y 1446 del Código Civil), la acción para obtener el reconocimiento jurisdiccional del supuesto problema, sino que prosiguió con la ejecución normal del contrato, siendo que recién reclama cuando este ya se ejecutó, lo cual significa inclusive que habría un comportamiento de mala fe, ya que en la actualidad se exige (extemporáneamente) un reajuste sin que la entidad (contraparte contractual) tenga la posibilidad de resolver el contrato, lo cual significa desconocer el derecho potestativo que le asiste legalmente por la propia naturaleza de la excesiva onerosidad.

Conforme hemos expuesto, la excesiva onerosidad, que legitima una revisión contractual, demanda que el vínculo esté vigente, y es que la generación de un riesgo extraordinario e imprevisible de manera sobreviniente a su celebración afecta su ejecución, de allí que el pretendido afectado requiera jurisdiccionalmente el ajuste prestacional, respecto de lo cual el emplazado puede optar por la resolución, ya que la prestación finalmente le puede resultar inútil: pérdida del interés.

En el caso propuesto, que estimamos que resulta muy interesante para fines didácticos, no se cumpla con dicho elemental requisito, lo cual deriva en dos comentarios: Primero, que aún en el supuesto negado que se hubiese generado un evento extraordinario e imprevisible, ello no habría afectado realmente a la contratista para proseguir con la ejecución contractual, acreditándose que no había extrema dificultad que justifique una revisión de lo acordado inicialmente. Segundo, de otro lado, que al proseguirse con la ejecución y demandar el ajuste (incremento) *ex post*, concluido el contrato, finalizada la ejecución, se está indirectamente afectando los legítimos derechos de la contraparte (la entidad), ya que de acuerdo a ley se puede optar, frente a la pretensión de reajuste prestacional, por la resolución contractual. Los términos en que se plantea la demanda evidencian, por consiguiente, una conducta contraria a la buena fe contractual.

Desde el preciso momento en que la contratista tomó "conciencia" de la pretendida volatilidad del tipo de cambio (aunque reiteramos que, en nuestra opinión, ello no es ni extraordinario ni imprevisible, ni genera efectos graves), con su supuesto impacto negativo en sus expectativas negociales, su omisión de interponer oportunamente la acción correspondiente (en sede arbitral conforme al contrato de obra) derivó inexorablemente en que el contrato en cuestión siguiera ejecutándose normalmente (como si no se hubiese presentado dificultad extrema respecto a la prestación comprometida), conforme a lo

²¹ MÉRINEO, Francisco. *Op. Cit.*, p. 376.

previsto; resultaría absurdo contradecir hoy en día dicha actuación reclamando respecto de hechos consumados por conducta concluyente de la propia contratista²², ya que el contrapeso de una reclamación de reajuste es que la contraparte pueda solicitar la resolución del contrato si haber perdido interés en el negocio en atención a la posible modificación de sus términos y condiciones.

La contratista esperó inexplicablemente, violentando la buena fe, la ejecución total del contrato e ingresar a su etapa de liquidación para recién invocar la pretendida excesiva onerosidad, haciendo con ello inviable, nula, la posibilidad que la entidad pudiera optar por la resolución, "obligándola" de dicha manera a que asuma los supuestos mayores costos por la diferencia cambiaria. Esa maniobra no puede dejarse de destacar porque no solo revela que no hubo excesiva onerosidad, ya que la prestación de la contratista se ejecutó conforme a lo previsto, sino porque además pone en evidencia que se ha intentado manipular la figura para obligar a la entidad a que tenga que asumir los pretendidos mayores sobrecostos, ya que al haberse ejecutado el contrato, no hay posibilidad de poder optar por la resolución.

- c) Por último, íntimamente relacionado a lo anterior, habiéndose admitido que la invocación de la excesiva onerosidad de la prestación presupone una relación contractual válida y vigente, resulta siendo conceptualmente inadmisibles que se solicite la revisión prestacional cuando el contrato ya feneció. En efecto, en el caso propuesto, las partes se hallan en etapa de liquidación de contrato, esto es, ya venció el plazo de vigencia contractual, por lo que no habiendo prestaciones por ejecutar, carece de sentido reclamar ajustes en su valor.

Este solo hecho ya es determinante, concluyente, en nuestra opinión para determinar la improcedencia de lo demandado por la empresa contratista.

VI. CONCLUSIONES

La excesiva onerosidad de la prestación se sustenta, en nuestra opinión, sobre la base de la exigencia de buena fe en la ejecución misma del contrato, principio esencial en materia de contratación y que atraviesa el régimen general previsto en nuestro Código Civil, aunque es obvio que una regulación particular y detallada siempre es más conveniente. Esa buena fe debe ser considerada como el deber de actuar diligente, eficientemente según las exigencias o estándares del mercado, de manera que sobre dicha base se determine si eran razonables o no las provisiones adoptadas por las partes respecto a lo que pueda considerarse como una alteración de las circunstancias. Para dicho efecto, resulta útil referirnos a la mensura económica de los riesgos para fines de la contratación.

La excesiva onerosidad es una figura excepcional, porque pone en entredicho el carácter estrictamente vinculante de los acuerdos contractuales adoptados en su oportunidad; en consecuencia, debe aplicarse restrictivamente, evitándose desalentar la contratación, instrumento esencial para un intercambio seguro y eficiente, pero no por ello menos justo. Desde esa perspectiva, la rigurosa verificación de sus requisitos constitutivos depende del buen criterio jurisdiccional, de la visión que se posea respecto a la funcionalidad de los contratos.

Estimamos que no existe fundamento legal ni conceptual para excluir, del ámbito de la contratación pública, por más que ésta posee un régimen legal privativo en el cual puedan justificarse

²² Desde esa perspectiva, el reclamo planteado en la demanda a fiscal podría hasta corresponder al concepto del hecho propio ("Teoría de los actos propios"), lo cual significa que resulta inadmisibles, por atentar contra la buena fe, toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con el propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto, siendo que en palabras de CASTILLO y SABROSO: "La Teoría de los Actos Propios es una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, imponible por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que sujeta en otro acto fundado conflicto" (Ver: CASTILLO, Mario y SABROSO, Rosa, *La teoría de los actos propios*, Palestra Editores S.A.C., primera edición, marzo 2006, p. 63).

determinadas estipulaciones exorbitantes, la aplicación de la figura legal bajo comentario, y es que la variación de las circunstancias puede presentarse en cualquier escenario, por lo que resultaría prejuicioso considerar cosa distinta.

Atendiendo a lo expuesto, en el caso real propuesto, consideramos que, desde distintas perspectivas, no resulta procedente la reclamación de la empresa contratista por pretendida excesiva onerosidad de la prestación, pero no en razón que el contrato no permita (de manera general) el reajuste por haberse pactado en moneda extranjera, ni porque pueda considerarse que la figura en cuestión es propia o exclusiva de la contratación privada, sino porque no se cumple con los requisitos constitutivos de dicha figura, siendo más bien que el comportamiento de la contratista denota una voluntad de aprovechamiento indebido, resultando sintomático que demande el reajuste prestacional cuando el contrato ya fue ejecutado, lo cual representa una infracción al principio de buena fe contractual, ya que se le niega contextualmente a la entidad el derecho de poder invocar la resolución del contrato.