

20
20
EDICIÓN

MISCELÁNEA JURÍDICA



AUTORES

Juan Chang Tokushima
Alonso Salazar Zimmermann
Jairo Cieza Mora
Pierino Stucchi Lopez Raygada
Germán Lora Álvarez
Juan Carlos Gonzales Salinas
Fernando Valverde Camán
Fernando Ballon Estacio

Hace más de 12 años, un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), preocupados por la difusión de conocimientos jurídicos a los diferentes operadores del Derecho y la comunidad en general, formaron la Asociación Jurídica Ethos. A partir de ese momento, se trazó como objetivo que, cada cierto tiempo, se publicara una revista que contribuya a la cultura jurídica del país.

En ese sentido, nos enorgullece decir que la Asociación Jurídica Ethos continúa con su camino inicial y sin perder los esfuerzos trazados desde la primera publicación, nos complace presentar la quinta edición de la Revista Ethos, una miscelánea jurídica que, está enfocada en distintos temas de impacto en las diferentes ramas del Derecho, así como el análisis del impacto jurídico que ha tenido el virus COVID-19 en nuestro país.

Finalmente, agradecemos a la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC, en especial a las autoridades y profesores de la Facultad de Derecho por su excelente recepción a los proyectos de iniciativa estudiantil y su constante apoyo. Asimismo, resulta necesario reconocer a los exintegrantes que iniciaron y continuaron este gran proyecto. Del mismo modo, agradecemos a los autores que han participado en ese proyecto por su apoyo y dedicación a cada artículo de esta revista. Por último, expresamos nuestro agradecimiento a todos los integrantes de la Asociación Jurídica Ethos, quienes mostraron gran dedicación en todas las actividades que desarrollamos a lo largo de este periodo.

Consejo Directivo de la Asociación Jurídica ETHOS



Director general

Aaron Alexander Inocente Ramos

■ **Directora de la Comisión de Imagen Institucional:**
Angélica María Salazar Morales

■ **Directora de la Comisión de Economía y Finanzas:**
Camila Lucía Sánchez Castillo

■ **Directora de la Comisión de Eventos y Servicios Sociales:**
Linda Azucena Salinas Salinas

■ **Directora de la Comisión de Publicaciones:**
Milagros del Socorro Cruz Ramírez

■ **Asociados:**

Andrea Milagros Lázaro Pusare
Wendy Evelyn Carmelo Moreno
Omar Gustavo Huamaní Farfán
Daniela Alexandra LLasac Navarro
Heiner Fernando Muñoz Torres
Amanda Yasmin Hookings Deza
Andrea Moscoso Mamani
Oscar Escate Camacho
Alexa Sofía Meza Quispe

AUTORES



Jairo Cieza Mora

“EL COVID-19 Y EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS A NIVEL CONTRACTUAL UN ESTUDIO INICIAL”



Juan Chang Tokushima Alonso Salazar Zimmermann

“ELIMINANDO BARRERAS BUROCRÁTICAS. ALGUNOS COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS EN MATERIA DE BARRERAS BUROCRÁTICAS”



Fernando Valverde Caman

“DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ORIENTACIONES Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES”



German Lora

“EL FUTURO DEL DERECHO LABORAL POST CUARENTENA”



Juan Carlos González Salinas

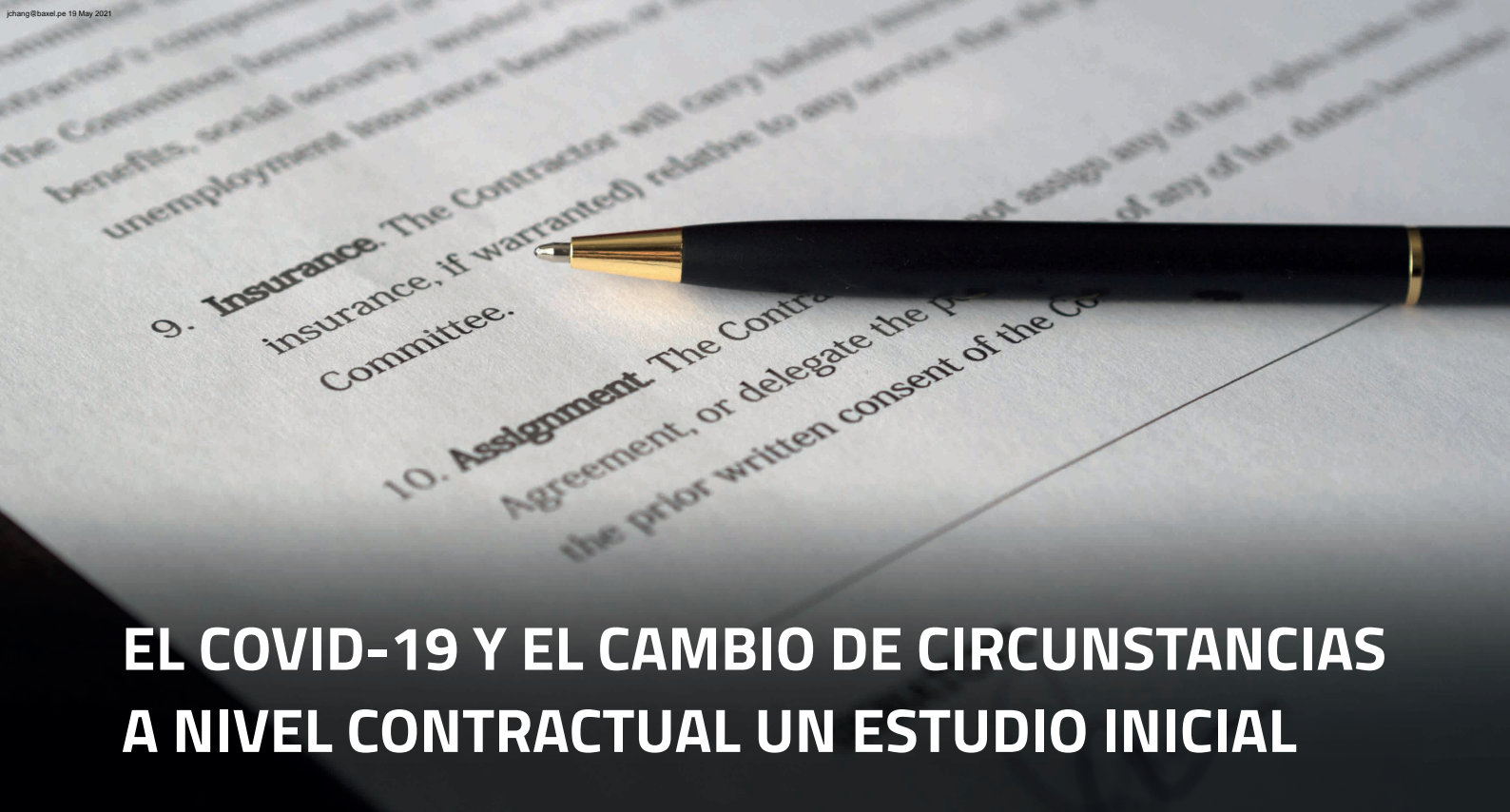
“REFLEXIONES EN TORNO A LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE ARBITRAJE: A PROPÓSITO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 020-2020”



Pierino Stucchi Fernando Ballon Estacio

“ABUSO DE PODER ECONÓMICO, ACAPARAMIENTO Y ESPECULACIÓN”





EL COVID-19 Y EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS A NIVEL CONTRACTUAL UN ESTUDIO INICIAL

Jairo Cieza Mora*

Paneloux tendió en ese momento los brazos en la dirección del atrio, como si se señalase algo tras la cortina movediza de la lluvia: "Hermanos míos -dijo con fuerza-, es la misma caza mortal la que se corre hoy día por nuestras calles. Vedle, a este ángel de la peste, bello como Lucifer y brillante como el mismo mal. Erguido sobre vuestros tejados, con el venablo rojo en la mano derecha a la altura de su cabeza y con la izquierda señalando una de vuestras casas. Acaso en este instante mismo, su dedo apunta a vuestra puerta, el venablo suena en la madera, y en el mismo instante, acaso, la peste entra en vuestra casa, se sienta en vuestro cuarto y espera vuestro regreso. Está allí paciente y atenta, segura como el orden mismo del mundo. La mano que os tenderá, ninguna fuerza terrestre, ni siquiera, sabedlo bien, la vana ciencia de los hombres, podrá ayudaros a evitarla. "La peste" Albert Camus.

I. Introducción ¿EL COVID -19 es un evento extraordinario e irresistible?

Desde hace aproximadamente cuatro meses, hasta la publicación de este artículo, la población mundial viene siendo azotada por el Coronavirus, microorganismo cuya expansión se ha convertido en pandemia (estado formalizado así por la Organización Mundial de la Salud) y ha atacado a la vida, la salud, la economía y todas las relaciones sociales de la especie humana. Es como si estuviésemos ante una tercera guerra mundial, sino que en este caso no nos ataca una potencia mundial con ojivas o armas nucleares, sino lo hace una enfermedad desconocida y agresiva que tiene como hospedante al hombre y que ha nacido en la ciudad de Wuhan, en la República Popular de China, específicamente en un

mercado de mariscos.

En el caso del Perú se ha ordenado el aislamiento social obligatorio mediante el Decreto Supremo N.º 040-2020-PCM, del 15 de marzo. Esto implica que debido al virus y para no generar el caos en los establecimientos de salud el Estado ha decidido que las personas no salgan de sus hogares o lo hagan solo para temas esenciales de alimentación, salud o bancarios. Bien sabemos que un número alto de enfermos en estado crítico no podrían ser atendidos por un Estado que por décadas ha descuidado su sistema de salud y no le ha dado la prioridad que debería tener. La imagen sería de

* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima, Investigador del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC), Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la Universidad Antonio Ruíz de Montoya (UARM). Socio del Estudio Cieza Abogados. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima.

horror si es que los pacientes ya no pueden tener acceso a la ventilación mecánica o a camas en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI).

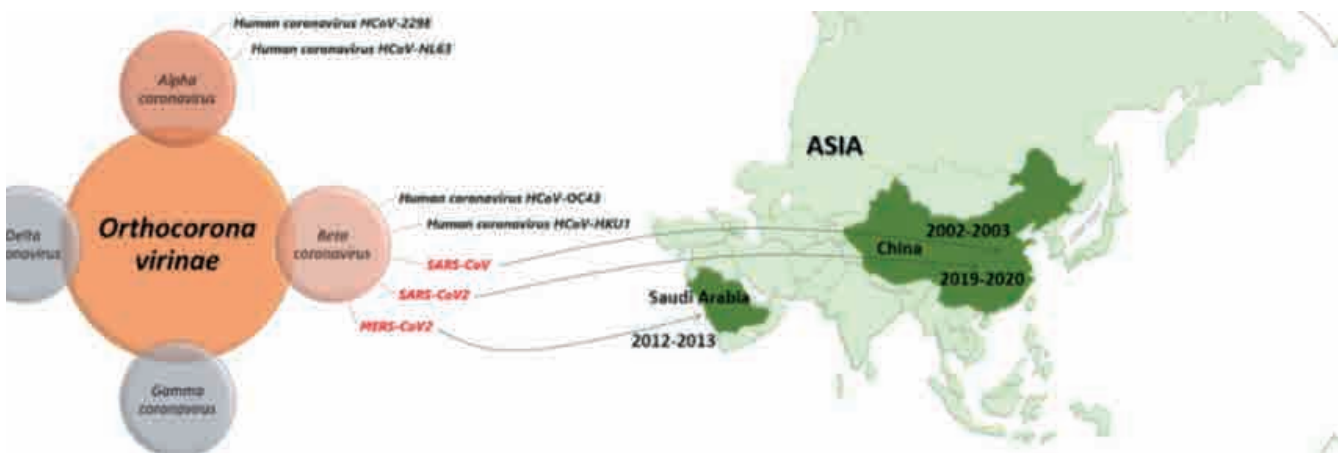
Bibliografía médica especializada¹ ha señalado que: “Los coronavirus (CoV) en sentido amplio son un grupo de virus de ARN de cadena simple con envoltura. Estos pertenecen a la subfamilia *Orthocoronavirinae*, familia *Coronaviridae*, en el orden *Nidovirales*. Se clasifican en cuatro géneros: alfa, beta, gamma y *Deltacoronavirus*. Los dos primeros pueden infectar al ser humano”². Además, “los CoV son agentes patógenos que pueden ser transmitidos a los animales y al hombre; tienen una distribución mundial. La infección por CoV en animales particularmente en bovinos, cerdos, perros, entre otros, es conocida desde hace muchas décadas; (...); de modo especial las aves desarrollan compromiso respiratorio semejante a una bronquitis. Los coronavirus, singularmente los de tipo beta, son zoonóticos es por ello que, una completa vigilancia epidemiológica debería incluir también a los animales ya que son hospedadores susceptibles”³.

En el caso de las personas se ha señalado por la literatura

Finalmente: “La Organización Mundial de la Salud declaró al problema como una emergencia sanitaria de preocupación internacional y, además, le denominó “enfermedad por Coronavirus 2019” (COVID-19). Posteriormente, el Grupo de Estudio de Coronavirus le asignó al virus el nombre de SARS-CoV2. El enfoque de intervención de COVID-19 debe hacerse bajo la óptica de One Health”⁵.

Sobre el origen del COVID 19 se ha señalado que: “(...) Esto si se tiene en cuenta que un animal tan importante como el murciélago, tenga pocos estudios de prevalencia para identificar la presencia del SARS-CoV2. Si se fortalece la vigilancia de estos animales podemos intervenir de manera importante, su ocurrencia en la población de humanos susceptibles, esto se puede lograr al entender que este COVID-19 es una enfermedad zoonótica”⁶. A la fecha de escribir este artículo el COVID 19 afecta a más de un millón de personas en todo el mundo, miles de las cuales han muerto.

Habiendo mencionado lo anterior tenemos que el impacto del COVID-19 en las relaciones económicas ha sido y es indiscutible: contratos que no se pueden cumplir,



científica “(...) en los humanos los CoV pueden originar diferentes enfermedades, desde resfriados frecuentes, hasta otras más graves como el síndrome respiratorio agudo grave (causado por el SRAGCoV) y el síndrome respiratorio del oriente medio (causado por el MERS-CoV) (Figura 1). El SARS fue identificado por primera vez a finales del 2002 en Guangzhou (Guangdong, China), cuando provocó 8.422 casos y 916 muertes en 29 países de los cinco continentes, por consiguiente, se denominó la primera pandemia del siglo XXI”⁴.

la economía paralizada, la industria detenida, las bolsas de valores afectadas gravemente, la minería reducida a su mínima expresión, la actividad petrolera atravesando por una grave crisis por el precio del barril y el impacto de la pandemia; en fin, todas las actividades económicas que desarrollan los mercados se encuentran afectadas de suma gravedad por esta crisis sanitaria mundial.

Sobre el peligro para el mundo del control de nuestras identidades y datos personales, así como una

1.- BONILLA-ALDANA, D. Katterine, et al, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, en IATREA, Revista Médica Universidad de Antioquia, Facultad de Medicina, Antioquia, 2020. Versión online: <https://bit.ly/2V1HZFa>.
 2.- BONILLA-ALDANA, D. Katterine, et al, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 2.3.- BONILLA-ALDANA, D. Katterine, et al, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 2.
 4.- BONILLA-ALDANA, D. Katterine, et al, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 3.
 5.- BONILLA-ALDANA, D. Katterine, et al, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 3.
 6.- BONILLA-ALDANA, D. Katterine, et al, “Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-19, enfermedad por coronavirus 2019”, cit., p. 3.

intervención en nuestras vidas y relaciones sociales se ha señalado con alarma, pero no sin menos precisión que: “Se ponen en servicio tecnologías inmaduras e incluso peligrosas, porque los riesgos de no hacer nada son mayores. Países enteros sirven como conejillos de indias en experimentos sociales a gran escala. ¿Qué sucede cuando todos trabajan desde casa y se comunican solo a distancia? ¿Qué sucede cuando escuelas y universidades enteras se conectan?” Esta escena me hace recordar a la película 1984 basada en el libro profético de George Orwell en donde el ser humano y su mente está completamente dominado por una autoridad superior centralizada que controla la vida de cada sujeto y sus datos personales.

Sobre la exposición de la intimidad de las personas a la vigilancia del Estado y de corporaciones privadas se señala que: “Uno de los problemas que enfrentamos al determinar dónde estamos parados en la vigilancia es que ninguno de nosotros sabe exactamente cómo estamos siendo vigilados y qué nos depararán los próximos años. La tecnología de vigilancia se está desarrollando a una velocidad vertiginosa, y lo que parecía ciencia ficción hace 10 años son hoy viejas noticias” .⁷

¿Cómo, desde el Derecho, podemos abordar esta problemática tan grave? ¿Qué pasa cuando los deudores no pueden realizar las contraprestaciones a sus acreedores? ¿Qué sucede cuando las circunstancias originarias en las que se ha celebrado un contrato ahora son completamente distintas y hacen que cumplir con la prestación en estas condiciones sea excesivamente oneroso y perjudicial para el deudor? ¿Hay que exigir el cumplimiento de los contratos bajo el criterio del brocardo *pacta sunt servanda* o habremos de adecuar las situaciones a las variaciones exógenas que se han presentado en la ejecución de los contratos recordando el brocardo *rebus sic stantibus*? ¿El acreedor puede exigir a su deudor el cumplimiento estricto de lo pactado o el derecho puede intervenir en las relaciones contractuales privadas y constituir o reconstituir la situación a criterios de equidad?

Estas preguntas son necesarias para justificar un artículo como éste, en tiempos de coronavirus.

En primer término, me gustaría indagar si ante el COVID-19 estamos ante un acontecimiento extraordinario o imprevisible como lo señala el artículo 1441 del Código Civil peruano que analizaremos más adelante. Es bueno hacer un *disclosure* al señalar que el

enfoque de este artículo ha podido ser realizado desde la perspectiva del caso fortuito, fuerza mayor o desde la mirada de la excesiva onerosidad de la prestación. Por razones de opción y de características de los contratos (de ejecución instantánea o de ejecución diferida) me dedicaré a analizar la segunda de las perspectivas .⁸

Ante la pregunta de si estamos, por la aparición del COVID-19, ante un hecho extraordinario e imprevisible debemos señalar que sí lo estamos⁹. Considero adecuadas las valoraciones de algunos docentes en el sentido que estamos ante un *Factum Principis* o hecho del príncipe y que el hecho extraordinario e imprevisible sería el decreto de urgencia dado por el Estado Peruano que decreta el aislamiento social obligatorio. El argumento también aduce que el COVID 19 no sería imprevisible y por tanto la pandemia no sería una causa no imputable. Discrepo de esta posición. Hacía tan solo cuatro meses era imposible pensar que nos podíamos encontrar en una situación como la que estamos viviendo hoy en día. Por ejemplo, en nuestro caso, estamos escribiendo un sábado por la mañana en donde no podemos salir ni asomarnos a la calle porque es el turno de las mujeres. Nadie, por más previsora que fuere o que tenga la mayor diligencia posible, podía prever una situación como ésta, con aislamiento total y toque de queda por las noches. Esta aparición del virus en la escena mundial era totalmente imprevisible en nuestra realidad. Dejo sentado que alguien me puede decir que en la historia de las pandemias ya se había presentado el ataque del coronavirus en el 2002 y en el 2009 en Asia. Antes estuvo la gripe N1H1 (gripe porcina) y el temible ébola en el Africa. A pesar de la atingencia mencionada, por el avance de la ciencia epidemiológica, así como por la distancia con los continentes de origen de estas epidemias, no era posible advertir con un grado razonable de información que el COVID -19 iba a variar todos los hábitos del ser humano a nivel mundial. Por este motivo considero que la extraordinariedad de la situación es perfectamente aplicable a este caso.

Considero que no es, de ninguna manera, un hecho normal, ordinario, o que suceda cotidianamente. Esta pandemia, en esta dimensión, no estaba avisada o representada por ninguna nación o corporación a nivel planetario.

Con respecto a la imprevisibilidad, efectivamente estamos ante una situación que no se podía prever ni siquiera utilizando un grado de previsión alto y más allá del promedio. La imprevisibilidad se demuestra en el hecho que, hasta ahora, ya con la pandemia asolando al

7.-HARARI, Yuval Noah, “Yuval Noah Harari: the world after coronavirus”, en Financial Times, 2020. Versión online: <https://bit.ly/3b5jrRs>.

8.-Es importante señalar que “podrían concurrir los conceptos de fuerza mayor y de onerosidad, debiendo la parte perjudicada escoger cuál de ambas figuras le es más conveniente”, TAMANI, Carlos, “Los remedios frente al desequilibrio contractual sobreviniente” en Gaceta Civil y Procesal Civil, N.º 32, febrero, Lima, 2016, p. 90, citando a Instituto para la Uniformización del derecho Privado, Editorial Aranzadi, España, 2007, pp. 189-190.

9.-Ninamancco considera que es el aislamiento social obligatorio el hecho fortuito o extraordinario, pienso que en ese caso estaríamos ante un supuesto de *Factum Principis*. Más bien el aislamiento social

mundo, no existe aún una cura o una vacuna contra los efectos del COVID-19. Un hecho es imprevisible cuando escapa de la esfera de control del sujeto. La esfera de control es el instrumento que utilizamos en el derecho para determinar si un supuesto de hecho podía ser previsto por la parte en el contrato. Si está en su esfera de control el sujeto debe cumplir con la obligación o con el resarcimiento. Si el acontecimiento escapa de la esfera de control entonces el sujeto no podía prever los efectos de tal acontecimiento. En este caso el sujeto no estará obligado a ejecutar la prestación y la obligación se extinguirá en concordancia con el artículo 1315 y 1316 del Código Civil.

Así, estas normas prescriben:

“Art. 1315°. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Art. 1316°. La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inexecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere”.

Otra forma de abordar la extraordinariedad y la imprevisibilidad de los acontecimientos, así como la extinción de las obligaciones es la señalada por el profesor Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA quién en su *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*, nos habla de estudiar el caso concreto y plantearnos una interrogante luego de que se haya producido un evento que genere el daño. El autor señalado indica que la pregunta para resolver esta interrogante debe ser ¿el daño que se ha generado ha sido efectuado dentro de la actividad habitual que realiza el dañante? Esta pregunta nos lleva a la siguiente ¿qué sucede si el daño se produce

como consecuencia de un acontecimiento que está fuera de la actividad habitual que realiza el dañante? El profesor citado nos indica que si el perjuicio desborda o va más allá de la actividad habitual que realiza el dañante, entonces puede ser considerado un caso fortuito o de fuerza mayor (el autor equipara estos dos conceptos y considera anacrónica su distinción). La teoría de la actividad habitual propuesta por el profesor DE TRAZEGNIES se ve complementada por la teoría de la *esfera de control* de raigambre anglosajona. El criterio de extraordinariedad del autor citado se expresa cuando señala: “Para calificar de extraordinario un hecho creemos que es más interesante rescatar, en otra clave, la distinción propuesta por Theodor SÜS entre el riesgo típico y el riesgo atípico, que antes hemos mencionado. En realidad, estas categorías no eran adecuadas –al menos dentro del orden jurídico peruano– para distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, como quería SÜS. Pero, en cambio, pueden resultar muy útiles para calificar el carácter extraordinario de un hecho que se presenta como caso fortuito; al punto que la diferenciación de SUS resulta más interesante con este propósito que la clásica de EXNER” .¹⁰

Siguiendo con esta categoría DE TRAZEGNIES indica que: “Esta referencia privilegiada, implica que lo extraordinario significa algo más que lo imprevisible e irresistible: implica además (y sobre todo) lo **atípico** y lo notorio o de alcance general (objetivamente extraordinario). La irresistibilidad supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible” .¹¹

La pregunta sería ¿El COVID 19 estaba en la esfera de control de los sujetos en su vida de relación? ¿El COVID -19 era parte del escenario habitual y formaba parte de la representación que los sujetos se hacían dentro de su actividad económica? La respuesta a estas dos interrogantes es que no y por lo tanto es COVID 19 es definitivamente un evento extraordinario e imprevisible que está comprendido dentro de la causa no imputable .¹²

II. El equilibrio contractual y la operación económica

Otro aspecto que es importante resaltar en este trabajo es si el derecho privado puede intervenir en la autonomía de la voluntad (autonomía privada) de las partes y modificar el programa contractual o eventualmente resolver el contrato ante un cambio de circunstancias con

obligatorio es una consecuencia o una respuesta del Estado frente a una pandemia que era completamente extraordinaria e imprevisible. NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “El caso «Canal de Craponne» y el covid-19 (el cumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio)”, en LP Pasión por el Derecho, marzo, Lima, 2020. Versión online: < <https://bit.ly/2V8FQ11> >.

10.-DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, 8va edición, corregida y aumentada, ARA Editores, t. I, Lima, 2016, p. 333.

11.-DE TRAZEGNIES GRANDA, La Responsabilidad Extracontractual, cit., p. 335.

12.-Ninamancco coincide al señalar que “Es evidente que la pandemia del COVID-19 califica como un hecho extraordinario. Sostener que las pandemias virales “son parte de la historia del mundo” (como las devastadoras “peste negra” o “gripe española”) y, por ende, ordinarias y previsibles, sería manejar un enfoque totalmente caduco, como el que manejó la Corte de Casación francesa en pleno siglo XIX o las cortes italianas de hace un siglo.” Se refiere al caso Craponne. NINAMANCCO CÓRDOVA, “El caso «Canal de Craponne» y el covid-19 (el cumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio)”, cit.

respecto al contexto originario del contrato. ¿Este cambio de circunstancias puede justificar que el derecho varíe las condiciones del contrato o eventualmente lo resuelva, es decir lo deje sin efecto? Consideramos que desde esta perspectiva hay que tomar en cuenta un principio importante, el de la equidad y a su vez llenarlo de contenido. Por criterio de equidad es pertinente que ante una situación de cambio total o parcial de las circunstancias el juez o el árbitro pueda variar los términos contractuales a contrapelo de los señalado en el artículo 62 de la Constitución. Este artículo preceptúa:

“Art. 62. Libertad de contratar garantiza que las partes pueden 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. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Este artículo grafica o representa lo que conocemos como *pacta sunt servanda*, el contrato es ley entre las partes y no puede ser modificado por ninguna norma del espectro jurídico. Sobre el particular se ha producido hace ya algunos lustros una polémica en el sector académico, al final de la cual concordamos con la tesis del profesor Carlos CÁRDENAS QUIROZ,¹³ quien tiene una interpretación restrictiva del artículo 62 de la Carta Fundamental del Estado. Esta consiste en señalar que cuando la Constitución se refiere a “leyes o disposiciones de cualquier clase” se está refiriendo a normas supletorias que obviamente no van a poder variar lo concertado por las partes. Sin embargo, el profesor citado considera que cuando estén de por medio normas imperativas que responden a un interés social, público o ético, estas sí pueden modificar el contenido de los contratos como lo establece el artículo 1355 del Código Civil. Efectivamente este artículo establece:

“Art. 1355. La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

Volviendo a lo señalado líneas arriba considero que es pertinente que los operadores jurídicos nos preguntemos si es justo que el derecho intervenga en el contrato si se aprecia que la ejecución de las prestaciones, en las condiciones que se obliga el deudor, son completamente altas y perjudiciales para éste,¹⁴ dado que las

circunstancias o el contexto han variado completamente y el escenario es completamente distinto al que se presentó cuando concertaron el contrato.

Es por esta razón que es necesario tocar el aspecto relacionado al **equilibrio contractual**.

El equilibrio contractual es la equiparación que existe entre los intereses de las partes que se manifiesta en una justa ecuación entre las prestaciones realizadas por cada una de ellas. ¿Podemos señalar, entonces, que equilibrio contractual se asimila al equilibrio entre las prestaciones de las partes en un contrato determinado? Los intereses de las partes en un contrato son distintos, pero finalmente esta aparente contradicción de intereses se concluye en un acuerdo o común intención, que se consolida como única y autónoma frente los intereses de cada uno de los sujetos intervinientes.

El equilibrio contractual no significa que las partes tengan los mismos intereses ni que las prestaciones de las partes tengan que ser de igual valor. De ninguna manera. Cada prestación tiene un valor diferente, que es el valor que le asigna cada parte a la prestación a ejecutar. Sin embargo, el equilibrio en el contrato implica que la ejecución contractual será efectuada en el mismo contexto socio económico y bajo las mismas o similares circunstancias que estuvieron presentes en el momento en que se gestó y concertó el contrato, situación que no toleraría una injusticia en contra del sujeto que no esperaba una variación absoluta de las condiciones y que hace completamente onerosa la prestación o disminuida la contraprestación.

Una variación radical y profunda de las circunstancias con respecto a las que se presentaron al inicio haría imposible que una de las partes pueda cumplir o que le sea absolutamente perjudicial cumplir en esas nuevas condiciones. Para que haya equilibrio contractual es importante que las circunstancias en la ejecución sean similares o las mismas que se dieron al momento de la celebración del contrato. Junto con esta aseveración tiene que concurrir el hecho que sea excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación o infravalorada el cumplimiento de la contraprestación. Una alteración a esas circunstancias que haga injusto o inequitativo el cumplimiento de las prestaciones haría que estemos ante una situación arbitraria o injusta y obliguemos, bajo un lírico *pacta sunt servanda*, a una de las partes a cumplir sus prestaciones en situaciones que la perjudicarían y generarían una situación grave de inequidad.

13.-CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, Contratación contemporánea, Teoría general y principios, Palestra – Temis, 2000, Lima, pp. 255 y ss.

14.-Puede ser que el valor de las contraprestaciones haya disminuido sustancialmente también.

Es por eso que, el derecho plantea algunos remedios cuando se presente una situación como la mencionada. Estos remedios pueden ser la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación o la imposibilidad sobreviniente. En este artículo solamente nos reservaremos de opinar sobre la excesiva onerosidad de la prestación y cómo se aplica esta institución a la actual coyuntura bajo el COVID-19.

Autorizada doctrina señala que “se busca o debe buscarse (entre las partes) la existencia de una composición o un equilibrio conceptual entre los respectivos intereses que las partes tratan de satisfacer mediante la celebración del contrato. Este equilibrio no significa equilibrio entre las prestaciones que son el contenido de la relación jurídica obligacional nacida del contrato, ni, menos aún, equivalencia en el sentido de igualdad en el valor patrimonial, entre dichas prestaciones”.^{15 16}

Para reciente doctrina: “(...) sostenemos que un contrato será equilibrado cuando el acuerdo de ambas partes tienda a la realización de un intercambio económico que responda a los intereses y necesidades de estas, generando una situación de beneficio mutuo. Generándose el desequilibrio contractual cuando, producto de un hecho imprevisto se genera una modificación en el intercambio económico que lo desnaturaliza, lo que lleva a revisar o extinguir el vínculo contractual; así también, se produce el desequilibrio producto de la celebración de un contrato desproporcionado, debido al aprovechamiento del estado de necesidad de una de las partes”.¹⁷

En cuanto a la **operación económica** se ha señalado que es “una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada”.¹⁸

Quien de una manera enjundiosa estudia estos

conceptos desde la perspectiva moderna del contrato es el profesor Enrico GABRIELLI quien partiendo de la jurisprudencia de su país desarrolla con amplitud el tema de los contratos coligados, señalando sobre la operación económica lo siguiente: “Dos encomiables re-soluciones de la Corte de Casación (una puntual y bien motivada deci-sión y una articulada resolución de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea) confirman, con la solidez de su planteamiento argumen-tativo, aquella tendencia —que en los últimos tiempos ha ganado crédito en la jurisprudencia de legitimidad— que valoriza la noción de operación económica como categoría ordenadora del derecho de los contratos”.¹⁹

Sobre la noción de operación económica del contrato la doctrina que vengo siguiendo ha señalado lo siguiente: “La noción de operación económica identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan con este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada”.²⁰

Sobre la operación económica como concepción de contrato que emerge del reglamento convencional y que encuentra su justificación en el contexto en el cual surge el acuerdo se ha señalado: “Es así como madura una concepción distinta, según la cual el contrato es una operación económica: esta última existe en cuanto es un contrato: Si el contrato también es consentimiento, la operación misma no llega a existir sin el acuerdo: antes de este, solo existe un proyecto de negocio. Y si el contrato es también un acto normativo, la misma operación económica extrae su propio modo de ser, su propia estructura de aquella regulación convencional. La operación sería amorfa, y ni siquiera sería concebible, sea en términos económicos, sea en términos jurídicos, sin el orden concretizado por la regulación convencional”.²¹

Debe reconocerse en consecuencia, que “la regulación contractual es un elemento imprescindible del plano económico”, y que “la regulación jurídica de la relación no es el ropaje formal con que se viste el negocio, sino el

15.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en general, Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil, t. II, Palestra Editores., Lima, p. 559.

16.- El autor citado (de la Puente) señala que: “Es así como se llega a formar el equilibrio contractual, que no es necesariamente económico, de tal manera que el contrato es el instrumento jurídico utilizado para crear un equilibrio entre lo que ambas partes desean realizar a través de él. Las prestaciones pueden en algunos casos ser lo más dispares entre sí, pero, en tales casos esta disparidad es precisamente la manera de alcanzar el propósito de las partes, que constituye el equilibrio de sus intereses, ósea lo que el contrato representa o significa para ellas”, DE LA PUENTE Y LAVALLE, El Contrato en general, cit., p. 559.

17.- TAMANI, Carlos, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, en Actualidad Civil, Instituto Pacífico, vol. 12, Lima, 2015, p. 208.

18.- TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 200. También se ha señalado que: “La concepción del contrato como operación económica, se basa en la comprensión de este como norma jurídica, ya que “son normas de la relación, no solo los enunciados verbales contenidos en las cláusulas contractuales, sino también el mismo orden económico de la relación: el equilibrio de intereses en que consiste la operación económica”; TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 208.

19.- GABRIELLI, citado en CIEZA, Jairo, Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil, Jurista Editores, Lima, 2016.

20.- CIEZA, Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil, cit., p. 672.

21.- CIEZA, Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil, cit., p. 672.

22.- GABRIELLI, citado en CIEZA, Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil, cit., p. 673.

23.- GABRIELLI, citado en CIEZA, Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil, cit., p. 674. Sobre un caso tributario en la jurisprudencia italiano que utilizó la categoría de operación económica se ha señalado: “La Corte, con una motivación digna de ser apreciada por la claridad argumentativa y la concatenación lógica de su razonamiento siguiendo a una consolidada jurisprudencia (Cass.7 de junio 2003, n.10660, Cass.25 de febrero de 2002, en Diritto e pratica tributaria, Padua, 2003, núm.2, p.1007, con nota de GIULIANI), precisa que, en la búsqueda de la naturaleza intrínseca y de los efectos jurídicos de los actos —que representa el presupuesto y el criterio fijado por la ley para la aplicación del impuesto de registro— “debe atribuirse relevancia preeminente a su causa real y a la reglamentación de los intereses efectivamente perseguidos por los contratantes, aunque mediante una pluralidad de pactos no contextuales” y que “donde la operación económica es unitaria, más allá de las formas jurídicas con las que

esqueleto de la estructura misma de la operación”.²²

Por lo antes señalado, la operación económica “se trata de una tendencia que valora los efectos concretos del resultado económico conseguido por las partes, independientemente del aparente ropaje formal y de los instrumentos negociales mediante los cuales aquel resultado es perseguido y que por tanto acoge la idea de que más allá del esquema formal del tipo, el contrato es operación económica, es decir, concreta disciplina del autoreglamento de los privados intereses”.²³

De lo expuesto en los párrafos precedentes podemos concluir que el contrato y la operación económica son inseparables, es más el contrato es una operación económica y como tal debe ser abordado. Debe quedar claro que no es aplicable la doctrina que equipara equilibrio contractual con la equivalencia de las prestaciones. El contrato se constituye por preceptos que se basan en la autonomía privada y la operación económica justifica o explica la existencia y operatividad del mismo.

Acerca de la intervención del Estado en los contratos privados debo ser enfático en que el Estado no solo puede, sino que debe intervenir en el programa contractual cuando se presente una situación de interés social, público o ético (art. 1355 del cc.). Situaciones como las presentadas en el caso de los arrendatarios o en el caso de las pensiones de los colegios deben ser abordadas mediante la intervención estatal en los contratos preestablecidos. Esto por varias razones, en primer término, por la aplicación inmediata de la ley por la cual ésta se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes como lo prevé tanto el artículo III del Título Preliminar del cc. sino también el artículo 103 de la constitución del Estado. Las normas imperativas (casualmente las que corresponden a un interés social, público o ético) deben aplicarse a las consecuencias de las relaciones jurídicas o situaciones jurídicas existentes, que son efectivamente las que emanan del contrato ya constituido o concluido y por tanto estas normas imperativas deben recaer sobre las consecuencias jurídicas emanadas del contrato, es decir sobre las obligaciones emergentes de la ejecución

contractual. El Estado no puede abdicar de su *ius imperium*, máxime en circunstancias como estas en donde la población vulnerable se encuentra desprotegida por un evento que evidentemente escapaba a su esfera de control.

III. Los supuestos del desequilibrio contractual

Para analizar los supuestos de desequilibrio contractual es pertinente delinear las teorías que lo explican y que han tenido un gran desarrollo en la doctrina comparada.

Ante de explicar las teorías del desequilibrio contractual es interesante tomar en consideración la distribución del riesgo del incumplimiento en el sentido que el tipo contractual “se convierte en, precisamente en cuanto modelo de organización de intereses, también en un plano de distribución de riesgos contractuales: de modo que su elección es ya de por sí un signo revelador de cómo las partes quieren distribuir el riesgo del incumplimiento y de la sobreviniencia relevante, es decir, de cómo quieren regular la economía de su contrato”.²⁴

Los riesgos del incumplimiento o de la sobreviniencia de situaciones exógenas que varían las circunstancias en la que fue celebrado el contrato, deben ser correctamente asignados o mejor, equitativamente asignados. Veamos, pues, algunas de las teorías y su aplicación en las relaciones jurídicas de los sujetos.

1. Teoría de la Presuposición

Se ha señalado por autorizada doctrina que “la presuposición (...) es una condición no desarrollada; una limitación de la voluntad que no se desenvuelve hasta el punto de transformarse en una condición”²⁵. Esto implica que “en realidad, se trata de circunstancias, presentes o futuras, que actúan sobre el ánimo del agente, llevándolo a contratar –pero a diferencia de la condición, que puede no llegar a verificarse– el ánimo del agente es de certidumbre, de tal manera que presupone que tales circunstancias se van a presentar, y, por ello celebra el contrato”²⁶. Esto implica que el sujeto se ha representado, se ha determinado mentalmente una determinada circunstancia la misma que se mantendrá o se desarrollará, pero con el convencimiento del individuo que esto será así indefectiblemente. Si este acontecimiento o

se le haya revestido no puede darse valor preeminente a la diversidad de objeto y de causa relativos, por ejemplo, a dos contratos, para negar su coligación y permitir un propósito elusivo de un hecho jurídico hipotético [fattispecie] tributario”[963]. Así finalmente se señala, sobre el particular, lo siguiente: “En definitiva, la Corte confirma, enunciando el relativo principio que más allá del aparente tipo contractual o de la coligación, o del fraccionamiento entre contratos, o de la consideración de circunstancias parciales o de algunos comportamientos negociales, lo que cuenta sobre el plano de la interpretación del acto de autonomía, es la consideración de la unidad de la operación económica creada por las partes y del efecto que en concreto se ha querido realizar con esta”[964]. (GABRIELLI, citado en CIEZA, Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil, cit., p. 674). Respecto a la operación económica en los contratos coligados se ha señalado: “Sobre la noción de operación económica como categoría conceptual se señala que “identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada”[974]. Asimismo se señala que “el negocio, así como es construido por los privados, debe ser considerado en su unidad formal, esto es como ‘operación económica’, independientemente del tipo individual o del conjunto de tipos —aun cuando se encuentren coligados entre ellos o sean dependientes— que las partes han utilizado para construir su organización de intereses”[975]. GABRIELLI, citado en CIEZA, Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil, cit., p. 680.

24.-TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 202.

25.-DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 562.

26.-DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 563.

circunstancia, no se presenta o se presenta de una forma totalmente contraria a la prevista por el sujeto contratante entonces estaremos antes una situación de desequilibrio contractual y se tendrá que adoptar algunos remedios al respecto.

Si vamos a describir esta teoría es necesario mencionar a Bernhard WINDSCHEID quien “trabajó en la elaboración de una teoría alrededor de la cláusula que pudiera brindarle una fundamentación más objetiva y que pudiera solucionar el problema concreto de la alteración de circunstancias. Así elaboró la teoría de la presuposición entendiéndola como “una limitación de la voluntad exteriorizada en el supuesto hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez solo para el caso, que el declarante considera cierto, y por tanto, no puso como condición (en sentido técnico jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia” .²⁷

Sobre la voluntad efectiva versus la verdadera se ha señalado que “si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera”, es decir, se trata de “una condición no desenvuelta y, al igual que la condición típica, una ‘autolimitación de la voluntad’, no de la voluntad efectiva, consciente, sino de la voluntad verdadera” .²⁸

Entonces, en la presuposición, casualmente, el sujeto “presupone” que las circunstancias se van a mantener de determinada manera o que se va a presentar una condición que el sujeto da por cierta, no probable, cierta. Hay pues, una representación mental del sujeto que considera, con certeza, que se van a generar ciertas condiciones y estas van a persistir, no se representa de ninguna manera que las condiciones bajo las cuales se ha representado el contrato van a cambiar o no se van a dar. En eso estriba la teoría de la presuposición .²⁹

2. Teoría de la base jurídica del negocio jurídico

Esta teoría corresponde al jurista alemán Oertmann quien “replanteó la teoría tratando de diferenciar la presuposición del motivo para superar la crítica de Lenel, partiendo desde lo avanzado por Windscheid. Realiza un cambio terminológico y emplea la expresión “base del

negocio jurídico” (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Así, la base del negocio es “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial” ³⁰

Sobre la base del Negocio, señala el autor alemán Karl LARENZ: “La expresión ‘base del negocio’ puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la **base ‘subjctiva’** de la determinación de la voluntad de una o de ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la **base ‘objetiva’** del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato –sépanlo o no los contratantes–, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’” (resaltado nuestro).³¹

La teoría de la base del negocio surge entonces para tratar de disipar las dudas en cuanto a la teoría de la presuposición y en particular a las que planteaba la identificación entre la presuposición y los motivos. En esta teoría se distingue entre una base subjetiva que es propiamente la voluntad de una o ambas partes y la representación mental que éstas se hacen de las circunstancias en que se desarrollará el negocio; y una base objetiva comprendida como las circunstancias en que se lleva a cabo el negocio y que los sujetos intervinientes esperan que se mantengan o no se vean alteradas.³²

Acerca de los remedios ante el cambio en la base del negocio se dice que: “(...) 2) obliga a la renegociación del contrato antes de la recurrencia a un proceso judicial. Si la otra parte no llega a aumentar la contraprestación, la parte afectada puede resolver o denunciar (desistirse) el contrato. Esta solución hace que la parte afectada tenga las armas necesarias para obligar a la renegociación del contrato y por ende a su conservación”³³ El asunto de los remedios frente a la alteración de la base del negocio es esencial para apreciar que mecanismos tiene el derecho

27.-WINDSCHEID, citado por TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 81.

28.-LARENZ, citado por TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 81.

29.-Es importante tener en cuenta la diferencia entre la presuposición con el motivo. Otto Lenel, cuestionó esta teoría ya que consideraba que no existía diferencia entre la presuposición y el motivo.

30.- TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p.81.

31.- Todas las posiciones sobre la base del negocio pueden revisarse directamente del texto alemán “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos” de LARENZ, Karl, Editorial Comares, SL, 2002, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 83.

32.- Se ha señalado que “la base subjetiva es un supuesto de error en los motivos”, mientras que “la base objetiva es formulada por Larenz a través del análisis del Derecho comparado (Suiza, Francia y Reino Unido), entendiéndola como: “las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido” (TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 83. La “desaparición de la base negocial y la desaparición de la base, es decir la ruptura de la equivalencia se daría cuando “a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto que ya no puede hablarse de ‘contraprestación’, de un equivalente que pueda considerarse como tal” (TAMANI, “Contrato, operación económica y equilibrio contractual”, cit., p. 84). Sobre el valor subjetivo respecto a los intercambios económicos se ha indicado que: “Respecto de los remedios frente a la desaparición de la base del negocio, señala lo siguiente: a) Si desaparece la base subjetiva del negocio, el contrato es ineficaz. .

frente a una modificación de las circunstancias que varía la base subjetiva y objetiva del negocio. La idea es que el contrato no se extinga, es decir que el contrato se conserve con un cambio sustancial en las prestaciones pero que finalmente continúe la ejecución contractual. Esto implica necesariamente la previa renegociación del contrato antes de recurrir a la jurisdicción judicial o arbitral. Solamente si ya no hay posibilidad de acuerdo entre las partes para una renegociación contractual ante la alteración de la base negocial se pensará en la extinción del contrato mediante la resolución o apartamiento de la relación. La regla debe ser la conservación del contrato.

La legislación alemana, que es la que recoge la teoría de la base del negocio establece en primer término que ante el cambio de circunstancias que han afectado la base del negocio es pertinente la adecuación o modificación del contrato tomando en consideración sustancialmente la distribución del riesgo. Asimismo, señala la normativa alemana que equivale a una modificación de las circunstancias el hecho que los presupuestos esenciales, que son la base del negocio, sean falsos. En su tercer apartado la norma alemana indica que si no es posible modificar el contrato la parte perjudicada podrá resolverlo, entendiéndose, cuando se trata de relaciones continuadas, como un desistimiento.

El autor citado sobre esta teoría manifiesta: "Consideramos que dicha regulación continúa dejando vacíos, por ejemplo: respecto de si se debe o no suspender el cumplimiento interpuesta la acción (como lo sugiere Larenz) o si se puede contestar solicitando una renegociación contractual, entre otras situaciones. En todo caso, el remedio nos parece adecuado, ya que evita una desproporción, en las posibilidades de defensa de ambas partes, ocurrido el evento que altera las circunstancias".³⁴

2.1. El cambio de circunstancias y la adaptación al cambio sobrevenido de la base del negocio

Ante circunstancias nuevas que modifican el contexto en el que se debe ejecutar la prestación se ha señalado que "por su parte, en los casos de desequilibrio sobrevenido resulta de mayor complejidad el instrumento revisorio puesto que los eventos sobrevenidos han alterado profundamente la economía de la operación siendo así que el valor inicial de las prestaciones, si bien correcto, no resulta equitativo frente a las nuevas circunstancias que rodean la ejecución, de manera que la revisión del contrato asume aquí más bien la forma de adaptación al

cambio sobrevenido de las bases del negocio. En estos casos la parte afectada puede: 1) pedir directamente la revisión del contrato (art. 868 C. Co.) o la forma de renegociación o adecuación (§ 313 (1) BGB; art. 6.2.3. Unidroit); 2) o de reducción o aumento de la prestación (art. 1440 C. C. Perú); 3) o puede pedir directamente la resolución, que podrá ser evitada, también aquí, con oferta de modificación equitativa por parte del demandado (art. 1467 C. C. ital.; arts. 581 C. C. boliv.; arts. 478 y 479 C. C. bras.)".³⁵

Considero que ante la demanda de resolución de contrato la parte demandada sí puede contestarla planteando la modificación contractual. No veo ningún problema en esta opción ya que permitiría que el demandante evalúe si es posible conservar el contrato y si es que la modificación conviene a sus intereses. Nos parece una medida adecuada pues, como se ha dicho, evita una desproporción en las posibilidades de defensa de ambas partes. Es decir, tanto el accionante como el demandado tendrán la posibilidad de discutir si el contrato se modifica por el cambio de circunstancias que alteran la base del negocio o si procede la resolución del contrato ante la imposibilidad del cumplimiento de las prestaciones o que estas resulten excesivamente onerosas para la parte que las ejecuta o el valor de la contraprestación habría disminuido de manera ostensible. Por supuesto, consideramos, como incidiré más adelante, que antes, inclusive, del planteamiento de la demanda debe darse la renegociación contractual para sí evitar los costos de transacción que implica un proceso judicial o inclusive un proceso arbitral.

Una reciente doctrina ha señalado criticando al artículo 1440 de nuestro cc. y su inutilidad lo siguiente:

"Por otro lado, si de por sí ya es cuestionable que se haya otorgado al deudor el derecho a demandar la adaptación del contrato, el hecho que se haya invertido el procedimiento de la excesiva onerosidad la hace inútil en la práctica. El artículo 1440 del Código Civil peruano señala en su literalidad que el juez podrá dar por resuelto el contrato «si lo solicitara el demandado». En otras palabras, el legislador peruano le otorga al acreedor demandado el derecho a solicitar la resolución del contrato. En términos procesales, el acreedor demandado puede reconvenir y presentar una pretensión de resolución del contrato.

¿Para qué sirve la excesiva onerosidad en el Perú si el demandado puede solicitar la resolución del contrato? ¿No bastaría con que el juez declare infundada la demanda de adaptación del deudor, y en consecuencia, ordene que se siga ejecutando el contrato? ¿Por qué optar por la resolución en favor del acreedor?"³⁶

b) Si se destruye la relación de equivalencia debido a la alteración de las circunstancias, la parte perjudicada puede negarse al cumplimiento en tanto la otra parte aumenta la contraprestación. Si no se diera el aumento, la parte perjudicada puede resolver o denunciar (desistirse) del contrato. Si ya se ha realizado la prestación se puede reclamar una indemnización. c) Si la finalidad del contrato resulta inalcanzable, por motivos ajenos al acreedor, puede rechazar la prestación y negarse a prestar la suya en lo que sobrepase a los gastos realizados por la otra parte para la preparación y ejecución del contrato. (TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 84).

33.- TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 84.

34.- WERNER, Flume, citado por TAMANI, "Contrato, operación económica y equilibrio contractual", cit., p. 85.

35.- CHAMIE, "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato", art. cit., p. 135.

36.- GARCIA LONG, Sergio, "El cambio de circunstancias en el derecho de contratos, Desequilibrio económico" Ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la PUCP. Mayo, 2019

Coincidimos con lo que señala la doctrina citada en el sentido que nuestro legislador quiso “innovar” y hacer una variación “al revés” de su fuente de inspiración (el código civil italiano) para lo cual colocó en primer término la posibilidad judicial de solicitar la modificación del contrato excesivamente oneroso por el cambio de circunstancias y en segundo lugar impuso la posibilidad judicial de resolver el contrato por parte del acreedor. Como ya ha señalado la doctrina citada esto vuelve inútil la figura, pues se le da la potestad al demandado acreedor de resolver el contrato lo que seguramente hará. Sabemos que la motivación (interpretación psicológica) del legislador era dar la posibilidad al juez para que modifique el contrato con un afán que algunos consideran intervencionista, pues es solamente el juez quien puede ordenarlo, pero si el demandado acreedor tiene la posibilidad jurídica de resolver el contrato ¿de que habrá servido esta voluntad intervencionista del legislador?

Es probablemente por eso que, como señala Leysser León, en una reciente entrevista, no se conocen de muchos casos en sede judicial (no llegarían ni a diez) en donde sea utilizada la excesiva onerosidad de la prestación para cumplir con su finalidad.

3. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*

Esta teoría consiste en que cuando cambien las circunstancias, por equidad, se debe también modificar el contrato. Cuando una de las partes no se ha representado de manera razonable este cambio de circunstancias y resulta gravemente oneroso para ella cumplir con el contrato en esas nuevas condiciones, es que tiene la potestad para solicitar la adecuación del contrato a las circunstancias sobrevenidas. Actuar de distinta manera, es decir mantener las prestaciones tal como fueron pactadas originalmente, **resultaría contrario a la buena fe y al principio de equidad**. Repulsaría al derecho una actuación como esa en la cual el acreedor resulte desproporcionadamente beneficiado y el deudor excesivamente perjudicado. **El derecho tiene que intervenir en este tipo de situaciones anómalas.**

En concordancia se ha señalado que esta teoría “(...) Descansa en que los contratos a largo término y co sucesivas prestaciones llevan implícita siempre la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, que su cumplimiento queda subordinado al mantenimiento del estado de cosas existente en el momento de la celebración del contrato” .³⁷

Esta cláusula implica un límite a la cláusula *pacta sunt*

servanda que representa la obligatoriedad de los contratos y el cumplimiento de la palabra empeñada. La legislación y la jurisprudencia francesa reconocieron por mucho tiempo la aplicación de la cláusula *pacta sunt servanda*, a pesar de haberse presentado casos en donde era evidente el cambio de circunstancias y la variación de las condiciones contractuales. Se hizo valer o se respaldó el cumplimiento estricto del contrato, no interesando mayormente la falta de equidad o el perjuicio a una de las partes. El sentido de la jurisprudencia francesa evolucionó en el tiempo y hoy con las modificaciones introducidas en el libro de obligaciones y contratos (2016) es factible un remedio por excesiva onerosidad de la prestación ante el cambio de circunstancias, como veremos más adelante.

4. Teoría de la imprevisión

Se ha señalado con acierto que “el fundamento de la teoría de la imprevisión descansa en que las partes, al celebrar el contrato, lo hacen tomando en consideración las circunstancias existentes en ese momento y es en base a ello que estipulan la relación jurídica obligacional, cuyo contenido son las prestaciones de las partes. Si por devenir un acontecimiento imprevisible tales circunstancias varían, la relación jurídica creada deja de corresponder a la nueva realidad, dando lugar a que las prestaciones pactadas deban ejecutarse de manera distinta a la querida por las partes al celebrar el contrato, lo que justifica la intervención del juez para decidir sobre quien debe recaer el riesgo de esta modificación” .³⁸

La previsión consiste en que no se ha tomado en cuenta (y era razonable no tomar en cuenta) una variación importante de las condiciones en que concluyó el contrato. El hecho o acontecimiento que ha modificado sustancialmente las condiciones en que el contrato nació, ha sido totalmente imprevisto para las partes. Estas no podían representárselo ni preverlo en ninguna situación, por lo que se considera que ni la parte se puede ver gravemente perjudicada por esta situación imprevisible ni la otra parte se puede ver excesivamente beneficiada por la variación de las condiciones. Esta situación atentaría contra la equidad en los contratos e inclusive con una asignación eficiente de los recursos.

5. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación

Es la teoría que acoge nuestro Código Civil. La Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación “(...) se caracteriza en que, para lograr la resolución o revisión del contrato, según el caso, se requiere que se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida y que el acontecimiento extraordinario e imprevisible ocasione

37.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 563.

38.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 564.

39.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 565.

que una de las prestaciones se convierta en excesivamente onerosa, sin llegar a ser imposible” .³⁹

Es importante entrar a analizar el criterio o equidad al que lo tenemos en varios artículos de nuestro Código Civil constituyéndose en una cláusula general normativa. Por ejemplo, para el caso de fijar el resarcimiento ante situaciones complejas o ambiguas se debe utilizar este principio. Así lo señala el artículo 1322 de nuestro Código Civil:

“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”

La equidad ha sido definida como “el criterio de adaptación de la justicia a los casos particulares, para evitar que una norma abstractamente justa pueda resultar injusta en un caso determinado, por las especiales circunstancias de hecho que lo rodean”.⁴⁰

El profesor DE LA PUENTE se pregunta: ¿es justo que si el equilibrio se rompe debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que determinan que la prestación a cargo de una de las partes se convierta en excesivamente onerosa para ella, deba restablecerse ese equilibrio?”⁴¹ La respuesta no puede dejar de ser afirmativa.

Con acierto el profesor citado señala “estas consideraciones me llevan a opinar que, para celebrar todo contrato, cualquiera que sea su clase, debe alcanzarse un equilibrio entre los intereses de las partes. Si ello no se logra, ósea si el interés de una de las partes prima sobre el de la otra, se desnaturaliza el contrato, cuya función es, precisamente, la conjugación de los intereses de las partes a través de la declaración conjunta de una voluntad común”.

Acertadamente señala: “Lo que tiene importancia es la naturaleza del interés y no la cualidad o cuantía de las prestaciones cuya ejecución es necesaria para satisfacerlo, de tal manera que las prestaciones necesarias para satisfacer el interés de una parte puedan, cualitativa y cuantitativamente, ser diferentes. Lo que sí se requiere es que el conjunto de las prestaciones que constituyen el contenido del interés de una parte determinen que este interés guarde equilibrio con el interés de la otra parte, aun cuando el conjunto de prestaciones que constituyen el contenido de este último

interés sea distinto. Desde luego, ambos conjuntos de prestaciones guardan entre sí, por existir, una cierta proporcionalidad”.⁴²

Finalmente se señala que “como conclusión de lo anteriormente expuesto puede opinarse que es justo que mediante la revisión o resolución de la relación jurídica obligacional creada por el contrato se alcance la recuperación del equilibrio original entre los intereses de las partes, desde que la ausencia de ese equilibrio frustra el propósito buscado al contratar. Es, además, contrario a la buena fe que, al amparo del principio de obligatoriedad del contrato, se pretende ejecutar éste de manera que no guarda una relación razonable con los previsto por las partes al celebrarlo” .⁴³

En materia comparada del derecho continental sobre este supuesto, se ha señalado, para el caso holandés: “En el sistema comparado europeo también se prevé un marco regulatorio que neutraliza la excesiva onerosidad de la prestación al señalarse que “la excepción está presente también en otros ordenamientos de civil law. Así ocurre en Holanda, donde por aplicación del art. 3:296 BW, y en concreto del límite a la pretensión de cumplimiento que supone la ley, puede ser denegado el cumplimiento específico sobre la base de existencia de una excesiva onerosidad (art. 6:248 BW, buena fe y art. 0:238 BW)” .⁴⁴

6. La teoría de la frustración del contrato

Sobre el particular una atenta doctrina ha indicado que “la *doctrine of frustration* se entiende como la imposibilidad de realizar la finalidad del contrato a causa de la incidencia de eventos externos, marcando así la diferencia con el incumplimiento (*breach of contract*), que depende de la voluntad o de la culpa de una de la partes o de ambas; la esencia de la *frustration* estaría entonces en su independencia respecto del comportamiento de las partes” .⁴⁵

Sobre la historia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, como opinaba Rodolfo SACCO debían analizarse las instituciones, reciente doctrina ha estudiado comparativamente el caso inglés y norteamericano .

Así tenemos el caso de **La Frustración en Inglaterra**: “En el caso *Paradine v. Jane*, Paradine había suscrito un

40.- BADENES, Gasset, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 568.

41.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 572.

42.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 573. Como, según se ha visto, la existencia de tal equilibrio es la razón determinante de la celebración del contrato, la ruptura del mismo justifica, que, en primer lugar, se reduzca la prestación o se aumente la contraprestación, con lo cual la prestación y la contraprestación volverán a recobrar la proporcionalidad original con la consiguiente recuperación del equilibrio de intereses de las partes. En caso que, por las circunstancias, no fuera posible aumentar la prestación o disminuir la contraprestación, o si lo solicitara el demandado, se justifica también que se resuelva el contrato a fin de que, al dejar de existir la relación jurídica obligacional creada por éste, desaparezca el interés de las partes en ejecutar dicha relación, siendo ésta una segunda manera, más drástica de evitar el desequilibrio mediante la supresión de los intereses”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 574.

43.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 575.

44.- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado, Editorial Aranzadi, 2014, p. 98.

45.- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, La doctrine of frustration, ¿Es posible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano? Instituto Pacífico, Actualidad Civil, N. 49, Julio, 2108, p. 131.

46.- CIENFUEGOS FALCÓN, Mijail F., “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, en Gaceta Civil & Procesal Civil, N.º 72, junio 2019, pp. 201-250.

contrato de arrendamiento de un predio con Jane, esta última se comprometía a pagar una renta por el concepto del usufructo del predio. Tiempo después, Paradine demandó a Jane por el pago de dicha renta. Jane, frente a dicha situación, se defendió alegando que al haber sido despojada del mencionado predio por el príncipe Rupert, enemigo del rey y el reino, no había podido disfrutar del referido predio por tres años. El Tribunal (*King's Bench*) "consideró obligado en todo caso el pago y enunció el llamado principio de los *absolute contracts*: las obligaciones contractualmente asumidas deben cumplirse a pesar de la supervivencia de *an accident* by inevitable *necessity*, si el obligado no ha tomado precauciones introduciendo cláusulas específicas en el contrato".⁴⁷

Una de las teorías de la *frustration* que han tenido mayor acogida y que significa que el propósito del negocio ya no se puede realizar, por lo tanto; sería abusivo y contrario a la buena fe su implementación es la **doctrina de la frustración (of purpose) y la aparición de los Coronation Cases**.

"La reinterpretación y la extensión de la doctrina de la imposibilidad, forjada de los cimientos del Taylor principle, fue desarrollada por los Coronation Cases. Al respecto, Mignault (1943) señaló lo siguiente: Eduardo VII heredó el trono a la muerte de la reina Victoria, en las primeras semanas del siglo XX. Su coronación debía tener lugar a fines de junio de 1902. Es bien sabido que la coronación de un Rey y una Reina en Inglaterra es la ocasión para las festividades entre las más notables de las cuales destacan las procesiones de coronación. En la ruta a seguir por estas procesiones, ventanas, habitaciones e incluso apartamentos completos se alquilan a precios altos de acuerdo con su ubicación. En esta ocasión se celebraron una gran cantidad de contratos y, en general, el precio se pagó por adelantado o se proporcionó un depósito para garantizar el pago del saldo del alquiler. Dos días antes de la fecha fijada para la coronación y las procesiones, Eduardo VII inesperadamente se enfermó gravemente, y la coronación y las procesiones se pospusieron sine die. Como los contratos se hicieron sobre la base de que habría procesiones, los tribunales sostuvieron que los contratos habían sido frustrados. La dificultad surgió simplemente en cuanto a los efectos de

la frustración. ¿Se vería obligado el arrendatario a pagar la considerable renta que había prometido? O, cuando hizo un depósito, o un pago por adelantado, ¿podría recuperarlo por una falta total de consideración? El resultado de dichos eventos desembocó en numerosas demandas. En esos casos se reconoció y aplicó por primera vez la doctrina de la *frustration of purpose*, es decir, la pérdida de la finalidad por la cual se habría suscrito un contrato, conocida como la frustración por non occurrence of a particular event (Beatson, Burrows y Cartwright, 2016)"⁴⁸

Como se puede apreciar este caso implicó un cambio en las maneras de resolver los casos en el sistema inglés, dejándose de lado el cumplimiento estricto del contrato a ciegas de lo ocurrido en la realidad y se tomó en cuenta la frustración del contrato por no poder realizarse su finalidad o propósito. Esta es pues la *frustration of purpose*.⁴⁹

En los **Estados Unidos** "es importante señalar que, en el Derecho estadounidense, el concepto de *impracticability* se forma sobre los cimientos de la doctrina de *impossibility of performance*, el cual es aplicado frente a situaciones de eventos inesperados y sobrevenidos a la celebración de un contrato que incide negativamente en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes. Asimismo, es oportuno indicar que, en Estados Unidos, se consideran las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis de eventos sobrevenidos a la celebración del contrato que afectan su cumplimiento (Chamie, 2010). En ese sentido, cabe afirmar que dichas doctrinas se encuentran presentes en la jurisprudencia y en la legislación del derecho norteamericano de los contratos"⁵⁰. Es interesante diferenciar entre la *impossibility* y la *impracticability*. Así se afirma con claridad que "adicionalmente, se puede señalar que cuando la prestación es imposible se hace referencia a la imposibilidad física o jurídica (*doctrine of impossibility*) y cuando la prestación es excesivamente difícil o costosa de cumplir se hace referencia a una imposibilidad económica (*doctrine of commercial impracticability*)".⁵¹

47.- CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 218. Orígenes de la doctrina de la frustración.- Se suele afirmar que "fue en Taylor v. Caldwell donde, por primera vez, el efecto liberatorio de eventos sobrevinientes fue conocido" (Firoozmand, 2007, p. 174). En efecto, la decisión de dicho caso resolvió la siguiente controversia: Caldwell había arrendado a Taylor una sala de música y un jardín por un número determinado de días, por una renta específica, para una serie de conciertos. Lamentablemente, días antes del primer concierto, la sala fue totalmente destruida por fuego y los conciertos planeados fueron abandonados. Taylor demandó a Caldwell por los gastos que había incurrido en la preparación de los futuros conciertos. La pretensión de Taylor fue denegada por el Tribunal (Court of Queen's Bench) con fundamento en el principio de que "en los contratos cuyo cumplimiento depende de la existencia de una persona o de una cosa, una condición es implícita, la imposibilidad del cumplimiento surgida de la desaparición de la persona o la cosa deberá excusar el cumplimiento" (Wladis, 1987, p. 1596). Dicho principio fue conocido como el Taylor principle. 218). (CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., pp. 220-221).

48.- CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 221.

49.- Características del sistema de la *frustration* Asimismo, en J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV, the Super Servant Two, se establecieron diversas características de la doctrina de la frustración, las cuales pueden resumirse en (Phang, 1992):

La frustración mitiga el rigor del cumplimiento de las promesas absolutas en el common law.

La doctrina opera para eliminar el contrato y liberar a las partes de la responsabilidad del incumplimiento.

La frustración finaliza la relación contractual automáticamente.

Para aplicar la frustración, un evento extraño, imprevisible e irresistible a las partes deberá cambiar la situación del contrato.

El evento que logra frustrar el contrato no deberá ser por culpa de la parte, por ejemplo, no puede ser autoinducido (self-induced).

Así, es importante señalar que la doctrina de la frustración se ha ido aplicando a los siguientes tipos de casos: "1) ilegalidad; 2) imposibilidad; 3) muerte, respecto a los contratos de servicios personales; 4) destrucción del objeto; 5) no ocurrencia de un cierto evento, y, más frecuentemente; 6) frustración de la aventura" (Lui, 1988, p. 257).

Finalmente, se afirma que los casos de la frustración pueden ser clasificados por referencia a los tipos diferentes de eventos de la frustración (tales como un cambio en el derecho o ilegalidad sobreviniente, estallido de guerra, cancelación o demora de un evento esperado), o por referencia a las categorías particulares de los contratos (...)" (CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 222).

50.- CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 224.

51.- CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 224. Al respecto, Hubbard (1982) indica lo siguiente: "La doctrina de la *frustration of purpose* está íntimamente vinculada a la doctrina de la *impracticability*. Existe, sin embargo, una importante distinción con respecto al evento que desencadena su aplicación. En lugar de centrarse en eventos sobrevinientes que impiden el cumplimiento (imposible o excesivamente oneroso), la doctrina de la frustración se centra en eventos sobrevenidos que hacen que el intercambio sea inútil para una de las partes. (CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 228).

Con respecto al *hardship* comprendido como el esfuerzo y gasto no razonable o excesivo en la prestación se ha señalado por doctrina española: “Como ya hemos señalado en otra sede el **Hardship u onerosidad de la prestación** en el common law se ha desarrollado casuísticamente lo “que hace irrazonable el cumplimiento específico. Así, con razón se ha explicado que “en definitiva, dado que la tutela específica puede suponer en ocasiones una medida demasiado contundente, se limita su procedencia en atención al parámetro de la razonabilidad. (...) En el Derecho anglo-americano, los tribunales pueden denegar la tutela específica sobre la base de la existencia de severo *hardship* para el deudor demandado, y ello es predicable en general tanto para la medida de *specific performance* como para la *injunction*”⁵² [Wrotham Park Estate Co Lid v. Parkside Homes, (1974)]”.

6.1. Diferencia entre el common law inglés y el norteamericano

En cuanto a la diferencia entre el sistema norteamericano y el inglés referidos a las causales sobrevinientes a la celebración del contrato que lo pueden modificar o resolver (...) se ha señalado bajo una visión comparatística que “el modelo estadounidense se caracteriza por ser menos rígido que el modelo inglés en la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* y la consiguiente intangibilidad del contrato. Por ello, mientras en el *common law* inglés las cortes no se cansan de señalar que no tienen el poder de modificar el contrato (dando así soluciones que no llegan a ser equitativas a causa del binomio cumplimiento o resolución), en caso de eventos sobrevinidos que alteren el equilibrio de la operación, en el *common law* estadounidense, caracterizado por la atenuación del mencionado principio, tiene gran relevancia la constante búsqueda por parte del juez (como rule maker) de mecanismos que le permitan

llegar a soluciones más equitativas para una apropiada distribución del riesgo derivado de eventos sobrevinidos no imputables a los contratantes”⁵³.

6.2. Distinción entre la *impossibility* y la *impracticability* y su relación con la *frustration*

Acerca de la distinción entre la *impossibility*, la *impracticability* y su incidencia en la *frustration* se ha señalado con erudición que: “Sobre la huella de la doctrine of *frustration of contract* elaborada originariamente en área británica, se forma en el *common law* estadounidense el concepto de *impracticability*, aplicado en las decisiones sobre casos de imposibilidad sobrevinida. Conviene afirmar desde un principio, que el *common law* estadounidense considera las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis en las que el juez califica una de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral y determina su alcance respecto de un específico evento sobrevinido; en términos generales, la *impossibility* comprende los supuestos tradicionales ya analizados en el área británica de la *destruction of the subject-matter*, la *supervening illegality* y la *death or illness* del deudor, casos en los cuales desaparece un estado de cosas cuya *continued* existente constituía una *precedent constructive condition* de la obligación del promitente. Sin abordar aquí en detalle la evolución *jurisprudencial de la impracticability*, debe recordarse cómo la idea de inexigibilidad, que permitía desvincularse del rigor de la imposibilidad como única causa eximente de responsabilidad, maduró en el área de *common law* estadounidense gracias a la atención de las cortes sobre las repercusiones económicas que rodean la ejecución del contrato, haciendo uso del método casuístico propio de la jurisprudencia. En el modelo estadounidense no hay duda de que la *impossibility* conduce siempre a una *frustration* del contrato, en cuanto

52.- PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 93. “El problema principal que se ha planteado en la práctica forense es dilucidar qué constituye ‘severe hardship’ a los fines del rechazo de la pretensión de cumplimiento. Y ello porque no puede fundamentar la denegación del remedio la mera dificultad financiera [Francis v. Cowcliffe (1976)]; y si bien el *hardship* debe ser suficientemente grave como para justificar tal efecto [Wedgwood v. Adams, (1843)], no puede serlo hasta tal punto que suponga la frustración del contrato”. En el sistema de common Law, el remedio específico será también denegado si el coste del cumplimiento es absolutamente desproporcionado respecto del beneficio que obtiene con ello el acreedor [Tito v. Waddell (No 2), (1977), *Co-operative Insurance v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* (1998)].

53.- CHAMIE, José, “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, en Revista de Derecho Privado, (18), Colombia, 2010, pp. 97-9.

54.- CHAMIE, “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, cit., pp. 97-9. La distinción entre *impossibility* e *impracticability* se ha explicado señalándose que “(...) la regla de la ilicitud sobrevinida en el modelo estadounidense se amplía más allá de la imposibilidad absoluta de la prestación, asumiendo que el deudor sería liberado igualmente en los casos en los que podría materialmente cumplir su obligación si decidiese ejecutar un acto ilícito; esta concepción contrasta con el modelo inglés y de ella parte la sustitución del término *impossibility* como base de la doctrina, con el de *impracticability*, de matriz subjetiva y que debe ser considerado en cada caso concreto. Los casos de muerte del deudor o de su incapacidad para ejecutar la prestación, son considerados igualmente hipótesis de *impracticability*; también en estos casos la jurisprudencia ha interpretado con elasticidad el concepto de imposibilidad llegando a considerar qué si bien la obligación *intuitu personae* se refiere a la persona del deudor, en ocasiones ese *intuitu* puede tener como objeto también la identidad del acreedor o de un tercero. En cuanto a la imposibilidad de ejecutar la prestación a causa de la destrucción del bien objeto del contrato, la jurisprudencia ha seguido el precedente inglés del caso Taylor v. Caldwell, sólo que los jueces ingleses lo han aplicado exclusivamente a los casos de imposibilidad absoluta física o jurídica, los jueces estadounidenses, en cambio, han ampliado su base comprendiendo también los casos de imposibilidad económica que se definen con el modelo de la *commercial impracticability*”. CHAMIE, “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, cit., p. 101.

55.- Sobre La *frustration* desde el Análisis Económico del Derecho (AED). En cuanto a la liberación del deudor por una circunstancia exógena sobrevinida que hace *impracticable* o imposible el cumplimiento de su prestación y un eventual resarcimiento al acreedor por una *frustration* de expectativas, tomando como instrumento metodológico al análisis económico del derecho se ha indicado autorizadamente, lo siguiente: “Como hemos señalado, tanto la *impossibility* como la *frustration* producen la *discharge* del deudor, esto es, su excusa por el incumplimiento de la prestación y de la condena en daños, además de estar legitimado para la restitución. En los dos modelos se tiene en cuenta la relevancia práctica de cada uno de los remedios, concebidos como defensas del deudor demandado en juicio. Una cuestión de mayor complejidad surge en cuanto al daño resarcible, pues bien sea que se trate de *impracticability* o de *frustration* el efecto es la liberación del deudor, parte de la doctrina ha señalado que el *discharge* tiene algunos efectos patrimoniales que lo caracterizan como mecanismo de compensación monetaria, lo que indicaría la necesidad de tratar el remedio a la luz del incumplimiento, mediante una valoración eficiente del daño y su reparación conforme a ciertas reglas del análisis económico del derecho. En verdad, si se aceptan reglas del análisis económico del derecho, el incumplimiento del contratante afectado por el evento sobrevinido debería sancionarse con su condena al resarcimiento del daño por la desilusión de la expectativa del acreedor (*expectation damages* o *expectation damages rule*), así mismo, el incumplimiento deberá aceptarse cuando se muestre eficiente, esto es, cuando el costo de la prestación resulte superior al valor que el acreedor le atribuye, en los demás casos deberá afirmarse el *performance as agreed*. Pero, si realmente se piensa que no es posible dar una respuesta jurídica a la elección entre exención de responsabilidad del deudor incumplido o su condena en daños, se debe entonces indagar en el comportamiento de las partes respecto del riesgo. Asumen así especial importancia en las decisiones jurisprudenciales las nociones de *reliance interests*, *down payment* y *expectation interests* propias de la disciplina del resarcimiento del daño”. CHAMIE, “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, cit., p. 101.

que no es posible alcanzar el objetivo de obtener la prestación. Sin embargo, no todos los casos de *frustration* se deben a una *impossibility*; en efecto, en muchos casos lo que desaparece es la posibilidad de usar el bien o la prestación objeto del contrato de manera ventajosa, como aquellos casos en los cuales un cierto evento, sin destruir totalmente el objeto y por ello sin generar una imposibilidad de la prestación, hace más bien que ésta sea inútil respecto de la finalidad que se esperaba con su ejecución (...).^{54 55}

7. Falta de *consideration*

En el derecho norteamericano se impone la teoría de la *consideration* que equivale a la causa en el derecho continental. Así se ha señalado que “si ciertos eventos sobrevinientes hacen imposible la ejecución de la prestación a cargo de una de las partes, ello hace que para la otra parte desaparezca la *consideration* que la llevó a contratar”. Así, “en el derecho anglosajón la frustración del fin del contrato es un concepto general que se refiere a una ineficacia sobrevinida al contrato por acontecimientos posteriores a su perfección y que puede ser debida a causas diversas: sobrevinida ilegalidad, incumplimiento de una condición tácita, imposibilidad física sobrevinida, pérdida de utilidad para el acreedor, mutación sobrevinida en lo que se consideraba base objetiva del negocio”.⁵⁶

Citando doctrina argentina se señala que “se ha visto que Mosset Iturraspe opina que la frustración del contrato es el género comprensivo de todos los supuestos de pérdida de sentido y razón de ser del contrato, tengan una base subjetiva u objetiva, mientras que la excesiva onerosidad sobreviniente particulariza una situación objetiva, la del desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, debido a hechos extraordinarios e imprevisibles, agregando que hay, pues, entre una y otra, la relación de género a especie”⁵⁷ Consideramos pues, que la frustración se convierte en género mientras que la excesiva onerosidad de la prestación aparece como especie. La frustración tiene un origen anglo - americano y tiene una serie de clasificaciones dentro de las cuales destaca la *frustration purpose*.⁵⁸

IV. La legislación nacional y comparada en materia de la excesiva onerosidad de la prestación

En lo diversos sistemas jurídicos comparados “la

adaptación del contrato al cambio de las circunstancias se designa con las *expresiones imprévision, révision du contrat, bouleversement du contrat, Wegfall der Geschäftsgrundlage, eccessiva onerosità, frustration, contract adaptation*, respectivamente en derecho francés, alemán, italiano y anglosajón. En el derecho del comercio internacional se usan las expresiones *hardship o major economic dislocation*; sin embargo, todas estas expresiones no son sinónimas y, en ocasiones, dan lugar a grandes divergencias”.⁵⁹

La figura de la excesiva onerosidad de la prestación se encuentra regulada de la siguiente manera en nuestro código civil y en los códigos civiles y proyectos comunitarios:

1. Código Civil peruano de 1984

“Art. 1156. Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida”.

“Art. 1315. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

“Art. 1316. La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)”.

“Art. 1431. En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido (...)”.

TÍTULO VIII Excesiva Onerosidad de la Prestación

“Art. 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el

56.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 581.

57.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 583.

58.- Se afirma que “De lo anteriormente expuesto resulta que, para mí, le razón de ser de todo contrato es alcanzar el equilibrio entre los intereses de las partes, de tal manera que la ruptura de ese equilibrio determinará la necesidad de recuperarlo, bien sea a través de la vía normal de la revisión del contrato, bien a través de la vía más drástica de la resolución del mismo. Puede observarse, pues, que me alíneo entre aquellos que opinan que el ordenamiento jurídico debe proporcionar los remedios necesarios para conjurar el peligro que se deteriore esa razón de ser”. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 586). Culmina el autor citado señalando que: “Tomando en consideración, cabe decir que el sistema de nuestro código civil, es que en los contratos en que existe un lapso entre la celebración del contrato y la ejecución total de las prestaciones a cargo de ambas partes o de una sola de ellas, si una de estas prestaciones se convierte en excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la regla general es que la parte perjudicada puede solicitar que se reduzca la prestación”. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, cit., p. 587). Esta actuación definitivamente guarda coherencia con la aplicación del principio de equidad en las prestaciones contractuales.

59.- CHAMIE, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, cit., p. 124.

juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

“**Art. 1441.** Las disposiciones contenidas en el Artículo 1440° se aplican: 1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella. 2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.

“**Art. 1442.** Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad. Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 1440”.

“**Art. 1443.** No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada”.

“**Art. 1444.** Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación”.

“**Art. 1445.** La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el Artículo 1440”.

“**Art. 1446.** El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el Artículo 1445° corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”.

Sobre la crítica a la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación en el Perú ya hemos efectuado nuestras atenciones en el punto 2.1 de este artículo (El cambio de circunstancias y la adaptación al cambio sobrevenido de la base del negocio).

2. Código civil italiano de 1942

“**Art. 1256.** La obligación se extingue cuando, por causa no imputable al deudor, la prestación se hace imposible.

Si la imposibilidad es sólo temporánea, el deudor, hasta que esta perdure, no es responsable del retraso en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede más considerarse obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene más interés en conseguirla.

Art. 1463. En los contratos con prestaciones correlativas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación no puede pedir la contraprestación, y debe restituir aquella que haya recibido, según las normas

relativas a la repetición de lo no debido”.

Excesiva onerosidad de la prestación

“**Art. 1467.** En los contratos de ejecución continuada o periódica, así como de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se hace excesivamente onerosa por el verificarse de eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el art.1458.

La resolución no puede ser demandada si la sobrevenida onerosidad entra en el álea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Art. 1468. Contrato con obligaciones de una sola de las partes.- En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se tratara de un contrato en el que sólo una de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede pedir una reducción de su prestación, o bien una modificación en las modalidades de ejecución, que sean suficientes para reducir las a la equidad

Art. 1469. Contrato aleatorio.- Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes”.

Sobre la legislación italiana que nos sirve de referente es importante destacar que en el caso italiano la primera alternativa frente a una situación de desequilibrio contractual es la resolución del contrato y posteriormente si es que el demandado lo considera se puede ofrecer el cambio o la variación del contrato para de esta manera conservarlo. En el caso peruano, es al revés, como ya lo señalamos, en primer término, lo que se solicita al juez es la modificación del contrato y de no poderse conservar el contrato mediante su adecuación a la nueva situación el juez a solicitud del demandado podrá resolver el contrato. Nos parece más adecuada la regulación peruana pues agota la posibilidad de conservar el contrato mediante su adecuación a las nuevas circunstancias y deja como residual la posibilidad de su ineficacia. Claro que es mejor, aunque se peque por exceso, establecer legislativamente la imperatividad de la renegociación del contrato de manera extrajudicial para recién una vez que se han determinado infructuosas estas posibilidades de adecuación contractual recién se pueda acudir al órgano judicial o arbitral para discutir la adaptación del contrato o su eventual resolución. Lo aquí señalado sin dejar de mencionar las críticas que hemos realizado sobre la potestad que da el legislador al demandado acreedor para que solicite judicialmente la resolución del contrato.

Sobre la excesiva onerosidad y las fluctuaciones en el mercado se ha señalado: “En efecto, la excesiva onerosidad es concebida como una perturbación del equilibrio patrimonial entre las prestaciones. Así, se afirma que el parámetro objetivo para valorar la ocurrencia de la excesiva onerosidad está constituido por un agravio cuantitativamente importante del costo de la prestación (o del compromiso económico del deudor) perceptible al momento de la ejecución, que exceda la previsibilidad de las fluctuaciones en el valor relacionadas a la incertidumbre económica propio del tipo contractual (negocio realmente celebrado), a su vez conectada a la fluctuación ordinaria de mercado, o el mayor riesgo económico convencionalmente asumido con la previsión de cláusula específica”.⁶⁰

Gabrielli acerca de la operación económica y la excesiva onerosidad en el caso italiano ha señalado: “La noción de excesiva onerosidad, que la doctrina ha tratado frecuentemente de encerrar en una definición omnicompreensiva del fenómeno y de sus variadas formas de manifestación, es en realidad un concepto elástico, cuyo contenido concreto debe ser puesto de vez en cuando a la evaluación del intérprete, porque, cual concepto de relación entre determinados parámetros normativos y el contenido del único y concreto contrato objeto de valoración, se especifica con respecto a cada caso individual y particular al contenido de la operación económica disciplinada del contrato”.⁶¹

2.1. La resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación. La renegociación y el requerimiento al juez. El derecho italiano ⁶²

Acerca de la excesiva onerosidad de la prestación como argumento para la resolución del contrato se ha señalado que “según la orientación contraria, y hoy prevalente, la excesiva onerosidad sobrevenida puede ser invocada solamente como fundamento de una demanda de resolución, de conformidad con el art. 1467 del c.c., y no como mera excepción para contrastar la demanda de cumplimiento de la otra parte, en la medida que se encuentre encaminada a conseguir un pronunciamiento exorbitante al mero rechazo de la demanda de cumplimiento”.⁶³ En este sentido también se ha dicho que puede ser una declaración de voluntad dirigida a la contraparte para la modificación del contrato con asunción de nuevas obligaciones, y al juez, en el caso de que aquel no acepte. Primero, entonces, se adoptaría el criterio de la renegociación o modificación voluntaria del contrato y en caso no acepte el beneficiado con la

excesiva onerosidad recién se podría acudir al juez para que modifique o resuelva el contrato. Esa es la tendencia a la que arribaría el modelo italiano.

La formulación de la excesiva onerosidad de la prestación en el proceso y fuera del proceso. La imposibilidad del juez de plantear la resolución si es que la oferta de modificación del contrato es una mejor alternativa para llevar al contrato a la equidad.

La excesiva onerosidad de la prestación “podría útilmente adelantarse y operar incluso extrajudicialmente y obtener éxito aun independientemente de la resolución del juez. Su realización permanece en el plano negocial y no contrasta con el interés del propio actor que ha accionado en juicio, del cual puede importar la realización y la satisfacción manteniendo en vida el contrato en actuación del conocido principio de la conservación del contrato”.⁶⁴ Sobre la prevalencia de la oferta de la parte que invoca la excesiva onerosidad de la prestación y la modificación del contrato en equidad no existiría la posibilidad del órgano judicial para declarar la excesiva onerosidad en el propio proceso porque ya se ha llegado a una situación de equilibrio y equidad en la oferta planteada extrajudicialmente. En este sentido la doctrina que vengo siguiendo señala que “desde tal perspectiva se sostenía que si el actor (en rescisión o en resolución) acepta la oferta, el contrato resulta modificado, puesto que un nuevo contrato se sustituye al precedente, pero inclusive sino la acepta la ley dispone que el juez ya no puede pronunciar la rescisión siempre que la oferta sea suficiente para reconducir el contrato a equidad. Vale decir que el juez, a fin de pronunciar la rescisión, ya no puede juzgar la equidad del contrato según el contenido originario, sino según el contrato tal como resulta modificado por la oferta. Por lo tanto, si la oferta es equitativa basta por sí sola para modificar el contrato, de modo que si el juez reconoce la equidad debe rechazar la demanda de actor”.⁶⁵

2.2. Teoría de la naturaleza procesal de la oferta de modificación del contrato. Es posible la modificación del contrato para evitar la rescisión o resolución.

Esta teoría aplicable a la excesiva onerosidad de la prestación como presupuesto para modificar o extinguir el contrato señala que tal oferta tiene un contenido procesal pues “en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir a la equidad el

60.- CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 209.

61.- CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 211.

62.- Para la revisión de esta parte con mayor detalle permítaseme citar mi trabajo: Cieza Mora, Jairo, La tutela resolutoria frente a la tutela resarcitoria, algunos planteamientos a propósito de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, en Gaceta Civil & Procesal Civil, N. 56, febrero, 2018, p. 75-135.

63.- GABRIELLI, Enrico, Estudios sobre teoría general del contrato, traducción de Rómulo Morales Hervias y Walter Vásquez Rebasea, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 410.

64.- GABRIELLI, Enrico, Estudios sobre teoría general del contrato, (Rómulo Morales y Walter Vásquez, traductores, Lima, Jurista Editores, 2013, cit., p. 417.

65.- GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 418.

contrato, evitando su rescisión o resolución; la iniciativa de la revisión queda entonces siempre remitida a la parte y el juez interviniente solo para actuarla como resultado del ejercicio de un derecho”.⁶⁶

En cuanto a la jurisprudencia italiana se ha indicado que “en la opinión de los Tribunales, la oferta tiene naturaleza procesal. (...) El recorrido interpretativo, suscrito a decir verdad por un hecho concreto (fattispecie) en materia de rescisión, parte de una consideración de la letra empleada por la norma (que, en realidad, ya sea en materia de rescisión: art. 1450 c.c., ya sea en materia de resolución: art. 1467, inciso 3 c.c., es idéntica en la formulación) ‘puede evitar la rescisión’ para deducir de ello que la ley confiere a la parte ‘el poder de evitar la rescisión del contrato a través de una modificación suficiente para reconducirlo a equidad. Y si se trata de un poder la contraparte se encuentra, frente a este, en situación de sujeción, en la situación de necesidad de sufrir la modificación del contrato, con el consiguiente impedimento de la rescisión. (...) “En la interpretación de la norma del art. 1450 c.c., debe darse importancia esencial a la proporción principal de la frase, ‘puede evitar la rescisión’, es decir al poder; mientras que la otra proposición conexa y subordinada — ‘ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reconducirlo a equidad’— viene a significar, en otros términos, que la parte debe ejercer el poder declarando estar dispuesta a asumir aquellas prestaciones más onerosas que sean suficientes para reconducir el contrato a la equidad”.⁶⁷ Se aprecia que la casuística o la doctrina procesal italiana argumenta que la oferta para modificar el contrato basándose en los cambios producidos que hacen onerosa la prestación, tiene naturaleza procesal y no sustantiva por lo que es necesario establecer un diálogo entre la doctrina sustancial y la adjetiva. En ese sentido se ha señalado que “en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir el contrato a la equidad, evitando su resolución. La iniciativa de la revisión queda entonces siempre asignada a la parte y el juez interviene solo para efectivizarla como resultado de ejercicio de un derecho”.⁶⁸

2.3. La *reductio* como mecanismo para que el juez modifique el contrato

Otro aspecto importante en donde el juez cobra mayor

protagonismo es la llamada *reductio* que “en el plano de la valoración y solución del conflicto de los intereses contrapuestos el legislador, en tutela del interés del demandado en no perder la contraprestación, ha querido atribuir al juez el poder de modificar el contrato a través del procedimiento de la *reductio*”.⁶⁹ Así “en presencia de una oferta genérica, el juez se convierte entonces en un mediador de intereses particularmente calificado, en la medida que no interviene sobre el contrato, integrando su contenido, sino que interviene en aras de la salvación y composición del conflicto de intereses regulados en el contrato”.⁷⁰

2.4. La equidad como equilibrio entre las prestaciones

Sobre la equidad, aplicada a la modificación de los términos contractuales, en posición que comparto se ha señalado, lo siguiente:

“El término equidad empleado por la norma podría en efecto inducir a pensar que en este caso el juez opera mediante el recurso a la equidad integradora; de modo que resulta necesario precisar cuál es la reglamentación de los poderes que el legislador ha querido atribuir al intérprete con la referencia a tal concepto. El art. 1467 (al igual que la análoga disposición a que se refiere el art. 1450) c.c., se refiere a la equidad como un criterio técnico y no atribuye al órgano judicante ningún tipo de discrecionalidad, de modo que en el hecho jurídico hipotético (fattispecie) no es posible hallar un verdadero y propio juicio de equidad, ni menos aún una hipótesis de equidad integradora, puesto que el término en este caso no significa ‘justicia en relación al caso concreto, sino equilibrio entre las prestaciones’”.⁷¹

Además de lo indicado consideramos que se puede utilizar la cláusula general normativa de la buena fe para comprender y aplicar la excesiva onerosidad de la prestación. La base para utilizar la buena fe y su enorme incidencia en materia contractual podemos tomarla de nuestro artículo 1362 de nuestro cc. que establece que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Chamie ha señalado que la buena fe “cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y por ende la equidad en el intercambio, al momento de la celebración y también durante la ejecución”.⁷² Entonces, advertimos que la buena fe tiene la misión de mantener el equilibrio contractual en ambas etapas antes mencionadas del contrato; es decir, desde el inicio del contrato y durante la ejecución de este.

66.- De Martini, Angelo, L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti, cit., p. 139; para la perspectiva procesal, v. también Mirabelli, Giuseppe, La rescissione del contratto, Nápoles, 1962, pp. 353 y ss. Citado por GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 421.67.- GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 421.

68.- GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 423.

69.- GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429.

70.- GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429.

71.- SANTORO PASSARELLI, Francesco, La transazione, 2.ª ed., Nápoles, 1975, p. 60, también CONSTANZA, María, Profili dell'interpretazione del contratto secondo bona fide, Milán, 1989, p. 139 y ss; Sacco, Rodolfo, Il contratto, cit., t. 2, p. 721. Citado por GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429. “En la lectura de la Corte Suprema las condiciones del contrato deben ser restituidas a una ‘justa relación de intercambio, con las consecuencias de que la contraprestación debe ser equiparada, en cuanto sea posible, a los valores de mercado, de modo que sea eliminado el desequilibrio económico y las prestaciones sean reconducidas a una plena equivalencia objetiva’ (Cass., 9 de octubre de 1989, n. 4023, Giurisprudenza italiana, Turin, 1990, núm. 1, parte 1, p. 994, con nota de Sica)”. GABRIELLI, Estudios sobre teoría general del contrato, cit., p. 429.

72.- CHAMIE, “Equilibrio contractual y el deber de revisión del contrato”, cit., p. 114.

2.5. El desequilibrio inicial y el sobrevenido

En el acápite anterior hablamos del desequilibrio de las prestaciones como presupuesto para la modificación de los términos o del programa contractual. Efectivamente consideramos necesario ahondar en esta materia que ha tenido poco desarrollo en nuestro país y que permite advertir un cambio o variación en los aspectos contractuales o inclusive puede llegarse a la extinción de los efectos del contrato. Existen varias maneras o formas en que el programa contractual pueda modificarse o resolverse el contrato, y estas formas o mejor dicho situaciones que inciden en el programa del contrato pueden manifestarse al inicio o durante la ejecución contractual. Con acierto se ha señalado que "(...) durante la ejecución (del contrato) presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobreviniencia contractual, y, en especial, los criterios para la adaptación de los llamados contratos de duración. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso".⁷³

3. Código Civil Francés

"Art. 1302. Cuando el cuerpo cierto y determinado de que era objeto la obligación, perece, queda fuera de comercio, o se pierde de modo que se ignora en absoluto su existencia, queda extinguida la obligación si la cosa feneció o ha sido perdida sin culpa del deudor."

Excesiva onerosidad de la prestación

"Art. 1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux

conditions qu'il fixe.

"Art.1195. Si un cambio imprevisible de circunstancias al concluir el contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no acordó asumir el riesgo del mismo, este último puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte. Ella continúa cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación.

En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la terminación del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o solicitar al juez de común acuerdo que proceda con su adaptación. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar o resolver el contrato, en la fecha y en las condiciones que fije".

Debe indicarse que diversos casos de la jurisprudencia civil francesa señalaban, con base en los *principios de lealtad y buena fe*, un "deber de renegociar un contrato desequilibrado por una modificación imprevista de circunstancias económicas" (Cabrillac, 2015, p. 839); no obstante, la decisión final que se derivó del caso *Canal de Craponne* ha sido reafirmada por los tribunales franceses.⁷⁴

En la historia de los Proyectos franceses sobre la materia se debe seguir tomando como referencia el *El Avant Project Terré*, y *El Avant Project de Chancellerie*.

Finalmente, los efectos de la ocurrencia del cambio de circunstancia imprevisible presentan los siguientes escenarios:

"En primer lugar, una vez se presente una situación de excesiva onerosidad, la parte afectada puede solicitar la renegociación del contrato, por lo que se evidencia que no se ha previsto un deber de renegociar el contrato. En caso las partes no logren un acuerdo en la renegociación o la solicitud de renegociación es rechazada por la contraparte, existen dos opciones: la terminación del contrato por mutuo acuerdo o solicitarle al juez su adaptación. En caso de ausencia de un acuerdo de terminación del contrato, en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de parte, adaptar (modificar) el contrato o resolverlo".

Con esta nueva regulación, la solución frente al desequilibrio en los contratos privados a causa de circunstancias imprevisibles se aparta de la decisión del

73.- CHAMIE, José, "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato", en Revista de Derecho Privado, (14), Colombia, 2008, pp.113-114. "Al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (equality in the exchange) (...)": CHAMIE, "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato", art. cit., p. 114. "Por otra parte, la obligación contractual, como vinculum iuris, implica una relación de cooperación entre las partes, que está basada en la buena fe y la equidad (...). Ello (...) explica, durante la ejecución del contrato, la conducta del deudor dirigida a la satisfacción del acreedor, y la conducta de este, basada igualmente en la cooperación, encaminada a facilitar a aquel el cumplimiento, además a comportarse lealmente en caso de incumplimiento, o de no cumplimiento, e incluso de dificultad en el cumplimiento o de ruptura de la paridad a causa de circunstancias externas a la relación obligacional". CHAMIE, "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato", cit., p. 115.

74.- CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 215.

75.- CIENFUEGOS FALCÓN, "Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado", cit., p. 218.

caso Canal de *Craponne*, permitiendo ahora la flexibilización de dichos contratos como sucede en el campo del Derecho Administrativo”⁷⁵ Coincido con esta apreciación con una sola atinencia: En el supuesto que las partes no lleguen a un acuerdo (cualquiera que fuese, el derivado de la renegociación o el de resolución del contrato) se podrá solicitar al juez (por una sola de las partes) que decida si adapta el contrato o lo resuelve. Nótese que el autor citado se refiere a que el juez podrá actuar en caso de “ausencia de un acuerdo de terminación del contrato”. Consideramos que no solamente en este supuesto quedará expedita la potestad de una parte para solicitar al juez su decisión sino también en el caso de ausencia de decisión de las partes de modificar el contrato.

4. ABGB austriaco

Excesiva onerosidad de la prestación

§ 936. “La convención de querer concluir posteriormente un contrato es obligatoria entonces solamente cuando se haya establecido tanto el tiempo para concluirlo, cuanto los puntos esenciales del mismo, y además que en el intervalo no hayan cambiado las circunstancias de tal manera que falte el fin expresamente determinado o aparente de las circunstancias, o cese la confianza de una y otra parte...”

5. BGB alemán de 1900

§ 275. Exclusión del deber de prestación

(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona.

(2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación.

(3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida.

§ 313. Alteración de la base del negocio

Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato

o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos.

(3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia.

5.1. El *hardship* y las circunstancias fuera del contrato

Sobre la legislación alemana se ha señalado que: “Esto permite cerrar la brecha mediante el propio contrato. Por lo tanto, si las circunstancias han sido parte del contrato, el concepto de *Geschäftsgrundlage* no es aplicable. La doctrina contractual del *hardship codificada* en el § 313 BGB se refiere a circunstancias fuera del contrato real”⁷⁶ En este caso la legislación tedesca es clara, si las circunstancias que se aducen como elementos para la adaptación o resolución fueron, desde siempre, parte del contrato, entonces no es factible la adaptación o culminación del vínculo. Tenemos que el *álea* del contrato abarcaba las circunstancias que ahora se invocan para variarlo y esto no puede ser ni equitativo ni justo, pues la llamada parte afectada conocía desde el principio de estas circunstancias y no puede aducir desequilibrio contractual. La parte “perjudicada” tendrá, entonces, que asumir voluntariamente el riesgo inherente al contrato que no le era desconocido. Pensar de distinta manera es no tomar en cuenta la aplicación del principio de la buena fe contractual.

5.2. Aplicación del *frustration of purpose* en el caso alemán

Con detalle se ha descrito sobre las influencias de la legislación alemana: “Conforme lo desarrollado, es posible advertir que la teoría de la imprevisión del modelo alemán adoptó en su § 313 no solo a la excesiva onerosidad vista en el modelo italiano, es decir, aquella situación donde el costo del cumplimiento de la prestación aumenta de tal forma que es difícil ejecutarla, sino además, entre otras, tiene en consideración la *frustration of purpose* americana, el *common mistake* inglés y la disminución del valor de la contraprestación como supuestos de *Störung der Geschäftsgrundlage*. En otras palabras, podemos señalar que el modelo alemán comprende una excesiva onerosidad en sentido amplio, el

76.- CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 213.

cual comprende supuestos del *common law*. Asimismo, el remedio frente a estas circunstancias es la solicitud de adaptación del contrato y en caso esto no ocurra, la parte perjudicada podrá resolver el contrato. Finalmente, no debe dejar de señalarse que la aplicación de la teoría *Geschäfts- grundlage* del § 313 del BGB es supletoria” .77

Vemos, pues la trascendencia del derecho comparado para comprender la consolidación del parágrafo 313 alemán. La influencia no solamente italiana que hemos descrito precedentemente sino también el conocimiento del sistema anglosajón y en particular la tesis del *frustration of purpose* comentada párrafos arriba. Como se sabe la alteración de la base del negocio es la teoría que evidentemente se ha internalizado en el codificador alemán y la variación o cambio de las circunstancias permiten a la parte afectada con esa alteración solicitar la adecuación o la culminación del vínculo. Con razón se ha señalado por la doctrina citada que estamos ante una norma supletoria y no imperativa por lo tanto las partes en virtud a la autonomía privada puede establecer que una de ellas asuma el riesgo de la alteración de la base negocial.

Asimismo, sobre el *hardship* hemos señalado que : “En el Derecho alemán, “el § 275 (2) BGB (arriba glosado) sirve de fundamento legal al límite en estudio. Así, a tenor de esta norma, el deudor puede oponerse al cumplimiento específico en la medida en que le exija un gasto o esfuerzo que, habida cuenta del objeto de la obligación y de las exigencias de la buena fe, resulte manifiestamente desproporcionado con respecto al interés del acreedor en el cumplimiento” .78

Sobre la grave desproporción que el *hardship* genera: “el § 275 (2) BGB cubre situaciones de grave desproporción entre los intereses en conflicto; y en particular, entre el beneficio obtenido por el acreedor como consecuencia del cumplimiento específico y el perjuicio que este inflige al deudor”⁷⁹ Tampoco se puede alegar en este marco normativo el llamado incumplimiento eficiente del contrato ya que “(...) por último, la norma del § 275 (2) BGB no comprende los casos en que existe un negocio alternativo más ventajoso para la parte incumplidora; esto es, no puede alegarse para su aplicación la teoría del incumplimiento eficiente”.⁸⁰

6. Código Civil español de 1889⁸¹

“Art. 1.182. Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se

perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”.

Art. 1.183. Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.096”.

Art. 1.184. También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

“ARTÍCULO 1575. El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever”. (resaltado nuestro)

Como podemos apreciar este artículo nos habla de la peste, situación que nos hace recordar el motivo de la redacción del presente trabajo. Lo de ahora no es una peste en sentido estricto, pero es una pandemia que tiene los mismos y hasta mayores estragos que la peste en el sentido tradicional del término, recordando la peste bubónica o a la peste que sirvió de título y contenido a ese gran libro de Albert Camus. El artículo español también nos habla de un caso fortuito ordinario (en donde no habrá lugar a disminución de renta) y otro extraordinario en donde si habría lugar a reducción de la renta. Por supuesto en base a la autonomía privada admite pacto en contrario.

Es interesante resaltar que (...) En España la restricción basada en la existencia de una onerosidad exorbitante para el deudor solo encuentra fundamento legal en el art. 7 CC, que consagra como límites generales del ejercicio de todo derecho subjetivo **la buena fe y el abuso del derecho**⁸². (El resaltado nuestro).

Como se puede apreciar el derecho español toma como sustento para justificar la excesiva onerosidad de la prestación no regulada dos cláusulas generales normativas como la buena fe y el abuso del derecho. Esto implica tener en cuenta que no necesariamente tenemos que tener que regular de manera expresa una institución para actuar con equidad frente a situaciones de desequilibrio, sino que basta la existencia de cláusulas

77.- CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit., p. 214.

78.- PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 94.

79.- PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 95.

80.- Desde un punto de vista procesal se ha dicho: “Por último, en sede ya de ejecución forzosa, el § 765a (1) de la ley de ritos (ZPO) autoriza al tribunal, a instancia del deudor ejecutado, para revocar o suspender, completamente o en parte, una medida de ejecución, si teniendo en cuenta el interés del acreedor, la medida supone una excesiva onerosidad, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso”. PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 95.

81.- Debo señalar que para la transcripción de algunos de los artículos de los códigos civiles vigentes y sus antecedentes nos hemos valido de la sistematización que para sus clases ha realizado el Dr. Rómulo Morales Hervias y que contiene información relevante en materia legislativa sobre excesiva onerosidad de la prestación.

82.-PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 96

abiertas para una atenta jurisprudencia pueda llenarlas de contenido aplicando remedios que no permitan la arbitrariedad o el abuso.

De igual forma en “la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos contiene una regulación en la línea del derecho comparado y, como veremos, de los textos de Derecho uniforme. En su art. 1.192.11.2° se recoge como límite a la tutela específica los casos en que ‘el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, resulten excesivamente onerosos para el deudor’⁸³. En el caso español “(...) el segundo ejemplo está representado por la STS 2 julio 1998, en la que el alto tribunal afirma que ‘es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente im-posible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado’; ‘el presente recurso es de los típicos casos, en que una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar . En ambos casos la indemnización es el cauce para la satisfacción del interés del acreedor”⁸⁴.

Se puede ver que cuando existe una situación perjudicial y absolutamente desproporcionada para el deudor, como en el caso del *common law*, es preferible y pertinente el resarcimiento por los daños y perjuicios, pues sería irrazonable exigir la prestación específica al deudor, en desproporcionado beneficio del acreedor, con lo cual se está vulnerando el principio de la buena fe y en concreto se estaría perpetrando un evidente abuso del derecho comprendido como la contradicción entre un derecho subjetivo (el del acreedor) versus un legítimo interés.

7. Código Civil portugués de 1966

“Art. 282. Negocios usurarios.

1. Es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.
2. Queda a salvo el régimen especial establecido en los artículos 559-A”.

“Art. 283. Modificación de los negocios usurarios.

1. En lugar de la anulación, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según los juicios de equidad.
2. Requerida la anulación, la parte contraria tiene la

facultad de oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del numeral anterior”.

Nos interrogamos ¿Cuándo estaremos frente a una debilidad de carácter o ante una ligereza de la parte perjudicada? Aquí habrá, de seguro, una dificultad para aplicar causuísticamente la figura de la excesiva onerosidad, por lo ambiguo e interpretable de estas características previstas en el código mencionado.

8. Código Civil chileno de 1855

“Art. 1547 inc. 2 C.c. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”.

9. Código Civil argentino de 1868 (antecedente histórico):

“Caso Fortuito

“Art. 513. El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o este hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor”.

“Art. 514. Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”.

Excesiva onerosidad de la prestación (antecedente histórico)

“Art. 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales 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”.

Código Civil Argentino de 2015

“Art. 1091
Imprevisión

83.- PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 97.

84.- Vid. A. M. MORALES MORENO, “Pretensión de cumplimiento...” op. cit., pp. 68-70; y en L. Díez Picazo, E. Roca TRÍAS y A. M. MORALES MORENO, op. cit., pp. 341-342. Citado por PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 97.

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, sobrevinida 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 álea propia”.

Vemos como el Código Civil argentino recoge la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, así como se refiere a la alteración del equilibrio contractual por el surgimiento de causas sobrevinientes a la celebración del contrato y que sean no imputables a las partes o cuyo riesgo no haya sido asumido por la parte perjudicada por la variación de circunstancias. Señala, considero que, con razón, el código argentino, que la parte perjudicada con la excesiva onerosidad puede en primer lugar plantear extrajudicialmente la resolución del contrato o su adecuación a las nuevas circunstancias. También deja abierta la alternativa de plantear judicialmente esta resolución o adaptación a un nuevo equilibrio contractual. Esta pretensión judicial (o arbitral) puede ser propuesta también como excepción, es decir al momento de contestar la demanda en que una de las partes (acreedor) plante el cumplimiento de la prestación específica. Lo novedoso en el caso del código comentado es que incorpora al tercero que eventualmente podría resultar perjudicado con la excesiva onerosidad de la prestación que se haya originado para el por derechos u obligaciones resultantes del contrato entre las partes. De la misma manera, incorpora al contrato aleatorio como pasible de ser restituido al equilibrio si las circunstancias nuevas exceden o desbordan el álea del contrato perjudicando excesivamente a una de las partes.

10. Código Civil mexicano para el D.F. de 1928

Caso Fortuito

“**Art. 2.111.** Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa y contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone”.

“**Art. 2455.** El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta,

terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever.

En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas.

Las disposiciones de este artículo no son renunciables”. (resaltado nuestro)

Como se puede apreciar este artículo del Código Civil mexicano tiene una innegable influencia del Código Civil español. Repite, por ejemplo, como caso fortuito extraordinario a la peste a la que nos referimos líneas arriba.

11. Código Civil de Cuba

Excesiva onerosidad de la prestación

SECCIÓN SEXTA

Rescisión

“**Art. 80.** Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevinida”.

12. Código de Comercio de Colombia de 1971

“**Art. 868.** Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios no a los de ejecución instantánea”.

13. Código Civil boliviano de 1975

“**Art. 379.** La obligación se extingue cuando la prestación se hace imposible definitivamente por una causa no imputable al deudor”.

“**Art. 577.** En los contratos con prestaciones recíprocas la parte liberada de su prestación por imposibilidad sobreviniente no puede pedir la contraprestación de la otra y deberá restituir lo que hubiera recibido. Las partes pueden sin embargo convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor”.

Excesiva onerosidad de la prestación

“**Art. 581.** I. En los contratos de ejecución continuada,

periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

II. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato.

El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas”.

“**Art. 582.** En la hipótesis prevista en el artículo anterior, y cuando se trata de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.

En los contratos de ejecución continuada los efectos no alcanzarán a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el perjudicado hubiere obrado con culpa o estuviere en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

El Código Civil boliviano incorpora también la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación para los contratos con prestación unilateral en donde la única parte que cumplirá la prestación puede vesre ante una situación sobrevenida que haga excesivamente onerosa esa prestación o que la perjudique irrazonablemente. Bien plantea el código comentado que en estos casos se debe reducir la prestación utilizando criterios de equidad. LO contrario no sería adecuado y correspondería también a una contravención a las cláusulas generales de buena fe e impedimento del abuso del derecho.

14. Código Civil brasileiro de 2002

“**Art. 393.** O devedor nao responde pelos prejuizos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente nao se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos nao era possível evitar ou impedir”.

“**Art. 478.** Nos contratos de execucao continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a

outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato...”.

“**Art. 479.** “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a odificar eqüitativamente as condições do contrato”.

Art. 480 C.c. brasileiro. “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear quae a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

ARTÍCULO 478. En los contratos de ejecución continua o diferida, si el desempeño de una de las partes se vuelve excesivamente oneroso, con una ventaja extrema para la otra, debido a eventos extraordinarios e impredecibles, el deudor puede solicitar la terminación del contrato. Los efectos de la sentencia a decretar serán retroactivos a la fecha de la citación.

ARTÍCULO 479. Se puede evitar la resolución ofreciendo al demandado que modifique equitativamente los términos del contrato.

ARTÍCULO 480. Si en el contrato las obligaciones recaen en una sola de las partes, puede reclamar que su desempeño se reduce o la forma de hacerlo cambia, para evitar costos excesivos.

Aspecto interesante del código brasileiro es que se puede pretender en la demanda de resolución de contrato por excesiva onerosidad de la prestación, que el demandado tenga la posibilidad de modificar el contrato o adecuarlo para de esta manera cumplir con las prestaciones, pero restituyendo la situación a equidad. De esta manera se conservaría el contrato, pero con la adecuación a las circunstancias sobrevenidas.

15. Código Civil de Paraguay

“**Art.672.** En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo”.

16. Código Civil de Uruguay

“Art. 1708. Si al tiempo de la evicción se viere que había aumentado el valor de la cosa vendida, sin que haya tenido parte en ello el comprador, está obligado el vendedor a pagarle aquel tanto que importa más sobre el precio de la venta.

Sin embargo, en esta disposición no se comprende el caso en que el aumento de valor nazca de circunstancias imprevistas y extraordinarias, como la apertura de un canal, el establecimiento de un pueblo, etc.” (resaltado nuestro)

17. Principios Unidroit

“Art. 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)“.

“Art. 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

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

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

“Art. 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 el equilibrio“.

“Art.7.1.7(1). (1) La parte incumplida se exonera de responsabilidad si prueba que el incumplimiento se debió a un impedimento derivado de circunstancias extrañas a su esfera de control y que no estaba razonablemente llamada a prever tal impedimento al momento de la conclusión del contrato o a evitar o superar el impedimento mismo o sus consecuencias“.

Me parece uno de los referentes normativos más adecuados a la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación, pues de una parte invoca a las partes a renegociar (creo que es termino correcto)⁸⁵ el contrato por las circunstancias que han alterado el equilibrio contractual y de otro lado al no llegarse a un acuerdo en un plazo razonable permite al juez las dos alternativas posibles: la adecuación del contrato a la equidad o la resolución del contrato como última ratio. Considero que los jueces o los árbitros deben tener presente como referente normativo en sus sentencias o laudos estos principios para lograr una mayor eficiencia y al mismo tiempo equidad en sus decisiones.

De otro lado, en el marco regulatorio de “los Principios Unidroit, las letras h) y c) del art. 7.2.2 responden también al mismo criterio de eficiencia económica, limitando el remedio específico cuando: ‘b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa; c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía”⁸⁶ (resaltado nuestro).

85.- En contra, CIENFUEGOS FALCÓN, “Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado”, cit.

86.- Sienta el precedente la sentencia del caso Rynit v. Mutual Tontine Westminster Chambers Assoc. (1893), donde el tribunal denegó la tutela específica en un contrato de prestación de servicios de portería en un edificio de apartamentos, debido a que la ejecución de la medida requería “that constant superintendence by the court, which the court in *Midi cases* has always declined to give”. La regla se exportó al Derecho estadounidense [Restatement Second of Contracts § 366; *Lorch Inc v. Besseuter Mall Shopping Center Inc* (1975)]. Sin embargo, el alcance de la restricción es controvertido y ha sido cuestionado por algunos tribunales, que han otorgado el cumplimiento específico en contratos de tracto sucesivo como el de construcción de obra inmueble [*Storer v. GW ry* (1842) *Kennard v. Cory Bros & Co* (1922); *Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Ltd* (1999)], o en ocasiones, en un contrato prestación de servicios [*Giles Co v. Morris* (1972)]. Un sector de la doctrina ha criticado también este límite por estimar que su base es ilusoria, en tanto que las dificultades prácticas invocadas por los jueces están sobreestimadas; e ilegítima, ya que el coste de la puesta en práctica de un remedio no es justo motivo para limitar su disponibilidad. Los argumentos a favor y en contra de la aplicación de este límite se ilustran con el caso *Cooperative Insurance v. Argyll Stores* (Hol dings) Ltd. (1998). PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p.100. “(…) El hecho de que con la medida se infligía al deudor un daño mayor que el beneficio que obtendría el acreedor del incumplimiento; el rigor de la consecuencia que deriva del incumplimiento de la orden de cumplimiento específico: contempt of court; además de la contravención al interés público-económico que supone obligar a alguien a que continúe un negocio que produce pérdidas, cuando existe la alternativa plausible de la indemnización de daños para compensar a la otra parte, etc”. PALAZÓN GARRIDO, Los remedios frente al incumplimiento, cit., p. 101.

18. Proyecto Lando

“Art. 9:503: Previsibilidad

La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente”.

“Art. 6:111: Cambio de circunstancias

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

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

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

Puedo resaltar de este Proyecto, que ha sido referente obligatorio en el derecho continental, que prevé la renegociación del contrato (así no lo señale explícitamente) para que las partes puedan conservar el contrato y poniéndose de acuerdo se proceda a la adecuación del contrato a las nuevas circunstancias. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en plazo razonable (aquí el criterio del juzgador es importante) el juzgador o árbitro (se entiende a pedido de una de las partes) podrá tener la posibilidad de resolver el contrato y extinguirlo o podrá adaptar el programa contractual a la situación sobrevenida. Es decir, resolverá en equidad de acuerdo a su criterio luego que haya internalizado las posiciones de las partes y haya comprendido el contexto o las circunstancias que sobrevinieron a la ejecución contractual.

19. Proyecto de Pavia

“Art. 97. Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas

1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor —como lo prevé el artículo 157— el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato”.

“Art. 157. Renegociación del contrato

1. Si concurren acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97.1, la parte que pretende prevalerse de la facultad prevista en esta norma debe dirigir a la contraparte una declaración con las indicaciones necesarias y precisar, además -bajo pena de nulidad del requerimiento- qué otras condiciones propone para mantener la eficacia del contrato en cuestión. A esta declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.

2. Con el fin de que las partes puedan resolver extrajudicialmente la cuestión, no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido seis meses a contar desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. Si concurre el supuesto previsto en el apartado 1, la contraparte puede interpellar a la parte cualificada para ejercer la facultad aquí prevista, al objeto de que declare en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la renegociación del contrato. Se entiende a todos los efectos que el sujeto en cuestión renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar el requerimiento. A dicha declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.

4. Si las partes no llegan a un acuerdo en el plazo del apartado 2, el sujeto legitimado debe, en un plazo de caducidad de 60 días, plantear su demanda ante el juez

según las reglas procesales aplicables en el lugar en el que el contrato ha sido cumplido.

5. El juez, tras evaluar las circunstancias y teniendo en cuenta los intereses y solicitudes de las partes, puede, recurriendo eventualmente a prueba pericial, modificar o resolver el contrato en su conjunto o en su parte incumplida, y, si procede y ha sido solicitado, ordenar las restituciones y condenar a la reparación del daño”.

En este caso se presenta una regulación más exhaustiva en cuanto a la etapa extrajudicial en donde se aplican plazos que se computan desde el momento de la declaración de la parte que solicita la renegociación del contrato por las circunstancias sobrevenidas. También el proyecto establece un plazo de caducidad para acudir al juez y solicitar la adecuación del contrato o eventualmente su resolución. El Juez tendrá que resolver en equidad de acuerdo a la situación actual y a las posiciones de las partes.

20. Proyecto Catala (Sirvió de base para la modificación del Código Civil francés)

“Art. 1135 -1. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, las partes pueden comprometerse a negociar una modificación de su convención en el caso de que, por efecto de las circunstancias, sea alterado el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas, al punto de que el contrato pierda todo interés para una de ellas”.

“Art. 1135 -2. A falta de esa cláusula, la parte que pierda interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia, que ordene una nueva negociación”.

“Art. 1135 -3. Llegado el caso, en esas negociaciones se procederá como se indica en el capítulo i del presente título.

Ante su fracaso, exceptuado el caso de mala fe, se abrirá para cada parte la posibilidad de terminar (résilier) el contrato sin expensas ni perjuicios”.

Este proyecto deja a la voluntad de las partes la posibilidad de renegociar el contrato ante una alteración de circunstancias, si es que así lo han regulado en su programa contractual. Si no lo han hecho la parte perjudicada acudirá al Tribunal para que éste ordene una renegociación del contrato.

21. Legislación del derecho comunitario europeo

Los principios de derecho contractual europeo

“Art. 6:111: Cambio de circunstancias

- 1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.
- 2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo

si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

- a. Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.
- b. En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.
- c. A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

3. Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

- a. Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.
- b. O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

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

Estos Principios de Derecho Contractual europeo establecen la **obligación** (no es una facultad o un derecho potestativo, es la obligación) de negociar la adaptación del contrato. Se ha señalado que esta obligación contraviene la autonomía privada y que no es necesario incluir como obligación algo que corresponde a la estricta libertad contractual. El argumento por el que no debería regularse la obligación de renegociar es que las partes son libres en todo momento de establecer una renegociación del contrato, una variación del mismo, y sería erróneo impeler a las partes a hacer algo que ellas, por la sola autonomía privada, pueden hacer. Si bien es cierto este argumento me parece atendible, no veo problema, es más creo que sería más eficiente, que las partes traten en todo momento de conservar el contrato y adaptarlo a las circunstancias antes de acudir al juez o al árbitro. Este precepto que obliga a la renegociación del contrato permitiría que las partes, actuando de buena fe y sin abusar de su derecho, puedan obtener una salida más beneficiosa para ambas y mitigaría el riesgo de un aprovechamiento indebido de la parte más beneficiada con el cambio de circunstancias.

V. Ley de Contrataciones peruana y su reglamento

Si bien es cierto la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento es una norma de Derecho Público y no de Derecho Privado, he considerado pertinente transcribirla porque estas normas se refieren al **equilibrio económico financiero** que tiene un sustento análogo al que hemos apreciado en el derecho de contratos. Si bien es cierto que la contratación pública es un escenario diferente al que hemos venido tratando, nótese que la lógica para la

adecuación del contrato, o para las modificaciones, adicionales y ampliaciones del mismo tienen como base la figura de la excesiva onerosidad de la prestación del derecho civil, máxime cuando el criterio adoptado por el legislador es adecuar el contrato a la equidad.

En la Ley de Contrataciones del Estado peruano, se menciona al equilibrio económico financiero del contrato en el numeral 34.1:

“Art. 34. Modificaciones al contrato

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. **Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.**

34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

34.3 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

34.4 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

34.5 En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el numeral precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas, siempre que se cuente con los recursos necesarios. Adicionalmente, para la ejecución y pago, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de

emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

34.6 Respecto a los servicios de supervisión, en los casos distintos a los de adicionales de obras, cuando se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.

34.7 El Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. Para lo regulado en los numerales 34.6 y 34.7 no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.3 del presente artículo.

34.8 Para el cálculo del límite establecido en el numeral 34.6, solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.

34.9 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

34.10 Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el Titular de la Entidad” .87

Este artículo se encuentra reglamentado en el artículo 160 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 344-2018-EF:

“Art. 160. Modificaciones al contrato

160.1. Las modificaciones previstas en numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cumplen con los siguientes requisitos y formalidades:

a) Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y iii) **que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes.**

b) En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor.

c) La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE.

160.2. Cuando la modificación implique el incremento del precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con lo siguiente:

a) Certificación presupuestal; y

b) La aprobación por resolución del Titular de la Entidad.

160.3. Adicionalmente a los supuestos de modificación del contrato establecidos en el artículo 34 de la Ley, este puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan la necesidad de la Entidad. Tales modificaciones no varían las condiciones que motivaron la selección del contratista⁸⁸.

VI. La excesiva onerosidad de la prestación: la renegociación o la resolución del contrato. Conclusiones

1. La aparición del COVID -19 como un virus que afecta a la población en el Perú y en el mundo, ha generado respuestas a nivel del gobierno peruano, como el Decreto de Urgencia 040-2020-PCM que norma el Aislamiento Social Obligatorio. Bajo esta perspectiva la pandemia mundial del COVID-19 es un evento o acontecimiento extraordinario e imprevisible que ha traído como consecuencias acciones de los gobiernos, como el peruano, que generan grave impacto en lo económico, jurídico, político y social.

2. En el caso de los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, ante circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato, se debe aplicar la figura de la excesiva onerosidad de la prestación regulada en los artículos 1440 al 1446 del Código Civil peruano.

Consideramos que los contratos celebrados en el Perú,

en este contexto de pandemia, que tengan las características mencionadas, deben ser pasibles de la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación y por lo tanto serán adecuados para recuperar el equilibrio contractual o finalmente podrán ser resueltos.

3. Consideramos importante tener una visión comparatística de la institución de la excesiva onerosidad de la prestación, que aborde la lectura y el estudio de los principales códigos europeos y del sistema del *common law*, así como de los Proyectos de armonización y comunitarios del Derecho continental. Esto, no solamente con la intención de entender mejor la figura estudiando sus orígenes y evolución, sino evaluando qué regulaciones o proyectos de armonización se pueden adaptar mejor a la realidad peruana.

4. Se aprecia la trascendencia del derecho comparado para comprender, por ejemplo, la consolidación del párrafo 313 del Código Civil alemán. La influencia no es solamente italiana, sino también el conocimiento del sistema anglosajón y en particular la tesis de la *frustration of purpose*. La alteración de la base del negocio es la teoría que evidentemente se ha internalizado en el codificador alemán y la variación o cambio de las circunstancias permiten, a la parte afectada con esa alteración, solicitar la adecuación o la culminación del vínculo.

5. En América Latina, por ejemplo, apreciamos como el Código Civil argentino (2016) recoge la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, así como se refiere a la alteración del equilibrio contractual por el surgimiento de causas sobrevinientes a la celebración del contrato y que sean no imputables a las partes o cuyo riesgo no haya sido asumido por la parte perjudicada. En este caso la parte desfavorecida con la excesiva onerosidad puede, en primer lugar, plantear extrajudicialmente la resolución del contrato o su adecuación a las nuevas circunstancias. También establece la alternativa de plantear judicialmente esta resolución o adaptación a un nuevo equilibrio contractual. Esta pretensión judicial (o arbitral) puede ser propuesta también como excepción. Lo novedoso, en el caso del código argentino, es que incorpora al tercero que eventualmente podría resultar perjudicado con la excesiva onerosidad de la prestación. Este perjuicio puede originarse por derechos u obligaciones resultantes del contrato entre las partes y que recaen en la esfera patrimonial del tercero. De la misma manera, incorpora al contrato aleatorio como pasible de ser restituido al equilibrio, si las circunstancias nuevas exceden o desbordan el *álea* del contrato, perjudicando excesivamente a una de las partes.

88.- Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, 2018.

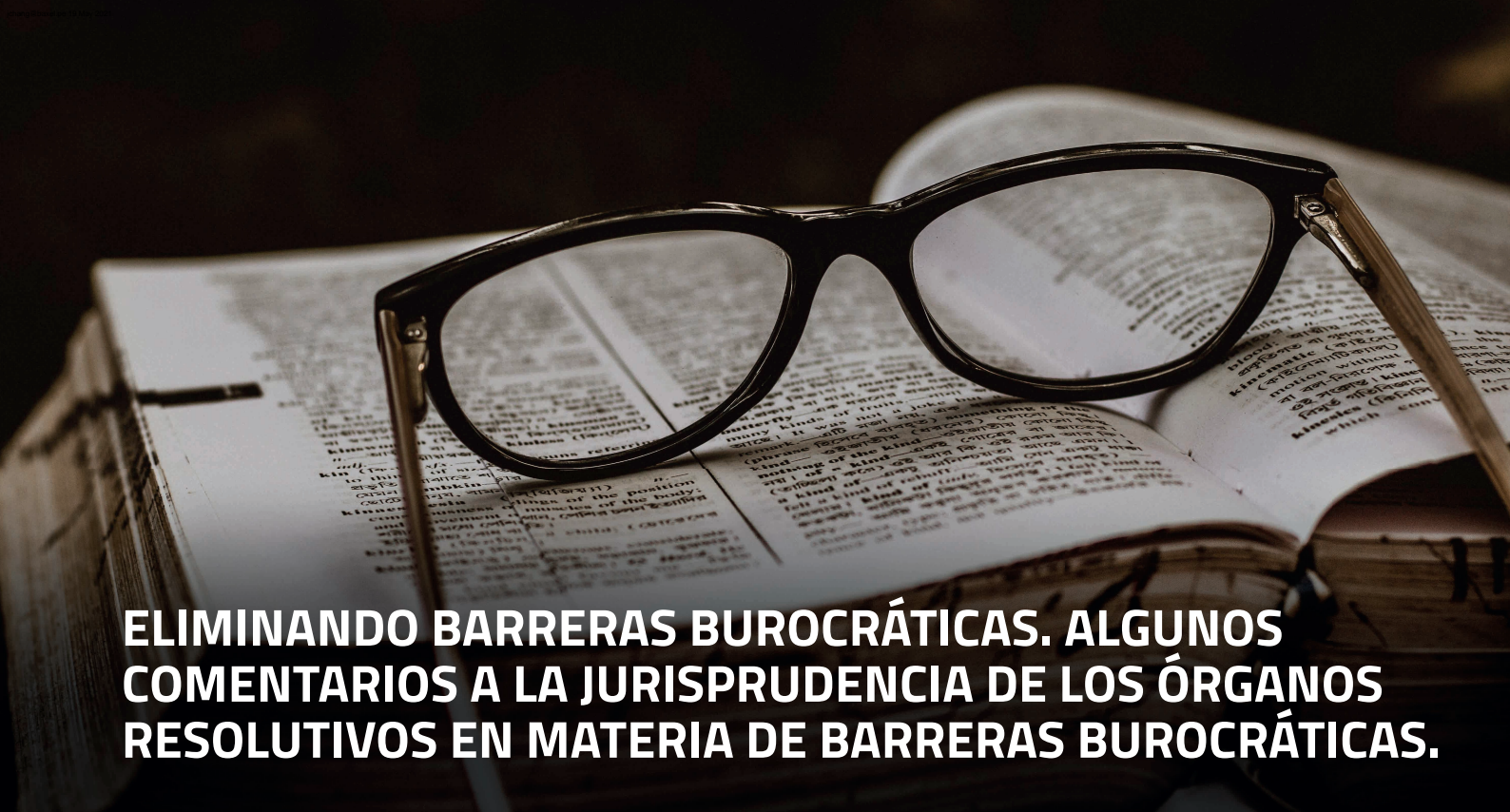
6. El Código Civil peruano establece como remedio frente a la excesiva onerosidad de la prestación que el juez reduzca o aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad o en todo caso, si lo solicita el demandado, el juez podrá resolver el contrato. Esta fórmula establece un mecanismo diferente al del Código Civil italiano (art. 1467) que primero adopta el remedio de la resolución contractual por parte del juez y como alternativa posterior la adecuación o modificación del contrato, a solicitud del demandado, atendiendo al criterio de equidad. Estamos de acuerdo con la fórmula adoptada por el legislador peruano, con algunas precisiones que indicaremos más adelante.

7. En atención a la realidad pasada y a la vigente (inclusive en estos momentos están suspendidas las funciones del Poder Judicial), así como para facilitar el retorno de los contratos a la equidad, consideramos que se debe regular, en primer término, la figura de la renegociación del contrato de manera extrajudicial, para que las partes, en virtud de su autonomía privada, puedan adecuar el acuerdo a una ecuación que alcance la equidad y restablezca el equilibrio contractual, entendiendo al contrato como una operación económica. Tal conclusión obedece a la referencia del Proyecto UNIDROIT que establece: *“En caso de ‘excesiva onerosidad’ (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato⁸⁹. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa”*.

8. De no llegarse a un acuerdo en la renegociación extrajudicial una de las partes podrá acudir al órgano judicial o arbitral para solicitar la adecuación del contrato por parte del juez, o, alternativamente, la resolución del mismo.

9. La actual situación, trágica para la humanidad, exige de parte del derecho que, éste, en su calidad de regulador de conductas sociales, tenga respuestas adecuadas frente al reto planteado. Considero que no son viables las propuestas que optan por la extirpación del código de figuras como la excesiva onerosidad de la prestación. Más que nunca, ahora, el derecho debe irradiar su arista solidarística.

89.- Se refiere a la renegociación extrajudicial.



ELIMINANDO BARRERAS BUROCRÁTICAS. ALGUNOS COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS EN MATERIA DE BARRERAS BUROCRÁTICAS.

Juan Chang Tokushima¹
Alonso Salazar Zimmermann^{2,3}

Van a cumplirse 30 años de la creación de la regulación en materia de barreras burocráticas en el Perú y mucho ha cambiado en el camino. Hoy podemos decir que los órganos de eliminación de barreras burocráticas son, quizá, de los más importantes en Indecopi, pero para llegar a ese se tuvo que correr un largo tramo de transformaciones normativas.

Desde la tímida introducción a la materia a través de la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley 26116, en diciembre de 1992⁴ pasando por el famoso artículo 26 BIS introducido por el Decreto Legislativo 807 en 1996, hasta la promulgación de la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas con el Decreto Legislativo 1256 (en adelante, la "Ley de Barreras") a finales de 2016 que, finalmente, le dio verdaderos "dientes" a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la "Comisión" o "CEB"), con la posibilidad de inaplicar barreras burocráticas ilegales con efectos generales.

Hoy, la Comisión y la Sala Especializada en Barreras

Burocráticas (en adelante, la "Sala" o "SEL") gozan de facultades que les dan amplitud para tomar decisiones que impactan directamente sobre los agentes económicos y la sociedad en general. Su impacto no debe ser subestimado,⁵ y es quizá por eso que resulta tan importante prestar atención a sus decisiones y verificar que estas mantengan argumentaciones técnicas y económicas.

Y es que, las decisiones que toman estos órganos repercuten directamente sobre la sociedad, a veces de maneras más positivas que otras; a veces abren puertas pero, en otros casos, parece que las intentaran cerrar. Comentarlas y discutir las sirve tanto para reconocer decisiones acertadas, como para ver qué cosas pueden mejorarse. Porque, así como lo bueno tiene un impacto directo sobre la sociedad, los desaciertos le restan el verdadero impacto que los casos de eliminación de barreras deberían tener. Queremos ahora revisar algunas decisiones del Indecopi que nos resultan interesantes, así como dar algunos "tips" a nuestro lector.

1.- Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Economía, Regulación y Competencia de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona. Socio de Baxel Consultores. Correo electrónico: jchang@baxel.pe

2.- Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Baxel Consultores. Correo electrónico: asalazar@baxel.pe

3.- Los autores agradecen el apoyo brindado por Isabo Hospinal Alcántara y Juan Carlos Astuhumán Valverde en la preparación de este artículo.

4.- Disposiciones complementarias de la norma. "**TERCERA**.- La Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado a que se refiere el inciso g) del artículo 18 del Decreto Ley N° 25868, que forma parte del INDECOPI, tiene por objeto supervisar que no se impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso o salida de las empresas de la actividad económica, velando por el cumplimiento de las disposiciones sobre simplificación administrativa contenidas en el Título IV del Decreto Legislativo N° 757 - Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, así como el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Decreto Ley."

5.- Según cálculos de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, solo en 2018 se habría logrado un ahorro de S/ 104 millones de soles, a través de la eliminación -voluntaria y a través de procedimientos- de barreras burocráticas. Para mayor detalle ver el documento "El impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú, 2018" disponible en el siguiente enlace:

https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/3026558/20190523_Observatorio_Nacional_+Barreras_2018.pdf/d4368eae-de87-fd78-ece3-a0f0aafe756c (visitado por última vez el 27 de mayo de 2020).

A. Primero lo primero: ¿qué es una barrera burocrática (y qué no)?

Quizá el mejor punto de partida para esta discusión sea lo más básico. Porque, aunque no lo parezca, sí es importante cuestionarnos qué es lo que efectivamente puede ser denunciado como barrera burocrática.

Durante años estuvo claro que las barreras burocráticas podían ser denunciadas tanto en concreto como en abstracto: era posible denunciar barreras efectivamente impuestas a los agentes económicos (en concreto), así como aquellas que no, pero que con su sola existencia en una norma de carácter general o disposición administrativa, se configura una barrera burocrática que puede afectar a cualquier agente (en abstracto).⁶ De más está decir, que esta habilitación se condice con la facultad de la CEB y la SEL de declarar la existencia de barreras burocráticas ilegales e irrazonables de oficio.

Esta distinción es importante no solo por lo que la clasificación de barreras en concreto y en abstracto significaba para el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, sino porque facultaba a los agentes a denunciarlas antes de tener que sufrir las consecuencias de su imposición.

▪ Barreras “actuales”

Aunque el criterio permanece vigente hasta el día de hoy, la Comisión ha emitido diversas resoluciones que, sin dejar atrás este criterio, lo ha contradicho de una manera que, en nuestra opinión, no es consistente. De un tiempo a esta parte, la CEB introdujo al examen de admisibilidad o procedencia el criterio de la “barrera actual”.⁷

“12. En efecto, se debe considerar que la finalidad del procedimiento de identificación de barreras burocráticas es determinar la eliminación o inaplicación de las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros cuando estos sean ilegales y/o carentes de razonabilidad, facilitando el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, así como la tramitación de procedimientos

administrativos.

13. En esa línea, los administrados denunciantes deben acreditar la imposición actual de la exigencia, requisito, prohibición, limitación y/o cobro que cuestionan, que pueden estar materializados o contenidos en disposiciones administrativas, actos administrativos o actuaciones materiales.”

Bajo esta lectura, la inexistencia de una imposición actual de la barrera supone una causal de improcedencia por la ausencia de interés para obrar.⁸ Y aunque es esencial que la barrera denunciada se encuentre vigente al momento de la denuncia (cosa de lo que también hablaremos más adelante), este criterio no se utiliza exclusivamente como sustento de declaraciones de improcedencia cuando las supuestas barreras no están vigentes, sino también cuando estas no están materializadas en un acto administrativo, disposición administrativa o actuación material impuesta de manera concreta al denunciante al momento de interponer su denuncia. Es así como la CEB ha justificado algunas improcedencias de denuncias por que no versan sobre la imposición de barreras burocráticas en concreto.

Pero quizá lo más problemático no sea el criterio en sí mismo, sino que, a la par, la Comisión continúa reconociendo la existencia y posibilidad de denunciar barreras en abstracto.⁹ ¿Cómo se explica que se declare improcedentes denuncias porque no se observa la “imposición actual de la exigencia, requisito, prohibición, limitación y/o cobro que cuestionan, que pueden estar materializados o contenidos en disposiciones administrativas, actos administrativos o actuaciones materiales”,¹⁰ pero que a la vez reconozca la posibilidad de conocer denuncias en abstracto?

Con este -relativamente- nuevo criterio, la CEB ha ampliado la base para declarar improcedentes denuncias en abstracto que bien pueden contener barreras burocráticas ilegales y/o irrazonables.

Si se desea presentar una barrera en abstracto, nuestra recomendación será siempre que se adjunto, “como

6.- Resolución No. 1286-2008/TDC-INDECOPI.

“22. El cuestionamiento a barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: en concreto y en abstracto. Es en función de éstos que se determina la materia controvertida y con ello, si se configura o no el supuesto de sustracción de la materia en cada procedimiento iniciado por denuncia de parte ante la Comisión.

23. En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante.

24. En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública, decide previamente accionar contra ella ante la Comisión.”

7.- Resolución No. 39-2019/CEB-INDECOPI.

8.- Resolución No. 46-2020/CEB-INDECOPI.

“15. El artículo 427 del TUO del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente procedimiento, establece que las demandas (entiéndase denuncias) deberán declararse improcedentes cuando el demandante (entiéndase, denunciante) carezca evidentemente de interés para obrar, vale decir, de necesidad de tutela en esta vía administrativa, al no existir un acto administrativo, disposición administrativa o actuación a ser eliminado y/o inaplicado a su caso particular.

16. Por las razones expuestas, se concluye que la denunciante no ha acreditado la imposición de la exigencia cuestionada, motivo por el cual, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 427 del TUO Código Procesal Civil, corresponde declarar improcedente su denuncia.”

9.- Ver, por ejemplo, las Resoluciones No. 2-2019/CEB-INDECOPI, 53-2018/SEL-INDECOPI, 329-2018/SEL-INDECOPI.

10.- Numeral 13 de la Resolución No. 39-2019/CEB-INDECOPI.

prueba”, la imposición de la barrera, cuando ello sea posible.

B. ¿Cómo plantear pretensiones en barreras y no morir en el intento?

▪ La LPAG y la Ley de Barreras

Los casos de barreras, aunque parezca innecesario decirlo, son procedimientos administrativos y, como tales, están sujetos a lo dispuesto no solo en su propia Ley, sino también a lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, con TUO aprobado mediante Decreto Supremo No. 004-2019-JUS (en adelante, la “LPAG”).

Tal y como ha sostenido uno de los autores previamente¹¹, la LPAG, con las modificaciones introducidas mediante el Decreto Legislativo No. 1272 del 21 de diciembre de 2016, se ha convertido en una norma que ahora prevé condiciones mínimas que deben ser respetadas en cualquier procedimiento (sean reglamentos o incluso normas con rango de ley). En un procedimiento no pueden establecerse condiciones que sean menos favorables para el administrado que aquellas contenidas en la referida ley.¹²

La LPAG, que reconoce principios tales como el de impulso de oficio, razonabilidad e informalismo, contrasta con la de Barreras. Y es que, si uno lee con detenimiento el Capítulo III de la Ley de Barreras, titulado “Reglas Generales del Procedimiento”, puede inmediatamente percibir que la regulación allí tiende más hacia las reglas estrictas de un proceso civil (de hecho, hasta se hace remisión al referido código), que a las de un procedimiento administrativo.

▪ ¿Improcedencia por indebida acumulación de pretensiones?

Ahora, aunque parezca contraintuitivo, la LPAG impide la acumulación de pretensiones en ciertos supuestos específicos:

“Artículo 127.- Acumulación de solicitudes
[...]

127.2 Pueden acumularse en un solo escrito más de una petición siempre que se trate de asuntos conexos que

permitan tramitarse y resolverse conjuntamente, *pero no planteamientos subsidiarios o alternativos, salvo lo establecido en el numeral 217.4 del artículo 217.*

127.3 Si a criterio de la autoridad administrativa no existiera conexión o existiera incompatibilidad entre las peticiones planteadas en un escrito, se les emplazará para que presente peticiones por separado, *bajo apercebimiento de proceder de oficio a sustanciarlas individualmente si fueren separables, o en su defecto disponer el abandono del procedimiento*” [énfasis agregado].

Sin embargo, la Ley de Barreras no establece una prohibición similar. Por lo tanto, bajo el principio de protección mínima, lo que debería primar, en este caso, sería la posibilidad de acumular pretensiones (siempre que se presenten ciertos requisitos mínimos, como el de conexidad).¹³ En nuestra opinión, la LPAG no puede aplicarse de manera supletoria para restringir derechos.

Ahora bien, en nuestra experiencia, no han sido pocas las veces en que, en primera instancia, al evaluar la procedencia de una denuncia, la Autoridad ha requerido que el administrado denunciante “elijan” cuál de las pretensiones acumuladas sería materia de trámite. Esto se ha producido, por ejemplo, en un caso en el cual se planteó una pretensión principal en contra de la entidad que emitió un reglamento ilegal. Y, en esa misma denuncia, se planteó una subordinada en contra de un ente administrativo distinto que, aplicando dicho reglamento, impuso un pago ilegal.

La posición de los órganos de primera instancia fue que, en la medida que las pretensiones fueron planteadas en contra de entidades distintas, entonces no existía conexidad. Lo curioso es que el cuestionamiento a la acumulación no se produjo debido a la existencia de una pretensión subordinada, pese a que se citó el Artículo 127.2 de la LPAG.¹⁴

Sin embargo, en otros casos, el Indecopi no solo declaró improcedentes a pretensiones que eran manifiestamente subordinadas (cuestión que, bajo la literalidad del Artículo 127.2 de la LPAG, no sería posible), sino que consideró que, bajo los principios de la LPAG, era su obligación emitir pronunciamiento sobre las mismas, siempre y cuando no existiera contradicción en su fallo.

11.- CHANG, J. y DRAGO, M. “La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Ius Et Veritas No. 56, Lima, Julio del 2018, Pág. 16 y siguientes.

12.- Conforme al Artículo II del Título Preliminar de la LPAG: “Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley”. Esto queda bastante claro, además, por lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1272 que, al pronunciarse sobre el referido Artículo II, precisa lo siguiente: “Cabe anotar que con las modificaciones efectuadas en lo referido al ámbito de aplicación de la LPAG se busca, tomando en cuenta las experiencias vividas en nuestro país en los últimos años, disponer que esta norma contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. Asimismo, se tiene como finalidad que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no impongan condiciones menos favorables a los administrados que aquellos regulados en la LPAG.” Ver punto I.1.2. de la Exposición de Motivos, disponible en:

http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposicion_de_motivos_dl_1272.pdf (visitado por última vez el 23 de mayo de 2020).

13.- El Código Procesal Civil, al que la Ley de Barreras llega a remitirse, establece un criterio bastante lato en cuanto a la conexidad: “Artículo 84.- Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.”

14.- Esta situación se produjo, por ejemplo, dentro de la tramitación del Expediente No. 000162-2017/CEB.

Por ejemplo, tenemos el caso de barreras iniciado por Torres Unidas del Perú S.R.L. en contra de la Municipalidad Distrital de San Sebastián. En la Resolución No. 0020-2017/SDC, de fecha 12 de enero de 2017, la Sala dio cuenta de lo siguiente: “27. Como se puede apreciar, *tratándose de pretensiones alternativas y/o accesorias, la autoridad emite una decisión respecto de ambas, puesto que dichos pronunciamientos pueden convivir sin que exista una contradicción en el fallo. A diferencia de ello, una pretensión subordinada no puede convivir con la principal. Por ello, la autoridad solo se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento sobre la pretensión subordinada cuando la principal haya sido desestimada.* [...]”

31. Por tanto, a efectos de analizar el presente procedimiento, *en virtud de los principios de impulso de oficio y verdad material*, y conforme ha sido expuesto en los numerales precedentes, se observa que la denunciante formuló una pretensión principal y una subordinada, como se aprecia a continuación:

[...]32. En atención a ello, a continuación, *la Sala procederá a evaluar la pretensión principal; y, únicamente analizará la pretensión subordinada en caso la principal sea desestimada*” [énfasis agregado].

De lo anterior, podemos concluir que, para el Indecopi, la conexidad¹⁵ requerida para la acumulación de pretensiones, solo se podrá producir cuando los denunciados hayan participado en, exactamente, el mismo “acto” denunciado. Si son “actos” distintos de sujetos distintos, por más que exista conexidad y ausencia de riesgo de fallos contradictorios, no será posible la acumulación.

▪ ¿Cómo plantear pretensiones y no morir en el intento?

Por la naturaleza especial de un procedimiento de barreras, consideramos que la acumulación de pretensiones dirigidas en contra de diversas entidades administrativas debería ser una situación permitida (cuando exista una conexidad lógica entre las mismas y ausencia de posibilidad de fallos contradictorios). Esto, bajo los principios generales que han sido aplicados sin inconveniente alguno por la Sala en su Resolución No. 20-2017/SDC.

Resultaría un contrasentido que la aplicación literal y a rajatabla de la prohibición contenida en el Artículo 127 de la LPAG (que reconoce menos derechos que el Artículo 27 de la Ley de Barreras) nos lleve a la situación en que se crea una “barrera” en el acceso al procedimiento administrativo de eliminación de barreras por la necesidad de tener que iniciar, bajo la literalidad del

Artículo 127, varios procedimientos de eliminación de barreras, sucesivos o paralelos, frente a la improcedencia por acumulación de pretensiones.

Ahora, la recomendación a nuestro lector siempre será aquella que reduzca las posibilidades de que una denuncia sea declarada improcedente. En este caso, la recomendación será que (i) la denuncia sea planteada en contra de un solo ente administrativo (pudiéndose acumular diversas pretensiones en contra de actos administrativos emitidos por dicho ente que califiquen como barreras); o, (ii) la denuncia sea planteada en contra de varios entes administrativos, sólo cuando todos ellos hayan participado de manera directa en la emisión del acto que es cuestionado como barrera burocrática (situación que no será común).

C. ¿Puede una medida correctiva constituir una barrera burocrática?

Así como los desaciertos, los aciertos también merecen comentario cuando causan un impacto positivo. Aquí queremos comentar uno que ha esclarecido un camino a veces un poco oscuro. La Ley de Barreras excluyó, expresa y correctamente, de la lista de barreras burocráticas la imposición de sanciones;¹⁶ no hacerlo habría abierto la puerta a discutir sanciones a través de una suerte de tercera instancia revisora.

Pero a veces el acto que contiene la sanción puede ser la prueba misma de que la entidad está imponiendo una barrera, y por eso, también correctamente, se precisó que estos actos pueden ser utilizados como prueba de la materialización de la barrera. La pregunta que surge naturalmente, entonces, es hasta dónde nos permite llegar esta habilitación. Las potestades sancionadoras están fuera de la competencia de la CEB y la SEL, ¿pero podemos ir más allá y cuestionar la imposición de medidas correctivas?

▪ Caso Soyuz, también conocido como “Indecopi vs. Indecopi”

La empresa de transporte Soyuz planteó esta discusión hace algunos años, en un caso reconocido por la decisión de la CEB que declaró barrera burocrática ilegal una medida correctiva impuesta por el propio Indecopi, a través de la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la “[Sala de Consumidor](#)”).

La Sala de Consumidor le prohibió a Soyuz embarcar pasajeros en paraderos no autorizados. Al no existir en ese momento regulación que estableciera que los

15.- Sobre este punto, el Artículo 84 del Código Procesal Civil, establece que existe conexidad (que habilita la acumulación objetiva), cuando “Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.”. Nótese que el estándar resulta bastante “lato”.
16.- Artículo 3, numeral 3, inciso j).

paraderos de ruta debieran encontrarse autorizados, la empresa consideró que la medida correctiva imponía restricciones que no tenían sustento legal y que la Sala de Consumidor se irrogó facultades atribuidas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La CEB concordó con este argumento y declaró fundada la denuncia.¹⁷

En segunda instancia, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la “Sala de Competencia”) declaró la nulidad de esta resolución e improcedente la denuncia luego de analizar si la medida correctiva podía constituir realmente una barrera burocrática.¹⁸ En síntesis, determinó lo siguiente:

i) En el caso de procedimientos en materia de protección al consumidor, las medidas correctivas encuentran su fundamento en un actuar antijurídico por parte de los administrados, el cual es siempre determinado en el marco de un procedimiento sancionador. En ese sentido, a criterio de la Sala de Competencia, las medidas correctivas impuestas específicamente en procedimientos de esta naturaleza se vinculan con la potestad sancionadora de la entidad que las impone, lo cual se encuentra fuera de las competencias de los órganos resolutivos en materia de eliminación de barreras burocráticas.¹⁹

ii) La decisión adoptada por la Sala de Consumidor no constituye más que un mandato a la empresa de transporte para que esta no continúe cometiendo la infracción que dicha Sala determinó y sancionó (poner en riesgo la seguridad de los pasajeros). En ese sentido, la denuncia de Soyuz habría buscado cuestionar el fondo de la decisión de esta Sala y no la naturaleza de la medida correctiva como supuesta barrera burocrática ilegal.²⁰

Es importante notar que la Sala de Competencia no negó la posibilidad de que se cuestione una medida correctiva vía procedimiento de eliminación de barreras burocráticas; solo precisó que una denuncia de esta naturaleza se encuentra sujeta al mismo análisis y escrutinio de procedencia que cualquier otra denuncia que se interponga contra una barrera burocrática. En ese sentido, si con una denuncia de este tipo lo que se pretende es cuestionar las facultades sancionadoras de una entidad, la denuncia deberá de ser declarada improcedente.

▪ ¿Y si la medida correctiva no es complementaria a la sanción?

A pesar de lo esclarecedora, esta decisión aún dejó una

duda relevante: ¿qué pasaría en aquellos casos en los que las medidas correctivas no fueran una medida complementaria a la sanción? ¿Todavía serían consideradas un acto denunciante? Aunque lo discutido nos permitiera especular que sí, la argumentación aún dejaba espacio para la duda; duda que pareciera haber sido resuelta en 2018.

Mediante Resolución No. 403-2018/CEB-INDECOPI, la Comisión admitió a trámite la denuncia interpuesta por Telefónica del Perú contra exigencias impuestas por el Osiptel a través de medidas correctivas. A criterio de la denunciante, las exigencias eran ilegales por carecer de sustento legal, al no hallarse tipificadas en una norma de rango legal las medidas cuestionadas.

Aunque la CEB puede declarar improcedente la denuncia en cualquier etapa del procedimiento, y aunque efectivamente lo hizo después (por otras razones, pues las medidas no se habrían encontrado vigentes al momento de la denuncia), creemos que esta decisión es un reconocimiento que esclareció la línea de la Resolución No. 388-2016 ya comentada. Las medidas correctivas pueden constituir barreras burocráticas. Y aunque queda por ver si este criterio es modificado en el futuro, creemos que la CEB ya ha dado suficientes luces de por dónde transcurre su razonamiento en este aspecto.

D. Si Perú fue al Mundial... ¿me darán una cautelar?

Son tres los requisitos que deben verificarse para otorgar una medida cautelar:²¹ i) la barrera que se pretende inaplicar; ii) la verosimilitud del carácter ilegal o de la carencia de razonabilidad de la barrera; y, iii) el peligro en la demora.

Aunque estos requisitos no introducen criterios novedosos al análisis de si corresponde o no conceder una medida cautelar, lo cierto es que estas son bastante escasas en las decisiones de la Comisión y la Sala.²² Motivos pueden existir muchos, y entre ellos quizá alguno relacionado con el estándar legal para considerar cumplidos los requisitos.

▪ ¿Qué dice actualmente la SEL?

Si revisamos criterios actuales de la Sala de Barreras no

17.- Resolución No. 147-2015/CEB-INDECOPI.

18.- Resolución No. 388-2016/SDC-INDECOPI. En particular, ver argumentos 29 y siguientes.

19.- Argumento 38

20.- Argumentos 43 y 44.

21.- Ley de Barreras.

Artículo 24.- Requisitos para dictar medidas cautelares

Para dictar una medida cautelar, la Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, debe verificar la existencia concurrente de:

1. La barrera burocrática que se pretende inaplicar.

2. La verosimilitud del carácter ilegal o de la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

3. La posibilidad de que por el transcurso del tiempo entre la interposición de la denuncia y la resolución que ponga fin al procedimiento, en primera o segunda instancia, se cause un daño que se torne en irreparable para el denunciante.”

22.- Ver, por ejemplo, la Resolución 119-2019/INDECOPI-SAM, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de San Martín.

vamos a encontrar mayor sorpresa. Los principales requisitos - verosimilitud y peligro en la demora - son criterios de amplio desarrollo en general en el derecho y no existe nada nuevo que descubrir.

Para la SEL, *“La verosimilitud supone que la autoridad administrativa, luego de una evaluación preliminar de la controversia sujeta a su conocimiento, llega a la conclusión de que existe una **probabilidad relativamente alta de que la exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga la entidad denunciada pueda ser ilegal o ser carente de razonabilidad.** Esta percepción no equivale a tener certeza respecto de la materia cuestionada, pues de ser ese el caso, el juzgador estaría en aptitud de resolver de manera definitiva el procedimiento. La verosimilitud, simplemente “(e)stá circunscrita al terreno de lo probable y no de lo verdadero.”*²³

Por su parte, el peligro en la demora supone que el paso del tiempo sin intervención por parte de la administración torne irreparable el daño. Cabe tener presente que *“Esta condición no está sustentada únicamente en la posibilidad de que actos de la contraparte impidan el cumplimiento de lo pretendido por el denunciante, sino también en que el transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial.”*²⁴

▪ Un estándar casi imposible de alcanzar

Como dijimos, diversas pueden ser las razones que explican la escasez de decisiones cautelares en materia de barreras burocráticas -más allá de que se trata de mandatos excepcionales-, y creemos que un ejemplo de esto puede ser hallado en la Resolución 323-2018/CEB-INDECOPI que, entre otros, resolvió una solicitud de medida cautelar del BBVA Banco Continental.

En particular, nos interesa revisar el criterio aplicado al análisis de verosimilitud en el derecho, puesto que, en nuestra opinión, resulta curiosamente contradictorio. La CEB concluyó que, a su criterio, se requiere *“(i) desarrollar por qué la medida contiene un manifiesto grado de ilegalidad y/o carencia de razonabilidad o, en su defecto, (ii) que los solicitantes invoquen que este colegiado o su segunda instancia han emitido pronunciamientos finales en los que se declare ilegal y/o carente de razonabilidad una barrera burocrática similar a la cuestionada.”*²⁵

Aquí observamos que existe un distanciamiento entre lo

señalado por la SEL -y hasta por la Sala de Competencia antes de su creación- respecto de una “probabilidad relativamente alta” de que la barrera sea declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, y lo resuelto por la Comisión, que virtualmente elevó el estándar a un escenario de certeza casi total al referirse a la “manifiesta ilegalidad” de la barrera.

Como medidas de carácter excepcional que son, las cautelares deben ser otorgadas en casos en los que son realmente necesarias a fin de evitar un daño irreparable para el agente. Pero, así como se debe velar por que estas cargas no se vuelvan el pan de cada día, la exigencia probatoria tampoco puede emplearse de tal manera que hagan de su obtención una suerte de milagro.

Nota aparte merece el hecho de que encontrar antecedentes públicos resulta bastante complicado debido a que no todas las decisiones son publicadas por el Indecopi. Entre las que menos se publican, encontramos a las resoluciones de procedencia o admisión a trámite que, a diferencia de las resoluciones finales -que son publicadas casi en su totalidad-, son quizá las que más pedidos cautelares resuelven. Sin embargo, en nuestra experiencia como litigantes, nos ha resultado sumamente raro encontrar una cautelar dictada por el Indecopi.

En nuestra opinión, sería importante que el Indecopi publique también aquellas decisiones que, sin ser finales de las instancias, decretan criterios que, definitivamente, son de interés general de los administrados.

E. Barreras Reloaded: o de cómo se está “matando” la devolución del pago ilegal

▪ ¿Qué dice la Ley de Barreras?

La Ley de Barreras otorga expresas facultades al Indecopi para ordenar la devolución de montos que hubieran sido ilegalmente recabados por las entidades administrativas.²⁶

La razón de ser de esta disposición es bastante evidente. Muchas veces, el administrado puede verse entre “la espada y la pared”, compelido por la entidad administrativa que le impone la barrera a efectuar el pago ilegal, frente a amenazas de sanciones, paralización de obras, etc.

23.- Resolución No. 36-2018/SEL-INDECOPI. El extracto contiene una cita del siguiente texto: SIMON PADRÓS, Ramiro. “La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa”. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 61.

24.- Resolución No. 36-2018/SEL-INDECOPI, argumento 18.

25.- Resolución No. 323-2018/CEB-INDECOPI, argumento 33.

26.- “Artículo 43.- Medidas correctivas

La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar y/o conceder las siguientes medidas correctivas:

1. Que las entidades devuelvan los derechos de trámite cobrados cuando estos derechos hayan sido declarados como barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad en el caso concreto de un denunciante.”

▪ Entonces, ¿cuál es el problema?

Pues que el Indecopi viene declarando la sustracción de la materia en aquellos casos en los cuales, durante la tramitación del procedimiento, la barrera denunciada ha sido “dejada sin efecto” por la entidad administrativa (ojo que esto no implica, necesariamente, que la entidad haya devuelto los pagos ilegales). Esto, sobre la base de lo previsto en el Artículo 29 de la Ley de Barreras.²⁷

Así, pues, la Sala ha interpretado lo siguiente: “18. [...] la Comisión no declaró que las tasas denunciadas son barreras burocráticas ilegales; sino que concluyó el procedimiento por haberse producido la sustracción de la materia por lo que no era jurídicamente posible que dicho órgano resolutorio ordene su devolución.

19. En ese sentido, la Resolución 0102-2018/CEB-INDECOPI no contiene un vicio de congruencia, ya que la primera instancia sí valoró su solicitud y la desestimó, dado que, concluyó el procedimiento al haber declarado la sustracción de la materia.”²⁸

En este mismo sentido, la Comisión ha señalado: “15. La sustracción de la materia en los procedimientos que se tramitan ante la Comisión, se produce cuando en su transcurso, sin que se haya emitido pronunciamiento definitivo, se eliminan (derogan o modifican) las barreras burocráticas cuestionadas, ocasionando que carezca de objeto que se emita un pronunciamiento sobre su legalidad y/o razonabilidad.”²⁹

Discrepamos de esta interpretación. El hecho de que la norma que impuso la barrera sea “derogada” durante la tramitación del procedimiento ante el Indecopi, no implica necesariamente que deje de producir efectos en los denunciados (cuando ya sufrieron el detrimento al realizar el pago ilegal). La barrera en concreto puede seguir existiendo, en los hechos, más allá de la derogación de la disposición que la imponía.

Por ello, nuestra lectura del Artículo 29.3 discrepa de la interpretación del Indecopi. Para nosotros, la sustracción de la materia solo cabe en aquellos casos en los cuales la barrera denunciada haya dejado de producir efectos reales en el denunciante. Es por eso que el artículo 29.2, “c”, ha sido redactado utilizando la famosa fórmula “y/o”: “derogación y/o modificación de la barrera burocrática cuestionada denunciada y/o la inaplicación de la misma al denunciante”

El incentivo que se genera con una interpretación como la que viene aplicando el Indecopi, es que las entidades “perviertan” el sistema antibarreras y salgan impunes. Bastará que creen un pago ilegal, castiguen a los administrados con su pago para, una vez recibido el pago y denunciadas ante el Indecopi, procedan a su derogación. En estos casos, el Indecopi, incluso, declararía sustracción de la materia pese a la infracción sancionable cometida por el ente administrativo. Lamentablemente, y hasta que la interpretación varíe, este es un riesgo que el administrado tendrá que valorar ante la decisión de si pagar o no pagar la barrera ilegal o irracional.

▪ De cómo imponer barreras burocráticas y evitar su declaración como tal.

De manera similar a los casos comentados, una reciente decisión ha validado una forma a través de la cual se podrían imponer barreras burocráticas y evitar que estas sean declaradas como tales.

La Sala emitió a inicios de este año la Resolución No. 616-2019/SEL-INDECOPI, mediante la cual declaró la sustracción de la materia de la denuncia planteada por América Móvil (en adelante, “Claro”) contra el Reniec.

Claro denunció que el Reniec estaría imponiendo una barrera burocrática ilegal a través del cobro de una tasa escalonada por brindar el servicio de verificación biométrica de identidad (en adelante, “SVB”). Según la denunciante, los costos del SVB no reflejarían el costo real de brindar el servicio, conforme lo requiere la LPAG, y planteó la denuncia contra el entonces vigente TUPA del Reniec.

Durante el procedimiento, el TUPA del Reniec fue sustituido por uno nuevo que actualizó diversos aspectos, requisitos y costos. Previendo un escenario como este, Claro precisó que su denuncia abarcaba tanto al TUPA denunciado como al que eventualmente lo sustituyera, en caso el procedimiento no culminara antes de que ello suceda.

Dicho y hecho, durante la tramitación del procedimiento se aprobó un nuevo TUPA, quedando de lado el que estaba siendo discutido en el procedimiento. Sin embargo, lejos de motivar un análisis de los nuevos costos del procedimiento, la Sala se apoyó sobre este hecho para declarar la sustracción de la materia:

27.-“29.2. En sus descargos, la entidad debe:

[...]

c. Comunicar sobre la derogación y/o modificación de la barrera burocrática cuestionada denunciada y/o la inaplicación de la misma al denunciante en caso la barrera burocrática se encuentre materializada en un acto administrativo o actuación material. Esta obligación se mantiene a lo largo de la tramitación del procedimiento. La entidad debe presentar los documentos que acrediten sus afirmaciones.

29.3. Cuando se presente el supuesto del literal c., la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la sustracción de la materia controvertida, disponiendo el archivo del expediente, incluso si se trata de un procedimiento sancionador” [énfasis agregado].

28.- Resolución No. 284-2019/SEL-INDECOPI del 19 de julio de 2019.


29.- Resolución No. 157-2018/CEB-INDECOPI del 27 de marzo de 2018.

“61. Según la denunciante esta Sala debería analizar si existen irregularidades en los nuevos derechos de tramitación, pues las referidas tasas presentan las mismas inconsistencias que las cuestionadas originalmente (aprobados por el TUPA de 2013). No obstante, dicho razonamiento implicaría evaluar una medida distinta a la inicialmente denunciada, que no fue analizada por la Comisión y por la cual el Reniec no presentó argumentos de defensa. Ello, evidentemente vulneraría el derecho de defensa de la referida entidad, por lo que corresponde desestimar lo alegado por la denunciante en dicho extremo.”

Creemos que esta decisión comete un profundo error. No solo porque entre la publicación del nuevo TUPA y la emisión de la Resolución No. 616-2019 transcurrieron más de dos años, tiempo más que suficiente para que las partes puedan discutir sobre los nuevos costos y defenderse plenamente -como efectivamente sucedió durante el procedimiento-; sino porque se genera, nuevamente, un incentivo perverso para que las entidades impongan barreras, se beneficien de estas y, previo a la emisión de una decisión final en esta vía, las modifiquen, siquiera ligeramente, y aleguen que ha operado la sustracción de la materia.

EPÍLOGO

Ciertamente, la labor que realiza el Indecopi en la eliminación de barreras burocráticas es una de suma importancia. Tanto la Comisión como la Sala han resuelto casos que han significado millones de soles en ahorros para los administrados. Sin embargo, consideramos que dicha labor no solo debe continuar, sino que existen varios puntos que requieren ser revisados para dotar a este mecanismo de un mayor impacto social. En este artículo solo hemos abordado algunos de ellos, y hemos dado algunos “tips” a nuestros lectores para que entiendan mejor esta área del derecho y sus particularidades.



DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ORIENTACIONES Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Fernando Valverde Caman*

1. Introducción

El COVID-19 llegó a todos los países del mundo con un efecto devastador en nuestras vidas, el cual obligo a que los gobiernos tomarán medidas inmediatas con la finalidad de mitigar la propagación del contagio hacia la población, entre las medidas dictadas se decretaron estados de emergencia, estados de alarma, restringiéndose derechos y las libertades fundamentales de las personas, el aislamiento social, el cierre de fronteras y la suspensión de las actividades económicas y educativas, entre otras. Al respecto, los órganos de los sistemas de protección de derechos humanos han emitido diversos pronunciamientos recomendando a los Estados las obligaciones que deben tener presente en la salvaguarda de los derechos humanos de todas las personas en el contexto de la pandemia que viene afrontándose actualmente.

Es Abogado, Magister y Doctor en Derecho. Siguió estudios de especialización en Derechos Humanos en el Instituto Interamericano en Centroamérica, el Instituto Raoul Wallenberg en Suecia y en el Washington College of Law, American University en convenio con la USMP. Laboró en las Naciones Unidas en misiones internacionales de paz en países en conflictos armados. A nivel nacional se desempeñó como Asesor Jurídico en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y como Agente del Estado peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue Comisionado en la Defensoría del Pueblo. Actualmente es director del Centro de Derechos Humanos y Justicia Internacional y docente de la Facultad de Derecho de la UPC.

2. Sistema universal de protección de derechos humanos

En el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos se han dictado diversas declaraciones, resoluciones y orientaciones para los Estados, entre ellas está la declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultura (Comité DESC) el cual expresa lo siguiente: “La pandemia de COVID-19 amenaza con desbordar los sistemas públicos de atención sanitaria y está teniendo efectos devastadores en todo el mundo y en todas las esferas de la vida, como la economía, la seguridad social, la educación y la producción de alimentos. Han fallecido ya decenas de miles de personas, entre ellas el personal médico y de enfermería que están encargándose del tratamiento médico en primera línea”¹

Destaca la declaración además que, “la pandemia tiene efectos profundamente negativos en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y especialmente en el derecho a la salud de los grupos más vulnerables de la sociedad. Como se explica más adelante, los Estados parte tienen la obligación de adoptar medidas para evitar esos efectos o, al menos, mitigarlos. No obstante, si los Estados no actúan dentro del marco de los derechos humanos, existe un riesgo evidente de que las medidas adoptadas vulneren los derechos económicos, sociales y culturales y aumente el sufrimiento de los grupos más marginados”.²

Por consiguiente, el Comité de los DESC ha recomendado a los Estados adoptar con carácter urgente medidas especiales, para proteger y mitigar los efectos de la pandemia de los grupos más vulnerables como son las personas mayores, las personas con discapacidad, los refugiados y las poblaciones afectadas por los conflictos, así como las comunidades y los grupos sometidos a discriminación y desventajas estructurales.

Por otro lado, destaca el informe presentado por la Relatora Especial de la ONU sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Agnes Callamard, quien ha establecido orientaciones que deben seguir los Estados en el uso de la fuerza por parte del personal (policial y del ejército) encargado de hacer cumplir la ley en tiempo de emergencia del COVID-19. Menciona además que los Estados de emergencia son excepcionales y su duración debe ser estrictamente limitada. El derecho a la vida es inderogable. Las medidas

de aplicación de la ley deben guiarse por los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, precaución y no discriminación. Estos son principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos que une a todos los Estados.³ Con relación a los grupos vulnerables señala, que los pobres, los trabajadores migrantes, las personas sin hogar, ya se ven afectados desproporcionadamente por el virus. No deben ser víctimas adicionales debido a las medidas de estado de emergencia. La policía debe tomar medidas cautelares apropiadas y acentuadas, y llevar a cabo una evaluación basada en el contexto de si el uso de la fuerza es necesario y proporcional. Cualquier acción contraria a lo señalado es ilegal y violatoria de las normas del derecho internacional.⁴

El Comité de los Derechos del Niño también emitió un pronunciamiento sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en los niños e hizo un llamado a los Estados para proteger los derechos de los menores.⁵ Entre las medidas dispuestas se resalta el de explorar soluciones alternativas y creativas para que los niños disfruten de sus derechos de descanso, recreación y de actividades culturales y artísticas y del cual se respeten los protocolos de distanciamiento físico y otras normas de higiene. Así como mantener la provisión de los servicios básicos para niños, incluyendo atención médica, agua, saneamiento y el registro de nacimientos.

El documento resalta además que, a pesar de la creciente presión sobre los sistemas de salud y la escasez de recursos, no se debe negar a los niños el acceso a la atención médica, incluidas los test y una posible vacuna futura cuyo tratamiento médico esté relacionado con el COVID-19, servicios de salud mental y tratamiento para infecciones preexistentes. Los niños también deben tener acceso a instalaciones de agua potable y saneamiento durante el período de emergencia, desastre o confinamiento.

Así mismo se advierte del informe que los servicios de registro de nacimientos no deben suspenderse. Se debe proteger, aún más a los niños, cuya vulnerabilidad se incrementa por las circunstancias excepcionales causadas por la pandemia. Esto incluye niños con discapacidades; niños que viven en la pobreza; niños en situaciones de la calle; niños migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados internos; niños de minorías e indígenas; niños con afecciones de salud subyacentes, incluido el VIH/SIDA; niños privados de

1.- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

2.- <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Executions/HumanRightsDispatch1.pdf>

3.- Mandato del Relator Especial sobre asesinatos extrajudiciales, sumarias o arbitrarios. Orientación sobre el uso de la fuerza por parte del personal encargado de hacer cumplir la ley en tiempo de emergencia COVID-19 <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Executions/Pages/HumanRightsDispatches.aspx>

4.- Ibid., p. 2.

5.- Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_S.pdf

libertad o internados en centros de detención policial, cárceles, centros de atención segura, centros o campos de detención de migrantes; y niños que viven en instituciones.

Los Estados deben respetar el derecho de todos los niños sin discriminación en las medidas que se dicten para abordar la pandemia de COVID-19, así como la disposición de medidas específicas para proteger a los niños en situaciones de vulnerabilidad.

El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité de CEDAW) emitió una Declaración a los Estados a favor de una acción conjunta en tiempos de la pandemia del COVID con el objeto de mitigar el impacto devastador de la pandemia y, más concretamente, en las mujeres y niñas.

El COVID-19 ha cobrado víctimas independientemente de su género, ubicación, etnicidad, religión, situación económica o de cualquier otro estatus. Sin embargo, debido a las desigualdades iniciales en nuestras sociedades, las consecuencias de la actual crisis han tenido un impacto desproporcionado y más grave en las mujeres, que han sufrido formas de discriminación múltiples y agravadas en la primera línea de la respuesta, en sus hogares, como parte del personal sanitario y en varios sectores de producción.⁶

Según las noticias que se han publicado en los medios de comunicación, los casos de discriminación contra las mujeres y niñas, así como los casos de violencia doméstica y violencia de género, han aumentado como consecuencia de las tensiones domésticas durante el confinamiento, en muchas ocasiones en condiciones deficientes de vivienda, la presión de acompañar a los hijos e hijas en sus tareas educativas en el hogar, y la pérdida de empleo por parte de las mujeres y los hombres.

El Comité solicita a los estados que intenten aprovechar este momento de desafío que enfrentamos y procuren adoptar estrategias transformadoras que se basen en el empoderamiento y liderazgo de la mujer, sobre todo en los campos de las tecnologías digitales y la inteligencia artificial. En última instancia, los estados deben salir de la crisis del COVID-19 más solidarios, respetando las normas de derechos humanos y promoviendo la gobernanza inclusiva, la justicia social y la paz.

3.- Sistema interamericano de protección de derechos humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió la Resolución No. 01/20 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas". Por el cual dio a conocer una serie de recomendaciones que los Estados deberán adoptar con la finalidad de contener el virus teniendo como eje central la protección de los derechos humanos. Resalta el informe que "Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus que causa el COVID-19. La pandemia La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió la Resolución No. 01/20 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas". Por el cual dio a conocer una serie de recomendaciones que los Estados deberán adoptar con la finalidad de contener el virus teniendo como eje central la protección de los derechos humanos. Resalta el informe que "Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus que causa el COVID-19. La pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad".⁷

En el informe se menciona que en el momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas.

Así mismo señala que los Estados deben adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los

6.- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>

7.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia. Tales medidas deberán de ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica, en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), así como con las recomendaciones emitidas por la OMS y la OPS, en lo que fueran aplicables.

Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó la Resolución No. 04/20 "Derechos Humanos de las personas con COVID-19"⁸. Por el cual estableció "Directrices interamericanas sobre los derechos humanos de las personas con COVID-19". La CIDH señala que, desde el inicio de la emergencia sanitaria global, los esfuerzos en las Américas para detener el virus y su enfermedad se han visto negativamente afectados por el contexto propio del continente, anterior a la pandemia, el cual incluye la discriminación, la pobreza, la desigualdad, la debilidad estructural de los sistemas públicos de salud y, muchas veces, la falta de estabilidad política e institucional. Como resultado, las poblaciones de los países de las Américas han sido y continúan siendo, extremadamente afectadas por la pandemia global.

Destaca en la resolución considerandos relevantes con relación a la protección de los derechos humanos indicando que los amplios grupos sociales con COVID-19, en especial aquellos en situación de vulnerabilidad, exigen una atención prioritaria en la defensa y protección de sus derechos. Las personas con COVID-19 corren un especial riesgo de no ver asegurados sus derechos humanos, en particular a la vida y a la salud, mediante la adecuada disposición de instalaciones, bienes y servicios sanitarios o médicos. Las denuncias sobre deficiencias en la atención y tratamiento médico prestados a las personas con COVID-19 incluyen malas condiciones de infraestructura, higiene, falta de profesionales con la adecuada capacitación y competencia, ausencia de insumos y materiales técnicos requeridos, y ausencia de información respecto del tratamiento médico a seguir, lo cual se ve agravado por la escasez de recursos.

Entre las directrices se menciona que los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía para asegurar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos de las personas con COVID-19, considerando bajo la integración de un enfoque Inter seccional y multidisciplinario, que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación, así como la indivisibilidad y la interdependencia de tales derechos en sus normas,

políticas y toma de decisiones, y dentro de todos los poderes públicos de los Estados.

Otra directriz se refiere con relación a la prevención, tratamiento integral, y cuidado de las personas con COVID-19 los Estados deben adoptar medidas inmediatas dirigidas a asegurar, sobre una base sostenida, igualitaria y asequible, la accesibilidad y el suministro de bienes de calidad, servicios e información. En cuanto a la accesibilidad y suministro de bienes, esto comprende pruebas de diagnóstico, acceso a medicamentos y fármacos aceptados, equipos y tecnologías disponibles, y en su caso vacunas, según la mejor evidencia científica existente para la atención preventiva, curativa, paliativa, de rehabilitación o cuidado de las personas con COVID-19.

Los Estados deben garantizar la provisión de tratamiento intensivo y prestaciones médicas de hospitalización para las personas con COVID-19 en situaciones de urgencia médica donde se encuentre en riesgo la vida si no se da el soporte vital requerido; en particular velando por que se dé un trato humanizado que tenga como centro la dignidad y la salud integral de la persona, así como la disponibilidad y accesibilidad de bienes esenciales y básicos para el tratamiento de urgencia y emergencia de esta enfermedad.

Entre las medidas que podrían adoptarse con tal fin se encuentran: el incremento de la capacidad de respuesta de las Unidades de Cuidado Intensivo, la disponibilidad, y en su caso, adquisición o producción de oxígeno medicinal, medicación relacionada o respiradores mecánicos, insumos de cuidados paliativos, disponibilidad de ambulancias, suficiente personal de salud capacitado, así como el incremento de camas y espacios adecuados para la hospitalización.

Destaca otra de las Directrices referida a la prioridad de la vida de las personas con COVID-19 en las políticas públicas, recursos y cooperación. El informe advierte como prioritario que los Estados realicen esfuerzos focalizados para identificar, asignar, movilizar y hacer uso del máximo de los recursos disponibles con el fin de garantizar los derechos de las personas con COVID-19. Ello incluye el diseño de planes presupuestarios y compromisos concretos, entre ellos la asignación de fondos y partidas específicas, así como el aumento sustantivo de presupuesto público, priorizando garantizar el derecho a la vida, a la salud y los programas sociales destinados a apoyar a las personas con COVID-19.

8.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió elaborar esta Resolución que establece las "Directrices interamericanas sobre los derechos humanos de las personas con COVID-19", elaborada por la Sala de Coordinación para Respuesta Oportuna e Integrada (SACROI-COVID19). <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/180.asp>

Así mismo señala que ante la limitación de recursos, los Estados deben emprender una búsqueda activa de los mismos para la formulación e implementación de las políticas públicas pertinentes para la atención de las personas con COVID-19. Los Estados con mayores niveles de desarrollo tienen una especial responsabilidad de asistencia a otros Estados con menores niveles de desarrollo para proteger los derechos humanos de las personas con COVID-19 en el marco de la pandemia.

Con relación a la protección de los DESCA de las personas con COVID-19 señala la directriz. Las personas con COVID-19 deben ser protegidas contra el despido injustificado, tanto en el ámbito público como en el privado, como garantía de la estabilidad laboral, lo que incluye medidas especiales dirigidas a proteger los derechos y condiciones derivadas de la misma. Del mismo modo, se recomienda que los Estados tomen medidas que incluyan permisos por enfermedad relacionados con padecimientos causados por COVID-19, compensaciones por ejercer funciones de cuidado, así como facilitar la participación activa en los sindicatos y agrupaciones de trabajadores y trabajadoras, entre otros aspectos.

Los Estados deben asegurar prioritariamente el suministro de agua y alimentos en cantidades adecuadas a las personas en situación de pobreza o pobreza extrema con COVID-19, especialmente las que no tengan acceso al agua, ni a la adquisición de víveres de primera necesidad. Asimismo, se recomienda prever la adecuación de espacios temporales dignos para el aislamiento o cuidado de las personas con COVID-19 que lo requieran, particularmente aquellas en situación de pobreza, viviendo en la calle o en asentamientos informales o precarios. Entre otras medidas, también pueden implementar la suspensión de desalojos, de pagos de renta o hipotecas, o cualquier alivio para que las personas con COVID-19 puedan cumplir con las disposiciones sanitarias que correspondan.

También destaca la Directriz referida sobre el duelo y los derechos de familiares de las víctimas fallecidas por COVID-19. Permitiendo que las personas familiares puedan conocer de manera cierta acerca del destino y paradero de sus seres queridos, cuando fallecen como resultado del COVID-19, es necesaria la adopción de procedimientos que permitan su identificación. Asimismo, se recomienda a los Estados que se abstengan de realizar la inhumación en fosas comunes generales y también que prohíba la incineración de los restos de las personas fallecidas por COVID-19 que no hayan sido identificados, o bien, destinar el uso de fosas específicas para casos sospechosos o confirmados de COVID-19, que posteriormente faciliten su identificación y localización.

Las personas familiares de las víctimas fallecidas durante la pandemia de la COVID-19 deben poder tener un duelo y realizar sus ritos mortuorios, conforme a sus propias tradiciones y cosmovisión, el cual solo podría ser restringido atendiendo a las circunstancias específicas y recomendaciones de las autoridades de salud con base en la evidencia científica disponible, y a través de las medidas que resulten idóneas para proteger la vida, salud o integridad y sean las menos lesivas. Por ejemplo, un horario reducido y un menor número de personas en los entierros con la finalidad de asegurar un adecuado distanciamiento físico. Asimismo, se debe evitar incurrir en demoras injustificadas o irrazonables en la entrega de los restos mortales.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Declaración, COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. En ella insta a los Estados adoptar medidas, dentro de la estrategia y esfuerzo para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal. Destaca que frente a los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. El multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia.

El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los

trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario¹⁰ para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle.

4. Reflexiones finales

Los distintos pronunciamientos efectuados en el ámbito del sistema universal y del sistema interamericano de protección de derechos humanos a través de declaraciones, resoluciones, directrices y orientaciones han venido dándose dentro del contexto de la pandemia. Y donde los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con COVID-19.

Así mismo se desprende que la mayoría de los pronunciamientos destaca la importancia de la “cooperación internacional para enfrentar el COVID-19”, que garantice el disfrute de los derechos humanos y la colaboración entre los países en las investigaciones científicas conjuntas que coadyuve a encontrar solución que reduzcan el impacto de la crisis que están viviendo los Estados.

Las secuelas de la pandemia en el mundo son devastadoras no solo por las vidas humanas afectadas sino por las consecuencias económicas, sociales y culturales de la población y del cual no será fácil para los Estados lograr una recuperación inmediata. Aunado a esto cada país viene afrontando diversos problemas subyacentes propios de cada realidad en lo económico, social, de violencia estructural y discriminación de diversa índole.

El Estado peruano se encuentra en el epicentro en América Latina como uno de los países que viene siendo afectado por la pandemia de ahí que deberá poner el máximo de atención y esfuerzo en cumplir con estas recomendaciones y con las obligaciones internacionales asumidas, preservando la protección de los derechos de las personas y especialmente de la población más vulnerable de la sociedad.

Por lo expuesto, podemos afirmar que se viene dando escenarios muy complejos para el campo de los derechos humanos y para los Estados y este es el desafío que deberán afrontar en los próximos años en defensa de la humanidad.



EL FUTURO DEL DERECHO LABORAL POST CUARENTENA

Germán Lora Álvarez*

I. Introducción

Tras la finalización del aislamiento social obligatorio en gran parte del territorio nacional, una nueva normalidad se ha establecido en la vida de los peruanos a consecuencia de la pandemia Covid-19. Una nueva normalidad que además se ve seriamente afectada por los estragos que el Covid-19 ha dejado no solo en materia social sino también en nuestra economía. Las relaciones laborales y todos los aspectos que la rodean no son ajenas a estos cambios. Si pretendemos relaciones individuales y colectivas de trabajo acordes a la nueva normalidad, se necesitará una actualización de la legislación laboral en ese sentido.

El propósito del presente artículo es exponer algunos de los aspectos del Derecho Laboral que consideramos deben ser revisados para que puedan ser útiles en este difícil contexto que venimos atravesando. Luego de una reflexión sobre lo sucedido en estos últimos meses, entendemos que es de vital importancia cambiar el rumbo de la legislación laboral hacia una nueva forma de enfocar las relaciones laborales en el Perú.

Hemos elaborado el presente artículo bajo el entendido que, en tiempos de crisis, requerimos de una especial regulación de las relaciones laborales, donde prime la búsqueda de una flexibilidad sin dejar de lado la seguridad de los trabajadores, tanto desde el ámbito de seguro social como de prevención de riesgos laborales. Consideramos caduca en el contexto actual la receta de generar sobrecostos generales, posiciones rígidas y muchas veces parcializadas en la Autoridad Administrativa de Trabajo y Sunafil, así como criterios jurisprudenciales extralegales -por no decir ilegales- en materias como la reposición. De seguir así, el remedio será peor que la enfermedad.

Abogado por la Universidad Lima. Cuenta con Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad de Navarra (España). Ha realizado estudios de Postgrado en Derecho Laboral y Relaciones Laborales en las Universidades de Salamanca y Castilla (España) respectivamente, así como una especialización en Litigación Oral, por la Universidad de California Western School of Law. Socio de Damma Legal Advisors. Ex Jefe de Gabinete de Asesores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

II. Trabajo remoto: hacia la permanencia de esta figura

En un país de tendencia conservadora como el nuestro siempre ha existido mucha reticencia a la posibilidad de emplear el home office como herramienta permanente o continua en las relaciones laborales. Ciertamente, la regulación del teletrabajo no ayudó a que existan los incentivos necesarios para reforzar su utilización. Sin embargo, la emergencia vivida producto del Covid-19 nos permite afirmar que el trabajo remoto es una herramienta muy útil tanto para empleador como trabajador, generando altos niveles de productividad y eficiencia, encontrándonos en un supuesto de ganar-ganar que no debe ser desaprovechado por nuestro legislador.

El trabajo remoto fue regulado producto de la emergencia nacional en mérito al Decreto de Urgencia 26-2020, siendo reglamentado por el Decreto Supremo 10-2020-TR. En mérito a esos cuerpos normativos, se permite al empleador implementarlo unilateralmente, siendo que el trabajador desarrolla sus actividades fuera del centro de trabajo utilizando los medios tecnológicos idóneos para su realización, claro está, sin afectar la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración y demás condiciones económicas, con excepción de las que por su naturaleza se encuentren vinculadas a la asistencia al centro de trabajo (e.g. asignación por transporte,

asignación por refrigerio, entre otras). Está claro que esta nueva modalidad se ha convertido en la nueva forma de trabajar de muchas empresas, las cuales se han tenido que adecuar a la nueva normalidad para seguir desarrollando su actividad económica. Sin embargo, el trabajo remoto se ha implementado como una medida excepcional, que en principio tiene vigencia hasta el término de la Emergencia Sanitaria Nacional, la cual en principio vence el 7 de setiembre de 2020.

¿Qué es lo que atrajo tanto a empleadores y trabajadores para que ambas partes pretendan que el trabajo remoto se extienda incluso más allá de la Emergencia Sanitaria y sea permanente? Más allá que, como lo adelantáramos en el párrafo precedente, la pandemia Covid-19 generó la necesidad de su aplicación, consideramos que su regulación flexible – en comparación con la rigidez de la regulación del teletrabajo- es lo que ha permitido que todas las partes de la relación laboral se encuentren de acuerdo con solicitar la permanencia en el tiempo de esta figura.

En la línea de lo indicado, el teletrabajo en los últimos meses ha sido confundido con el trabajo remoto, que pueden ser similares en muchos aspectos –ambas hacen relación al home office-, pero en la “realidad jurídica” son instituciones jurídicas diferentes. El teletrabajo¹ está regulado por nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 30036 y su reglamento, teniendo fundamentalmente las siguientes diferencias con el trabajo remoto:

Obligaciones del empleador según normas del teletrabajo	Obligaciones del empleador según normas del trabajo remoto
Suscribir por escrito un convenio para aplicar la modalidad de teletrabajo.	Puede ser decidido unilateralmente por el empleador.
Capacitar a los trabajadores sobre los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos que emplearán, así como sobre las restricciones en el empleo de tales medios, la legislación vigente en materia de protección de datos personales, propiedad intelectual y seguridad de la información.	La capacitación será necesaria en caso el empleador requiera el uso de medios o mecanismos que no han sido utilizados antes por el trabajador.
Pagar una compensación económica a los trabajadores por las condiciones de trabajo asumidas por ellos. El monto se determina por acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, se determina en función al valor de los bienes en el mercado.	Cuando los medios o mecanismos sean otorgados por el trabajador, las partes pueden pactar una compensación por los gastos en que incurra el trabajador. Esta compensación no es obligatoria.
Las normas de seguridad y salud en el trabajo vigentes – y diseñadas para el trabajo convencional- son aplicables al teletrabajo.	El empleador debe informar al trabajador las medidas, condiciones y recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo, especificando el canal a través del cual el trabajador puede comunicarle los riesgos adicionales que identifique o los accidentes de trabajo que se produzcan durante el trabajo remoto.
Jornada de trabajo conforme a la modalidad del contrato y a la legislación laboral vigente. La jornada ordinaria de trabajo o de servicio que se aplica al teletrabajo, se sujeta a los límites previstos en las normas sobre la materia. Los trabajadores pueden prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo en jornadas a tiempo parcial o en sistemas de media jornada, respectivamente, de acuerdo con los límites y requisitos previstos en las normas correspondientes, solo si estos se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada. Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo o de servicio previstas en las normas que regulan la jornada de trabajo en los sectores público y privado se aplican al teletrabajo.	Se puede mantener la jornada existente o reconvenir una nueva, respetando la jornada máxima de 48 horas semanales, con excepción de los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes.

1.- En nuestro país existe además la figura del trabajo a distancia, teniendo como definición legal aquel que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse. Los orígenes de esta modalidad de trabajo en nuestra legislación datan de la segunda década del Siglo XX y, desde esa fecha hasta la actualidad, esta figura no se ha modernizado. A lo largo de los años, el uso de esta modalidad laboral ha sido prácticamente nulo.

Como se puede apreciar, el teletrabajo presupone medidas mucho más rígidas que el trabajo remoto. Esto ha significado que hasta el mes de junio de 2019 solo se hayan contratado a 1600 trabajadores bajo esta modalidad. Si ahora tenemos que la intención de muchos empresarios y trabajadores es continuar con la aplicación del trabajo remoto, consideramos que esa solicitud debe ser atendida por el legislador, rescatando lo bueno que pueden tener ambas figuras, respecto a lo cual destacamos lo siguiente:

- **Unilateralidad:** la aplicación del home office debe abrir la posibilidad que sea el empleador quien decida unilateralmente si se quiere o no aplicar, así como si se quiere o no dejar sin efecto. Para ello, debería bastar una comunicación donde indique su duración, medios o mecanismos para su empleo, la parte responsable de proveerlos y las condiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo aplicables.
- **Condiciones laborales:** El empleador no deberá afectar la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración y demás condiciones económicas salvo aquellas que por su naturaleza se encuentren necesariamente vinculadas a la asistencia al centro de trabajo.
- **Asignación de labores:** El empleador no podrá alegar incumplimientos del trabajador si no ha dejado constancia de la asignación de labores y sus mecanismos de supervisión.
- **Capacitación:** Debería ser necesaria únicamente en caso el empleador requiera el uso de medios o mecanismos que no han sido utilizados antes por el trabajador.
- **Desperfectos en los medios o mecanismos:** Cuando ocurra algún desperfecto en los medios utilizados por el trabajador para desarrollar home office, deberá dar aviso inmediato al empleador a través de los canales de comunicación que este disponga, a fin de recibir las instrucciones necesarias para dar continuidad al trabajo remoto.
- **Compensación voluntaria.** Cuando los medios o mecanismos sean otorgados por el trabajador, no debería ser obligatorio que el empleador le otorgue una compensación por esos gastos. Muchas veces el trabajador gastará menos si es que trabaja en casa en vez de trasladarse a su trabajo.
- **Seguridad y salud en el trabajo.** El empleador deberá informar al trabajador las medidas, condiciones y recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo, especificando el canal a través del cual el trabajador puede comunicarle los riesgos adicionales que

identifique o los accidentes de trabajo que se produzcan durante el trabajo remoto.

- **Jornada laboral.** Se podría mantener la jornada existente o reconvenir una nueva, respetando la jornada máxima de 48 horas semanales, con excepción de los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes.
- **Implementación y reversión:** Se debería permitir la posibilidad de implementar o revertir unilateralmente, a criterio del empleador, la aplicación del home office.
- **Trabajo mixto:** Se debería permitir la posibilidad de aplicar trabajo mixto, en el sentido que algunos días puedan ser desarrollados en el centro de trabajo y otros desde home office. Cabe indicar que esta figura no implica necesariamente que el trabajador labore desde su hogar, puede efectuarlo desde cualquier lugar que estime conveniente -e.g. cafetería, club, entre otros.

Tenemos conocimiento que existen proyectos normativos que buscan prorrogar la vigencia del trabajo remoto o, en todo caso, modificar la regulación actual del teletrabajo, con el propósito de acercarla al trabajo remoto. Desde nuestro punto de vista, creemos que todo proyecto de modificación de esta figura debe incluir los puntos que hemos señalado anteriormente. Solo así podremos mantener la atractividad de su empleo y, finalmente, el beneficio para empleadores y trabajadores. Tenemos en claro que podrá resultar todo un reto el cambio de paradigmas, donde el trabajo presencial ya no sea una regla o una condición sine qua non. Sin embargo, la nueva normalidad y el interés social nos llevan a situaciones impensadas y que pueden ser fructíferas en el presente y futuro. Una de ellas creemos que es la continuación del trabajo remoto.

III. Contratación de personal durante la crisis

La informalidad laboral de nuestro país es altísima. Si bien es cierto que los sobrecostos laborales no son el único aspecto que debe ser revisado para combatirla, sí consideramos importante repensar la posibilidad de emplear contrataciones temporales que puedan permitir afrontar la crisis económica que estamos viviendo y que, si no hay un cambio, sin lugar a dudas continuará.

En ese sentido, otro tema que nos gustaría analizar en este artículo es la posibilidad de utilizar una modalidad contractual a plazo fijo ad hoc, que permita atender la situación de emergencia generada por la pérdida de tantos puestos de trabajo en el Perú durante los últimos meses. Nos explicamos. El Gobierno podría fomentar por

un periodo de tiempo – por ejemplo - hasta el mes de diciembre de 2021 – la utilización de una modalidad contractual que permita a las entidades empleadoras contratar a plazo fijo a sus trabajadores, en razón a la incertidumbre de la situación de salud y económica del Perú producida por el Covid-19. Estos trabajadores accederían a un mercado formal, donde se protegerá de una mejor manera su seguridad y salud en el trabajo, tendrán acceso al sistema de salud y previsional, a la vez que tendrán derecho a beneficios laborales que no encuentran en la oscuridad de la informalidad.

Por otro lado, otro tema que ha quedado pendiente y consideramos de suma importancia que pueda ser revisado en este contexto es el de la definición del contrato de trabajo a tiempo parcial, pues debemos recordar que actualmente está pensado en que el trabajador pueda realizar una labor siempre que en “promedio” no labore más de 4 horas días, lo que excluye – desde un punto de vista legal confirmado por el Poder Judicial – a los trabajadores que – por ejemplo – laboran lunes, miércoles y viernes solo 6 horas días o aquellos que laboran sábado y domingo 8 horas diarias. Frente a esta situación, debemos trabajar en una definición en mérito a la cual el contrato de trabajo a tiempo parcial aplique cuando el trabajador labore menos de 24 horas a la semana, independientemente del número de días a la semana que preste servicios. Tengamos en cuenta que en otras legislaciones laborales la consideración de un contrato a jornada parcial no es necesariamente aquel que trabaja la mitad de la jornada ordinaria de la empresa, por ejemplo, en Chile donde la connotación de un contrato parcial es para quien trabaja menos de 35 horas a la semana, cuando la jornada completa máxima es de 45 horas a la semana.

Asimismo, consideramos también que es momento de retomar el fomento del empleo juvenil tantas veces mencionado como olvidado, a través de beneficios que pueda contar la entidad empleadora – a todo nivel – para incorporar formalmente en planilla a trabajadores entre 18 y 29 años de edad, tomando en consideración la actual situación laboral, donde las estadísticas señalan que este es el segmento que más puestos de trabajo ha perdido. Con la actual situación económica del país habría que analizar mejor cuál sería el incentivo económico que hoy se podría ofrecer. Uno de ellos podría ser la disminución del porcentaje de aporte a EsSalud de ese personal, aunque no nos debemos quedar solo en ello.

IV. Aspectos contraprestativos en las relaciones laborales

En lo que respecta a este punto, proponemos el establecimiento de un sistema de remuneración mínima vital horaria o diaria que permita a la entidad empleadora contratar a trabajadores por periodos cortos de tiempo y poder abonarle la remuneración directamente vinculada al tiempo efectivamente laborado por el trabajador y con efectos cancelatorio. Algo similar a lo que sucede en el trabajo por destajo.

A manera de ejemplo, si un trabajador labora 2 horas un día, las entidades empleadoras podrían realizar un pago de esas dos horas efectivamente laboradas y con efecto cancelatorio de sus ingresos y beneficios sociales, sin tener que realizar algún pago adicional de beneficios trancos, pues los mismos estarían incorporados en su pago diario, semanal, quincenal o mensual; según corresponda. Es decir, un sistema de pago sencillo sin dejar de reconocer los beneficios del trabajador.

Otro punto que consideramos importante tratar es el relacionado a la posibilidad que las entidades empleadoras puedan plantear reestructuraciones de ingresos, saliendo de un esquema tradicional donde el 100% del sueldo mensual de un trabajador está relacionado a un ingreso fijo, pasando a esquemas que incluyan tanto ingresos fijos como variables, con conceptos remunerativos y no remunerativos, debiendo llegar a acuerdos con su empleador para esa finalidad.

V. Aspectos relacionados a la seguridad social

En épocas tan complicadas como la presente hemos observado cómo la falta de seguridad social ha generado problemas en las relaciones sociales. No cabe duda que los trabajadores informales han echado de menos contar con un sistema de protección social que los respalde frente a las situaciones generadas por el Covid-19, tales como la falta de acceso a un seguro de salud.

Por lo tanto, es primordial enfocarnos en la necesidad de luchar contra la informalidad laboral fundamentalmente por dotar a los trabajadores de un sistema de protección social que haga frente a eventualidades como las acontecidas como consecuencia del Covid-19. Para ello, necesitamos los incentivos pertinentes para que un empleador informal acceda a la formalización.

VI. Procesos judiciales laborales. El tiempo vale más que el dinero

Otro tema de relevancia y que no ha sido muy abordado es el referido a la reanudación de los procesos judiciales, con especial incidencia en los litigios laboral. El Poder Judicial, mediante distintas Resoluciones Administrativa, ha dispuesto que la reactivación de los órganos jurisdiccionales se realizará en distintas fases.

Desde el 17 de julio de 2020 hay un cambio radical en los procesos judiciales laborales, debido a que estamos entrando a una “nueva normalidad”, donde las audiencias virtuales utilizando medios tecnológicos como el video conferencia desplazarán casi por completo a las audiencias presenciales. Esto significará un gran reto para los abogados los cuales tendrán que adecuarse a las nuevas exigencias que los procesos judiciales – ahora virtuales – conllevarán para proteger los intereses de sus representados. Ahora bien, la virtualización de los procesos puede analizarse desde un punto de vista tanto positivo como negativo.

Desde un ámbito positivo, podemos rescatar que, las audiencias al ser llevadas a cabo de manera virtual significarán un ahorro sustancial para los clientes, los cuales no tendrán que incurrir en gastos de transporte o alimentación de los abogados, los cuales solo dependerán de una computadora con acceso a internet para poder asistir a las audiencias. Si bien esto puede parecer una consecuencia positiva para cierto grupo de personas, lamentablemente para la mayoría de los peruanos esto podría convertirse en un problema. Según el INEI, en su informe técnico llamado *“Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares” (último trimestre de 2019)*, de cada 100 hogares 34 tienen al menos una computadora. Estas cifras son realmente alarmantes, debido a que esto significa que la gran mayoría de personas estarán en la dificultad de cumplir con las nuevas exigencias que la administración de justicia pide. Consideramos, que, si bien es necesaria la digitalización y virtualización de los procesos judiciales para mantener el distanciamiento social y así evitar la propagación del coronavirus, la administración de justicia debe garantizar su acceso a ella creando nuevos sistemas para las personas sin acceso a la tecnología necesaria.

Asimismo, en los últimos días se ha venido discutiendo un tema muy controversial con respecto a las audiencias virtuales, el cual está referido al principio de inmediación y su posible afectación. Según artículo V del TUO del Código Procesal Civil, el principio de inmediación se califica conforme a lo siguiente: *“Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión”*. Asimismo, en la

Nueva Ley Procesal del Trabajo, se identifica como un principio del proceso laboral al principio de inmediación.

En la línea de lo anterior, el principio de inmediación es la garantía que tienen las partes procesales de tener un contacto directo con el juez – en un sentido presencial – para ser escuchados y elaborar su fundamentación sobre los hechos del caso y las pruebas que ofrecen. Por una parte, es entendible que, al no estar presencialmente en una audiencia, este principio se pueda ver vulnerado, puesto que no es lo mismo estar frente a un juez, que verlo desde una pantalla. Desde este punto de vista, se podría argumentar que los abogados litigantes al exponer sus fundamentos mediante una videoconferencia se podrían ver afectados, debido a que no es lo mismo convencer al juez con una debida argumentación, utilizando estrategias de convencimiento frente a una pantalla, que hacerlo físicamente frente al juez en un juzgado. Realizar audiencias de modo virtual, significará un reto para los abogados litigantes, los cuales se verán obligados a adaptar sus estrategias al mundo tecnológico y de esta forma no verse afectados por la no presencialidad de las audiencias judiciales.

Por otro lado, hay quienes se defienden que el principio de inmediación no se vería afectado por la realización de audiencias virtuales. Nosotros apoyamos esta posición, en virtud a que la realización de audiencias virtuales, si bien serán diferentes a las presenciales, al hacer un uso correcto de las tecnologías de la información, se garantizará una comunicación en tiempo real entre el juez y las partes procesales. En esta línea, en la Sentencia del Tribunal constitucional del Exp. N° 2738-2014-PHC/TC, se discute si la utilización de las videoconferencias en audiencias penales lesiona el principio de inmediación. El Tribunal Constitucional concluye que, en efecto, este uso tecnológico no lesiona dicho principio, al permitir una *“comunicación bidireccional y simultanea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva”*. Por esta razón el Tribunal concluye argumentando que:

“(…) este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente “no se encuentre presente físicamente” una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente.”

Si bien el Tribunal Constitucional analiza este problema desde la perspectiva de un proceso penal, consideramos que es pertinente para la actual situación de no solo los procesos laborales, sino los procesos judiciales en general, que desde ahora deberán ser llevados a cabo de manera virtual y excepcionalmente presenciales. De modo de conclusión sobre este punto, debemos enfatizar que es necesario llevar las audiencias judiciales de modo

virtual, en aras de proteger la salud de las personas y evitar la propagación del virus en nuestro país. Esta nueva etapa en la administración de justicia debe significar un cambio para bien, buscando la modernización de los procesos judiciales, buscando siempre el resguardo de las garantías procesales de las partes.

VII. Conclusiones

En el contexto que hemos reseñado existen altas posibilidades que los empleadores se vean en la necesidad de tomar medidas extraordinarias. Extraordinarias en el sentido más grave, puesto que, si bien nuestro Gobierno ha intentado a toda costa que los trabajadores mantengan su vínculo laboral y su remuneración intacta, no se ha puesto en los zapatos de los empleadores.

No parece muy alejada a la realidad que, muchos empleadores -viendo por ejemplo cómo se denegaron sus solicitudes de suspensión perfecta de labores- recurran a la figura del cese o terminación colectiva por causas objetivas para poder resurgir de las grandes pérdidas económicas sufridas en los últimos meses. Esta figura del cese colectivo, prevista legalmente, será la que ocasione que muchos trabajadores, en un futuro no muy lejano, sean desvinculados.

La protección que les ha dado el Gobierno a los trabajadores ha sido tan excesiva y falaz que traerá a los trabajadores consecuencias mucho más negativas. Como ejemplo podemos señalar los casos de Avianca, Soyuz, entre otras, quienes viendo cómo se denegaron sus solicitudes de suspensión perfecta de labores, han decidido entrar a un proceso de disolución y liquidación, cesando prácticamente a todos sus trabajadores, los cuales ahora están reclamando arduamente esta decisión.

Solo nos queda decir que el Estado debe actuar de una manera ágil a efectos de seguir manteniendo al empleo como fuente de riqueza económica. Para ello, necesitamos normas que favorezcan el acceso a este empleo y permitan flexibilidad a los empleadores, siempre acompañados de la seguridad social necesaria para tener protegidos a nuestros trabajadores. El cambio es ahora, no puede esperar.



REFLEXIONES EN TORNO A LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE ARBITRAJE: A PROPÓSITO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 020-2020

Juan Carlos Gonzalez Salinas*

Introducción

El día viernes 24 de enero de 2020, se publicó en el diario oficial El Peruano el decreto de urgencia N.° 020-2020, que modifica algunos aspectos de la ley de arbitraje (decreto legislativo N.° 1071). Estas modificaciones responden al interés prioritario que tiene el Estado de evitar que el arbitraje sea utilizado como instrumento para cometer actos de corrupción. Por ello, los cambios se limitan únicamente a los casos en que el Estado es parte procesal del arbitraje.

No obstante, los bien intencionados propósitos del citado decreto de urgencia contenidos en su parte considerativa, llama la atención el establecimiento de un trato protector y ventajoso para el Estado al interior de un proceso arbitral; supuestamente exigido en razón de que la previa regulación del decreto legislativo N.° 1071 no era adecuada para asegurar la transparencia, ni evitar la corrupción en los arbitrajes en los que el Estado es parte.

Y es este nuevo panorama para el arbitraje en el Perú, el cual motiva nuestras reflexiones relativas a las principales modificaciones llevadas a cabo.

* Estudios de doctorado en derecho y ciencias políticas de la UNMSM, Socio principal del Estudio González Salinas +, asociado de ALDEC, Máster en Contratación Públicas por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diplomado de especialidad en Contrataciones Públicas por la Universidad ESAN. Diplomado de especialidad en Arbitraje por la Universidad ESAN. Diplomado de especialidad en Derecho Administrativo por la Universidad ESAN. Diplomado de especialidad en Gestión Pública por la UNAC. Acreditado con certificación ISO 37001.

2. Especialidad de la ley de contrataciones del Estado y su reglamento en los procesos arbitrales derivados de su normativa

Un primer punto crítico que se debe tener en cuenta para entender los alcances de la ley de arbitraje es que aplica supletoriamente a aquellos regímenes que contienen disposiciones especiales sobre el arbitraje (artículo 1.1 del decreto legislativo N.º 1071). Así, uno de esos regímenes especiales es la ley de contrataciones del Estado, que contiene disposiciones específicas sobre el arbitraje surgidas de su ámbito de aplicación. Es en ese sentido que, el artículo 45.11 del texto único ordenado de la ley de contrataciones del Estado, aprobado por decreto supremo N.º 082-2019-EF, estipula que el arbitraje se rige especialmente por la ley de contrataciones del Estado y, supletoriamente, por lo dispuesto en las leyes de la materia.¹

Conforme a ello, dado que el cuarto párrafo de la parte considerativa del decreto de urgencia N.º 020-2020 reitera lo señalado en el artículo 1.1 de la ley de arbitraje, no vemos razones para considerar que se hayan cambiado las reglas de juego; vale decir, que los cambios incorporados en la ley de arbitraje² tengan que primar o sustituir lo dispuesto sobre el arbitraje en los regímenes especiales.

La lectura segmentada del decreto de urgencia podría conllevar a error si se piensa que la razón para incluir los cambios en la ley de arbitraje es que se ha pretendido cubrir cualquier supuesto que vincule al Estado, independiente del tipo de contrato que sirva de fuente al arbitraje; lo real, sin embargo, es que al no haberse modificado ninguna de las disposiciones anteriores, no existe afectación respecto a la regulación existente del arbitraje en los regímenes especiales como el de contratación pública.

No obstante, la complejidad está relacionada con identificar qué detalles del decreto de urgencia N.º 020-2020 no se contradicen y, por tanto, podrían incorporarse a la ley de contrataciones del Estado supletoriamente.

3. Limitación del arbitraje ad hoc en controversias donde sea parte el Estado peruano

Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional.

5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia.

De conformidad con la modificación introducida por el decreto de urgencia N.º 020-2020 a la ley de arbitraje, cuando el Estado peruano es parte, el arbitraje debe ser institucional y solo podrá ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las 10 UIT (hasta S/ 43 000,00). En ambos casos el arbitraje será de derecho, salvo en los casos de proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, donde el arbitraje puede ser de conciencia cuando se trate de una controversia técnica.

Sin desmérito a que, de conformidad con el artículo 225.3 del reglamento de la ley N.º 30225, ley de contrataciones del Estado, la modificación ut supra descrita no debería ser aplicable a los procesos arbitrales derivados de la ley de contrataciones del Estado y su reglamento, consideramos que la nueva regla impuesta vulnera los principios constitucionales de autonomía de la voluntad de las partes y de igualdad al interior del proceso arbitral, así como atenta contra los intereses procedimentales y económicos de la parte privada.

1.-En el caso del arbitraje administrativo en el cual el Estado es parte procesal, éste viene regulado por la ley de contrataciones del Estado y su reglamento. Por ende, a este arbitraje especial se aplican las reglas contenidas en la LCE y el RLCE y sólo en caso de existir algún vacío en tal regulación, se le aplicará de manera supletoria la ley de arbitraje, como bien señala el artículo 45.11 de la LCE. En la misma línea, fortalece dicho criterio legislativo el principio de especialidad regulado en la primera disposición complementaria final de la LCE, la cual predica que prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

2.-El cuarto párrafo de la parte considerativa del decreto de urgencia N.º 020-2020 señala lo siguiente: "Que, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; ello, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo son de aplicación supletoria;"

A su vez, el artículo 1.1 del Decreto Legislativo N° 1071, estipula lo siguiente:

"Artículo 1.- Ámbito de aplicación.

1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria."

4. Fianza por un monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento, como contracautela de medidas cautelares en perjuicio del Estado peruano

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

2. (...)

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.

Conforme puede verificarse, en el caso de medidas cautelares en perjuicio del Estado peruano, se debe ofrecer como contracautela una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad por un monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento del contrato y por el tiempo que dure el proceso arbitral. Así, el decreto de urgencia N.º 020-2020 impone la carta fianza como único tipo de contracautela, que debe presentar el solicitante de una medida cautelar,³ si es que el Estado es la parte afectada con su ejecución. Dicha carta fianza debe ser equivalente, como mínimo, a la garantía de fiel cumplimiento.

Visto así, el decreto de urgencia ha inclinado la balanza totalmente a favor del Estado. Y es que no va a importar cuál sea la medida cautelar, ni su grado de afectación, puesto que el solicitante deberá presentar una carta fianza (contracautela) por el monto mínimo prefijado por ley. Si la parte procesal no tiene la capacidad de asumir el costo que ello implica, no podrá recibir la tutela cautelar deseada.

Conforme a ello, es indiscutible que tal regla vulnera el principio constitucional de igualdad, que forma parte de la tutela cautelar efectiva en el arbitraje, colisionando además con otro presupuesto cautelar, como es el de razonabilidad. Asimismo, la deficiente técnica legislativa se extiende incluso a su propia ubicación en la ley de arbitraje, pues por su contenido no es un tema de competencia para el dictado y/o ejecución de medidas cautelares, sino más bien uno de presupuestos cautelares, el cual viene regulado en el artículo 47 de la ley de arbitraje.

5. Conflicto de intereses de los árbitros

Artículo 21.- Incompatibilidad.

(...)

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, tiene incompatibilidad para actuar como árbitro/a, el que ha tenido actuación previa en el caso concreto que debe resolver, sea como abogado/a de alguna de las partes, como perito/a o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral, sea como abogados/as, expertos/as y/o profesionales en otras materias.

Conforme a la interpretación de la actual redacción del artículo 21 de la ley de arbitraje, cuando interviene el Estado como parte, no puede ser árbitro quien haya actuado previamente en el caso, sea como abogado de alguna parte, perito o quien tenga conflicto de intereses personales, económicos, laborales o financieros.

Debemos precisar que la ubicación de esta regla en la ley de arbitraje resulta un desacierto, pues el artículo 21 regula el instituto jurídico del árbitro inhábil, esto es, afectado por una incompatibilidad, mas no el del árbitro sospechoso (de vulnerar la independencia e imparcialidad) que está recogido en el artículo 28 de la ley de arbitraje.

Además, ésta resulta absolutamente innecesaria, pues el requisito de independencia e imparcialidad del árbitro, ya está recogido en el citado artículo 28, el cual aplica a todo arbitraje, sin discriminar la condición de las partes, ni de los árbitros.

Sin desmérito de lo afirmado precedentemente, en el supuesto que se pretenda justificar jurídicamente la incorporación legislativa en análisis, la redacción del citado artículo 21 deja mucho que desear. Así, debe entenderse que la modificatoria presenta dos tipos de incompatibilidad: (i) una que se puede presentar en el rol de árbitro; y, (ii) otra que se puede presentar en el rol de abogado, experto o profesional de otra especialidad, dentro de un proceso arbitral.

En el rol de árbitro hay incompatibilidad por conflicto de intereses, cuando antes ese profesional ha sido parte de ese caso concreto, bien como abogado de una de las partes o bien como perito.

En el rol de abogado, experto u profesional de otra especialidad, hay incompatibilidad cuando existen cuatro tipos de intereses en conflicto: personales, laborales, económicos o financieros. Como vemos, lo que no queda

3.- La contracautela es una garantía de naturaleza real o personal que se ofrece al momento de solicitar la medida cautelar. El juez o árbitro puede aceptar la propuesta o modificarla, a fin de garantizar adecuadamente al afectado. Para ello, se realiza una evaluación previa tanto de las circunstancias, como de la magnitud de los posibles daños a ser ocasionados.

claro es cuándo se producen estos tipos de conflictos de intereses, vale decir, cuándo estamos frente a un conflicto personal o frente a uno laboral, económico o financiero. En resumen, esta modificatoria abre una caja de supuestos que no se encuentran esclarecidos; así, creemos que debe cambiar la redacción, determinándose qué se entiende por cada conflicto de interés.

6. Recusación en controversias donde sea parte el Estado peruano

Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

(...)

e) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, si la otra parte no conviene en la recusación y el/la árbitro/a recusado/a niega la razón, no se pronuncia o renuncia, resuelve la recusación la institución arbitral; a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23. Es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros.

Cuando interviene el Estado peruano, si la otra parte no está conforme con la recusación y el árbitro recusado niega la razón, no se pronuncia o renuncia, la recusación es resuelta por la institución arbitral; a falta de ésta, resuelve la cámara de comercio correspondiente. Se impide expresamente que sean los otros árbitros del tribunal arbitral quienes resuelvan la recusación.

Es claro que lo que busca esta modificatoria es evitar que sea el mismo tribunal arbitral quien termine resolviendo la recusación de uno de los árbitros que lo conforman. La modificatoria es expresa al manifestar que es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros.

Conforme al tenor literal de la modificación inserta en el literal e) del artículo 29.2 de la ley de arbitraje, aparentemente existiría una incompatibilidad respecto de la institución a cargo de resolver la recusación del árbitro en los procesos arbitrales derivados de la ley de contrataciones del estado y su reglamento, puesto que, mientras que el artículo 234.2 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado estipula que en los arbitrajes ad hoc y en los administrados por el SNA-OSCE la recusación es resuelta por el OSCE, para el caso del decreto de urgencia N.º 020-2020, en todo arbitraje en el que interviene el Estado peruano la recusación será

resuelta por la institución arbitral o la cámara de comercio en su defecto. Expuesta así la aparente incompatibilidad, esta se soluciona aplicando el principio de prevalencia o especialidad⁴ establecido en el artículo 45.11 del texto único ordenado⁵ de la ley de contrataciones del Estado, así como su primera disposición complementaria final.

7. Abandono del proceso arbitral

Artículo 50 - A.- Abandono.

En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral.

La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

La presente disposición constituye una novedad en la ley de arbitraje, puesto que, desde su nacimiento en el año 2008, nunca se reguló el instituto jurídico del abandono procesal.

Así, se dispone que se declarará, de oficio o a instancia de parte, el abandono del proceso arbitral, cuando éste no se impulse durante cuatro meses. En el arbitraje ad hoc tal declaración la realizará el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral, mientras que en el arbitraje institucional la secretaría general del centro de arbitraje. Además, se establece que el abandono impide iniciar otro arbitraje por el lapso de seis meses; y si se declara por segunda vez, entonces caduca el derecho.

Resulta cuestionable que, tratándose de arbitrajes institucionales, el abandono sea declarado de oficio o a pedido de parte, por la Secretaría General del Centro de Arbitraje, puesto que una declaración de este tipo forma parte de la competencia exclusiva de los árbitros. Así, los árbitros son los que conducen el arbitraje y los que están en mejor capacidad de calificar si hubo o no impulso del proceso. En esa línea de razonamiento, consideramos que el apego del Estado a la institucionalización del

4.- TUO de la ley N.º 30225, ley de contrataciones del Estado, aprobado por decreto supremo N.º 082-2019-EF: Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

(...) 45.11 Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente norma y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia. (...)

5.- DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. (...)

arbitraje como medida de prevención ha conllevado a un grave exceso.

En efecto, observamos que esta regla evidencia la fractura de los principios constitucionales de autonomía de voluntad de las partes y de igualdad al interior del proceso arbitral; contraviniendo además con la eficacia temporal del convenio arbitral, el cual es la fuente de vida del arbitraje, que sólo termina en razón de la prescripción extintiva o la caducidad del convenio arbitral.

8. Publicidad de los laudos arbitrales

Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad.

(...)

3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes.

En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.

Cuando el Estado peruano es parte procesal, una vez que ha concluido el proceso, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos. Cada institución arbitral debe reglamentar esta disposición. En los casos ad hoc la obligación es de la entidad estatal que intervino como parte.

La novedad de la presente disposición radica en la obligatoriedad de la publicidad de las "actuaciones arbitrales". En el caso del laudo, ya estaba prevista en la ley de arbitraje.

Consideramos rescatable esta medida puesto que resulta coherente con la tendencia internacional de dotar al arbitraje de mayor transparencia. Siendo así, debido al interés público que hay detrás, en los casos en que el Estado es parte, con mucha mayor razón se justifica la publicidad de las actuaciones arbitrales y el laudo.

Así, cualquier ciudadano podrá conocer cuál era el petitorio de la demanda, cómo se defendieron las partes procesales, cuáles fueron las controversias que resolvió el tribunal y sobre todo, cómo fue el desempeño y la motivación de las decisiones de los árbitros durante el proceso.

No debe perderse de vista que el 24 de abril de 2019 se publicó en el diario oficial El Peruano la ley N.º 30934, que modificó la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y que hecho obligatorio que el Poder Judicial, Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia,

Tribunal Constitucional y Academia de la Magistratura, transparenten cierta información relacionada con su personal y con los procesos que llevan a cabo. El decreto de urgencia N.º 020-2020 sigue dicho derrotero.

9. Contenido del laudo arbitral

Artículo 56.- Contenido del laudo.

(...)

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73.

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u, otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje.

(...)

El decreto de urgencia N.º 020-2020 incluye una disposición por demás preocupante, referida a que, en el laudo no cabe la imposición de multas administrativas o similares, u otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje. Una interpretación excesivamente proteccionista, basada en los propios fines que persigue el decreto de urgencia, podría alegar que está proscrito imponer pagos al Estado, que sean distintos a los costos del arbitraje. Siendo así, dicha modificación legislativa constituye una completa inconsistencia que contradice la propia esencia del arbitraje.

Otro aspecto a denotar, es que el tenor legislativo es impreciso puesto que hace mención a multas "similares", lo cual podría ser entendido como multas de naturaleza contractual (que no tendría sentido), pero que surge por la grave imprecisión en la que incurre el decreto de urgencia.

Lo manifestado confirma que, hoy en día, las atribuciones o competencias de un árbitro se encuentran recortadas, a pesar que la Constitución Política le otorga el mismo nivel de jurisdicción que un juez ordinario. En razón de ello convendría que se evalúe la constitucionalidad y continuidad legislativa del decreto de urgencia N.º 020-2020.

10. Contenido del laudo arbitral

Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.

1. Anulado el laudo, se procede de la siguiente manera:
(...)

b. (...)

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.

Conforme a la disposición legislativa ut supra descrita, cuando interviene el Estado peruano, las partes están facultadas a solicitar la sustitución o formular recusación contra los árbitros que emitieron el laudo anulado. Ello supone que nuevos árbitros podrían ser quienes resuelvan la controversia después de la anulación.

La modificatoria hace referencia a solicitar la sustitución del árbitro designado en caso el laudo resulte anulado; pero, no especifica qué se entiende por esto. Podría ser un pedido de la parte para que su árbitro deje el cargo por el solo mérito de la anulación de su laudo. Si el árbitro no acepta el pedido ¿procedería una recusación bajo la causal de no haber aceptado dejar el cargo de árbitro?; así expuestas las cosas, funcionaría como una especie de pérdida de la confianza del árbitro elegido.

En cuanto a la solicitud de recusación, conocemos que esta solo procede por cuestionamientos a la imparcialidad, independencia o por falta de cualidades básicas para el cargo. Así, para que proceda el supuesto de la modificatoria, la causal de recusación sería esta última. De ser así, se está asumiendo que un laudo anulado se origina también por falta de cualidades indispensables para el cargo de árbitro. A título particular, sería óptimo que se estableciera algún precepto por el cual se cuestione al árbitro por no haber conducido de forma óptima el arbitraje, mas no por el hecho que la instancia jurisdiccional superior haya anulado la decisión arbitral.

Suma al criterio líneas arriba descrito que, cuando la sala superior anula el laudo, existe una tercera instancia jurisdiccional, esto es, la Corte Suprema, la que podría revocar la recurrida por la segunda instancia. Sin desmérito de ello, también existe la vía constitucional del amparo arbitral. Consecuentemente, somos de la opinión que la modificación legislativa constituye también en este extremo una inconsistencia que contradice la propia esencia del arbitraje; motivo por el cual, convendría se evalúe la constitucionalidad y continuidad legislativa del decreto de urgencia N.° 020-2020.

11. Conclusiones

De acuerdo al desarrollo del presente trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

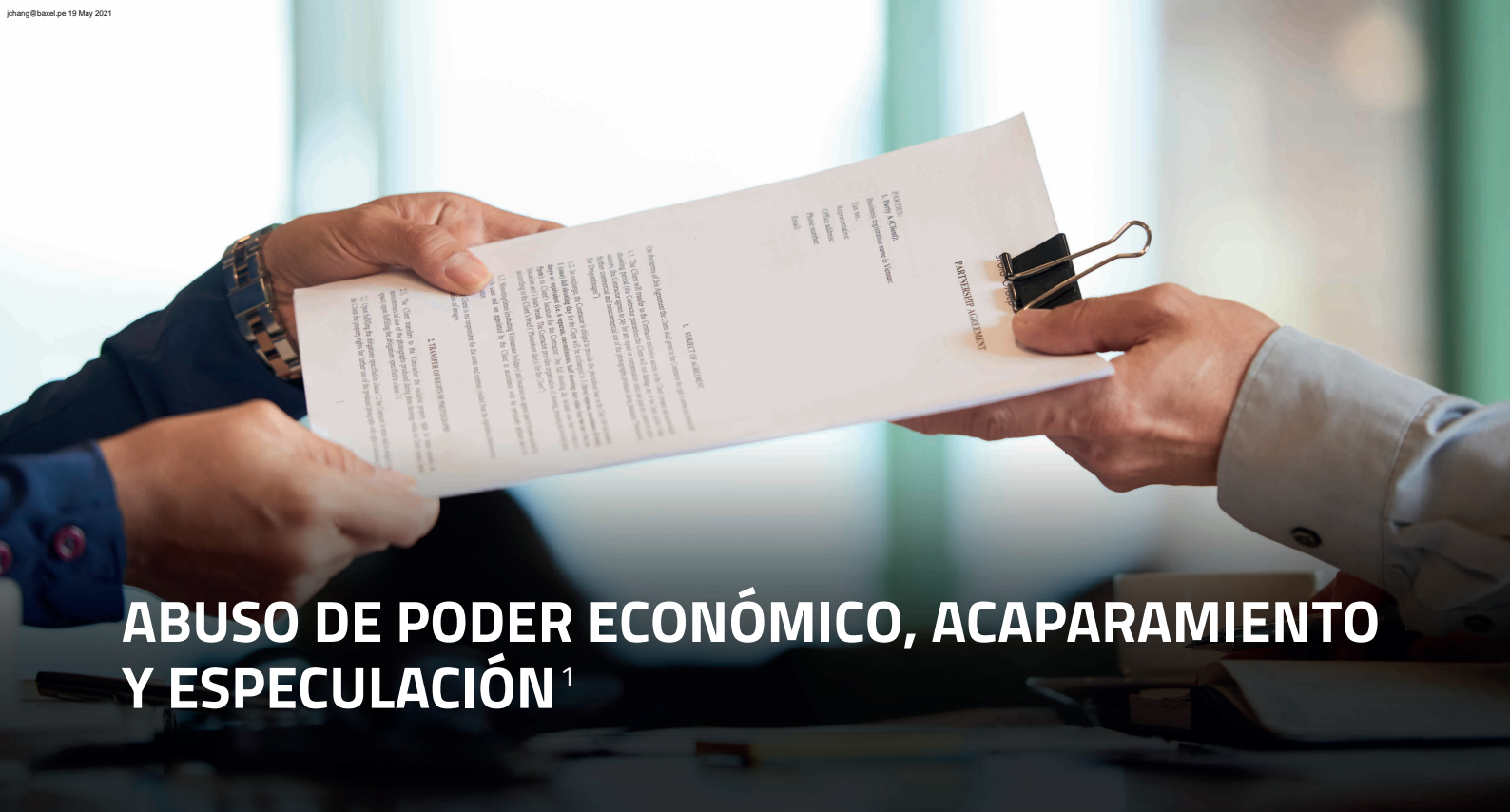
- La ley de arbitraje aplica supletoriamente a aquellos regímenes que contienen disposiciones especiales sobre el arbitraje. Así, uno de esos regímenes especiales es la ley de contrataciones del Estado, que contiene disposiciones particulares sobre el arbitraje surgidas de su ámbito de aplicación. En esa medida, el artículo 45.11 del texto único ordenado de la ley de contrataciones del Estado, aprobado por decreto supremo N.° 082-2019-EF, estipula que el arbitraje se rige especialmente por la ley de contrataciones del Estado y, supletoriamente, por lo dispuesto en las leyes de la materia.
- Sin desmérito a que, de conformidad con el artículo 225.3 del reglamento de la ley N.° 30225, ley de contrataciones del Estado, la modificación referente al arbitraje ad hoc e institucional no debería ser aplicable a los procesos arbitrales derivados de la ley de contrataciones del Estado y su reglamento, consideramos que la nueva regla impuesta vulnera los principios constitucionales de autonomía de la voluntad de las partes y de igualdad al interior del proceso arbitral, así como atenta contra los intereses procedimentales y económicos de la parte privada.
- Es indiscutible que la obligación de la presentación de contracautela en todos los casos de solicitudes de medida cautelar, vulnera el principio constitucional de igualdad, que forma parte de la tutela cautelar efectiva en el arbitraje. En esa medida, si la parte procesal no tiene la capacidad de asumir el costo que ello implica, no podrá recibir la tutela cautelar deseada.
- El supuesto legislativo de incompatibilidad en los arbitrajes en los que interviene como parte procesal el Estado peruano resulta innecesario, pues el requisito de independencia e imparcialidad del árbitro ya se encuentra recogido en el artículo 28 de la ley de arbitraje, el cual aplica a todo arbitraje sin discriminar la condición de las partes, ni de los árbitros.
- Conforme al tenor literal de la modificación inserta en el literal e) del artículo 29.2 de la ley de arbitraje, aparentemente existiría una incompatibilidad respecto de la institución a cargo de resolver la recusación del árbitro en los procesos arbitrales derivados de la ley de contrataciones del estado y su reglamento, puesto que, mientras que el artículo 234.2 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado estipula que en los arbitrajes ad hoc y en los administrados por el SNA-OSCE la recusación es

resuelta por el OSCE, para el caso del decreto de urgencia N.º 020-2020, en todo arbitraje en el que interviene el Estado peruano la recusación será resuelta por la institución arbitral o la cámara de comercio en su defecto. Expuesta así la aparente incompatibilidad, esta se soluciona aplicando el principio de prevalencia o especialidad establecido en el artículo 45.11 del texto único ordenado de la ley de contrataciones del Estado, así como su primera disposición complementaria final.

- Resulta cuestionable que, tratándose de arbitrajes institucionales, el abandono sea declarado de oficio o a pedido de parte, por la Secretaría General del Centro de Arbitraje, puesto que una declaración de este tipo forma parte de la competencia exclusiva de los árbitros. Así, los árbitros son los que conducen el arbitraje y los que están en mejor capacidad de calificar si hubo o no impulso del proceso.
- Consideramos rescatable la publicidad del expediente arbitral en la medida que resulta coherente con la tendencia internacional de dotar al arbitraje de mayor transparencia.
- La vigencia del supuesto legislativo sobre no imposición de multas administrativas o similares en los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano, desnaturaliza la esencia del arbitraje, puesto que otorga privilegios excesivos al Estado en cuanto parte procesal.
- Consideramos que la sustitución o recusación del árbitro por el solo mérito de la nulidad de su laudo, una vez más desnaturaliza los pilares de la ley de arbitraje. Así, sería óptimo que se estableciera algún precepto por el cual se cuestione al árbitro por no haber conducido de forma óptima el arbitraje, mas no por el hecho que la instancia jurisdiccional superior haya anulado la decisión arbitral.
- El Estado sigue considerándose un gestor de normas para proteger sus intereses, sin considerar que eventualmente puede vulnerar derechos constitucionales como el de libertad de contratación; máxime, teniendo en cuenta que la ley de arbitraje es una norma de carácter privada que no regula en si misma al Estado como parte en los arbitrajes, puesto que para ello existen otras normas especiales (verbigracia: la ley de contrataciones del Estado).
- Compartimos la necesidad de garantizar la transparencia e integridad del arbitraje en la contratación estatal; no obstante, las reformas deben hacerse en las normas legales referidas a esa materia. Modificaciones aisladas al decreto legislativo N.º 1071, afectan la percepción de los inversionistas que buscan marcos jurídicos

consolidados y estables.

- Convendría que el nuevo Congreso de la República evalúe la constitucionalidad y continuidad legislativa del decreto de urgencia N.º 020-2020.



ABUSO DE PODER ECONÓMICO, ACAPARAMIENTO Y ESPECULACIÓN¹

Pierino Stucchi²
Fernando Ballon Estacio³

I. Introducción: la necesidad de asegurar calidad regulatoria durante los efectos de una pandemia

En tiempos de crisis, la preocupación y la proactividad de los agentes políticos aumenta considerablemente, pues tienen la necesidad de solucionar problemas trascendentales. Sin embargo, y precisamente por el contexto, el riesgo de cometer errores mediante la actuación pública es mucho mayor. Por esta razón, se debe exigir el estricto cumplimiento de los principios de calidad regulatoria en la emisión de normas.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) recomienda precisamente, en este contexto, no dejar de lado el análisis de impacto regulatorio y la revisión constante de las medidas adoptadas, incluso en los casos en que se requiere de respuestas regulatorias celeres (OCDE, 2020). En ese sentido, no se pueden dejar de lado los elementos fundamentales de la calidad regulatoria, a saber:

- i) La identificación del problema.
- ii) La identificación de alternativas para solucionar el problema.

iii) El análisis de las consecuencias posibles de estas alternativas para elegir aquella que solucione mejor y a menor costo el problema identificado.

Bajo estas consideraciones, evaluaremos una reciente ley penal adoptada por agentes políticos, en el seno del Congreso de la República del Perú, desde una perspectiva del Derecho de la Competencia.

II. La inconveniencia de incorporar y restaurar tipos penales de manera irreflexiva

En el contexto de crisis actual, no han sido pocos los intentos de regular actividades económicas en el Perú, sin la participación de los expertos en las materias abordadas y sin un debido análisis de impacto regulatorio. Uno de los ejemplos más relevantes es la Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor que, entre otros, configura los delitos de abuso de poder económico, acaparamiento y especulación, que fue aprobada por el Congreso de la República con fecha 5 de junio de 2020. No obstante, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, el Poder Ejecutivo observó dicho instrumento normativo. Sin embargo, el Congreso aprobó por insistencia este cuerpo legal y promulgó

1.- Este artículo presenta la base conceptual de la ponencia realizada en la videoconferencia internacional: Diálogos y desafíos del Derecho privado en tiempos de Covid 19, organizada por la Universidad Gastón Dachary (Argentina) y la Universidad Norbert Wiener (Perú), con fecha 16 de junio de 2020.

2.-Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener. Socio del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados, Lima, Perú.

3.-Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor Legal en el Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados, Lima, Perú.

directamente la Ley 31040, con fecha 29 de agosto de 2020.

Esta ley penal criminaliza las conductas anticompetitivas, reincorpora el delito de acaparamiento y modifica del delito de especulación, todo ello mediante intervenciones en el Código Penal peruano. A continuación, los detalles:

2.1. Abuso del poder económico

Esta ley incorpora al Código Penal el siguiente tipo penal:

Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4.

Este nuevo delito criminaliza las principales conductas anticompetitivas ya previstas en el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA), y sancionables administrativamente⁴; que son:

- i) el abuso de posición de dominio (en adelante, APD); y,
- ii) los acuerdos restrictivos de la competencia, consistentes en prácticas colusorias, tanto horizontales como verticales.

Al respecto, no existe sustento ni evidencia que se haya analizado o que acredite objetivamente que el sistema administrativo de represión de conductas anticompetitivas, a cargo del Indecopi, no haya cumplido con su finalidad preventiva, correctiva y sancionadora. Es decir, el establecimiento de este nuevo delito de abuso de poder económico no se ha visto precedido por la identificación de un problema; y, en consecuencia, tampoco han podido precisarse ni evaluarse alternativas para solucionar el problema no acreditado.

Asimismo, llama la atención que se intente sancionar penalmente el APD. En general, estos casos presentan menor incidencia, como afectaciones al proceso competitivo, en comparación con los carteles (prácticas colusorias horizontales); y, no tienen parámetros absolutamente definidos, ni siquiera en las principales jurisdicciones como la Unión Europea o los Estados

Unidos. Parece claro que las diferencias institucionales y sustantivas del APD frente a los carteles son significativas (Ibañez Colomo, 2020), por lo que no resulta equitativo darles un equivalente reproche penal.

En la experiencia peruana, incluso la persecución administrativa revela estas diferencias. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), desde la entrada en vigor de la vigente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (2008) ha investigado y sancionado muy pocos casos de APD. Esto se puede deber principalmente a la aplicación pragmática de un criterio de eficiencia en la utilización de los recursos escasos con los que cuenta toda agencia de competencia (OCDE, 2018), dado que:

- (i) Es razonable que los recursos se destinen prioritariamente a las conductas que tienen un impacto negativo para el bienestar de los consumidores mucho más claro y relevante, tal como ocurre en el caso de los carteles (prácticas colusorias horizontales). Ello lleva al Indecopi, como autoridad administrativa, a priorizar su prevención y persecución como parte de la política de competencia en el Perú; y,
- (ii) Dada la complejidad del análisis técnico y económico (por ejemplo, la delimitación del mercado relevante, la estimación del poder de mercado y de los efectos causados), así como lo ampliamente discutibles que pueden ser las circunstancias de cada caso concreto (por sus parámetros difusos: cuándo es abuso, cuándo está justificado y qué eficiencias deben considerarse, entre otros), el Indecopi prefiere asignar sus recursos a aquellos casos que, como los carteles, tienen una mayor probabilidad de éxito en la detección, corrección y sanción.

Ello lleva a que nos encontremos en un escenario asimétrico de aplicación de la LRCA y que, por lo tanto, no se genere la misma disuasión sobre las conductas consistentes en el APD, que la que se genera sobre los carteles (prácticas colusorias horizontales). Pero aquí el problema no es el diseño legal, sino –en parte– el déficit de capacidades de la autoridad administrativa para el *enforcement* sobre un APD. Ante ello, la imposición de sanciones más rigurosas como las penas de cárcel no aportan soluciones a este déficit, que podría ser aún más marcado en las capacidades del Ministerio Público, titular de la acción penal.

Una medida más racional (como alternativa que solucione

4.- Debe recordarse que, en el año 2008, mediante disposiciones complementarias derogatorias, la LRCA dispuso la derogación de los delitos por conductas anticompetitivas. Así, en la exposición de motivos de esta ley se señaló como fundamento lo siguiente: "(...) la experiencia práctica del INDECOPI ha demostrado que la persecución administrativa –y no la persecución penal– constituye la principal forma de represión y desincentivo de prácticas anticompetitivas. A ello se añade el hecho de que el complejo análisis de los efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicos como las de tipo penal". Actualmente, estamos nuevamente en sentido contrario.

mejor y a menor costo un problema si es que este hubiera sido identificado) sería el reforzamiento de políticas de *responsive regulation*. Como se ha señalado, el APD tiene características que dificultan la aplicación de la ley a un nivel óptimo, por lo que medidas intermedias en la pirámide regulatoria distintas a las sanciones, pero efectivas, son preferibles (Mufdi, 2020). Ya existe un avance en este sentido mediante el Decreto Legislativo 1510 (mayo de 2020), pues modificó la LRCA en lo referido al inicio de procedimientos sancionadores incorporándose para el fiscal administrativo la facultad de imponer medidas que restablezcan o promuevan la competencia⁵, en determinados casos (incluido el APD que no sea capaz de generar un efecto significativo sobre la competencia), en lugar de procedimientos administrativos sancionadores.⁶

A diferencia del APD, los carteles (prácticas colusorias horizontales) son perseguidos también penalmente en distintas jurisdicciones, pues se ha considerado que, además de tener un efecto casi siempre negativo sobre el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores, son moralmente reprochables (Artaza Varela, 2017). No obstante, la criminalización de carteles puede no ser una política adecuada, sobre todo cuando –como en el caso peruano– puede distorsionar y afectar el eficaz funcionamiento del sistema correctivo y sancionador a nivel administrativo.

El principal efecto negativo del nuevo delito de abuso de poder económico es que puede perjudicar la principal herramienta de detección de carteles con la que cuentan las agencias de competencia: la delación compensada o el programa de clemencia. Al ser los carteles una conducta usualmente secreta, técnicamente compleja, de evidencia fragmentada que muchas veces es destruida, la LRCA prevé un mecanismo de incentivos que ofrece la exoneración de las sanciones aplicables, a cambio de la delación del resto de miembros del cartel y el aporte de pruebas suficientes para probar la conducta ilícita propia y de otros. La utilización de este mecanismo se ha incrementado en el Perú en los últimos años y ha permitido una mayor detección de carteles (OCDE, 2018).

Con la vigencia de la Ley 31040, el funcionamiento del programa de clemencia que prevé la LRCA, a nivel administrativo, puede verse severamente afectado. Ello debido a que se producirían los siguientes escenarios:

(i) Los individuos buscarían aplicar a la colaboración eficaz en sede penal ante el Ministerio Público, pues el Indecopi no puede asegurarles la inmunidad criminal, y solo cooperarían con este último si obtienen primero garantías a nivel penal. No obstante, en el ordenamiento jurídico peruano, la colaboración eficaz está reservada para pocos delitos legalmente especificados,⁷ por lo que los individuos podrían ver reducidos sus incentivos para colaborar con el Indecopi y con el Ministerio Público.

(ii) Por su parte, las empresas estarán incentivadas a solicitar la clemencia ante el Indecopi, pues solo este puede garantizar la exoneración (total o parcial) de multas. Sin embargo, dado que los individuos que participaron en la conducta anticompetitiva ven reducidos sus incentivos para colaborar, sin su ayuda, la recolección de información y pruebas suficientes para obtener clemencia se verá bastante dificultada. En ese caso, podría resultar menos riesgoso o costoso –para los individuos que desarrollaron la conducta desde la empresa– esperar a que el Indecopi inicie una investigación por cuenta propia, dificultado la detección temprana de carteles.

Por tanto, la existencia de sanciones penales –que conceptualmente son más severas– no se traducen necesariamente en más casos detectados ni en una mayor eficacia para disuadir la realización de conductas anticompetitivas. En ese sentido, por ejemplo, la OCDE nota que, para una disuasión óptima de carteles, debería estar garantizado el “efecto dual” de la delación compensada. Es decir, que pueda comprender tanto a la sanción administrativa como a la pena de cárcel (OCDE, 2020).

Además, el nuevo delito de abuso de poder económico, desde su propia aplicación, enfrentará amplias discusiones vinculadas al principio de non bis in ídem frente a la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador y un procesal penal, contra una misma persona, que sea imputada por realizar una conducta anticompetitiva (infracción) y un abuso de poder económico (delito), en mérito a los mismos hechos.

Asimismo, será necesario dar contexto y aplicación a la regla de la prevalencia penal (también conocida como prejudicialidad penal) y la regla de la vinculación de la

5.- Decreto Legislativo 1510

Primera. Incorporación del numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Incorpórase el numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

“Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento

18.4. Mediante resolución debidamente motivada, la Secretaría Técnica puede, en ejercicio de una facultad discrecional, no iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador cuando determine, en función a los criterios previstos en el artículo 44 de la presente Ley, que una conducta sujeta a la prohibición relativa no esté en capacidad de tener un efecto significativo sobre la competencia. En este supuesto, la Secretaría Técnica puede imponer, de oficio o a solicitud del investigado, la implementación de acciones que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la Ley. La Comisión aprueba los Lineamientos para el ejercicio de esta facultad discrecional, a propuesta de la Secretaría Técnica.”

6.- La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, como fiscal administrativo, podrá decidir no iniciar un procedimiento sancionador, conforme a lo antes anotado. Al efecto, es importante que se generen espacios transparentes de coordinación entre esta autoridad y los investigados para la correcta aplicación de esta regla, evitando destinar innecesariamente recursos a la tramitación de prolongados procedimientos que pueden no tener la eficacia esperada.

7.-Asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, criminalidad organizada, concusión y corrupción de funcionarios, entre otros que establezca la ley.

Administración respecto de los hechos probados judicialmente, cuando en un proceso penal se discutan hechos que resultan igualmente relevantes para la resolución de un procedimiento administrativo en materia de conductas anticompetitivas. Ello conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Penal.

En suma, la persecución del nuevo delito de abuso de poder económico podría provocar mayor discusión, menos claridad, menos celeridad y (probablemente) menos eficacia en la disuasión, corrección y sanción de conductas anticompetitivas. ¿Cuál resulta un mayor desincentivo sobre una persona natural: una pena privativa de libertad de 4 años suspendida o una multa administrativa que puede superar los USD 100 000?

En cuanto a las garantías para los administrados y su presunción de inocencia, debemos anotar que es posible que el Ministerio Público, antes de actuar, decida esperar a que el Indecopi concluya el trámite del procedimiento administrativo que haya iniciado para comprobar la realización de conductas anticompetitivas. Sin embargo, en este caso, existirá un potencial deterioro del derecho constitucional a la presunción de inocencia con impacto en el ámbito penal, puesto que cualquier decisión de la autoridad administrativa (que se fundamente en un “estándar probatorio menor” que el penal, como ha reiterado el Indecopi en diferentes decisiones⁸) puede condicionar el análisis de la Fiscalía y del Juez Penal. ¿Y si el Juez considera no probados determinados hechos o conductas, que el Indecopi sí consideró probados? El procedimiento sancionador a cargo del Indecopi podría quedar sin fundamento probatorio y devenir en nulo o infundado.

2.2. Acaparamiento

La Ley 31040 restituye el delito de acaparamiento que había sido derogado expresamente por la LRCA en el año 2008, por considerarlo inconstitucional:⁹

Artículo 233.- Acaparamiento

El que provoca escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Debe notarse que un acaparamiento que tuviera capacidad real de incrementar precios en el mercado sólo podría ser realizado por una empresa dominante, para la que el clásico modelo de monopolio se aplica: reduce la producción o la venta para incrementar precios. No sucede así con las empresas que no tienen poder de mercado o dominancia. Este tipo penal debió haber previsto el elemento de dominancia para evitar investigaciones sobre conductas no lesivas y condenas erróneas.

Pero, incluso si ello hubiera sido incluido, evaluados los elementos del tipo, se trata de una figura cuya determinación tiene un muy alto riesgo de ser arbitraria, y su determinación en cada caso concreto resulta gaseosa, pues “acaparar” o “sustraer del comercio” es exactamente igual que dosificar el stock para asegurar un abastecimiento racional (por ejemplo, frente a una demanda desmesurada y especulativa); o, de tomar decisiones estratégicas de compra y venta según una propia política comercial.

De igual modo, si un productor que no es dominante sino tomador de precios prevé que los precios de su producto van a incrementarse: ¿Tendría que deshacerse de toda su producción de inmediato o esperar a que los precios suban para colocar su producción? ¿El productor estará acaparando (reteniendo recursos productivos) si decide producir con menor rapidez que una demanda que se incrementa apresuradamente?

El concepto de “precio habitual” es muy difícil de determinar pues, dependiendo del sector y del mercado relevante particular, los precios pueden cambiar diariamente, semanalmente o sobre la base de otro período. Basta mirar, por ejemplo, los precios mayoristas de los productos agrícolas, seguramente esenciales para la vida. En ese contexto: ¿Qué es el “precio habitual”? ¿El precio promedio? ¿De qué período? Además, este nuevo tipo penal se instaura de manera genérica y no bajo una situación de emergencia, lo cual implica un control de precios permanente en el país, que sólo contribuiría con la escasez de los productos que más requiere la sociedad.

Considerando una figura tan gaseosa y de tan arbitraria determinación al tratarse de un tipo penal en blanco que no tiene una norma extrapenal que le brinde certeza, su criminalización (con las consecuencias graves que ello involucra) genera desincentivos muy fuertes para la producción y/o comercialización de aquellos productos esenciales que se pretende asegurar. Es decir, la

8.- La Comisión de Defensa de la Libre Competencia ya ha tomado una (indebida) posición (que debe ser corregida) sobre este tema, reconociendo que el estándar probatorio que utiliza para resolver sus casos es más relajado que el utilizado en materia penal:

“43. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que, tratándose de infracciones de índole administrativa, los procedimientos en materia de defensa de la libre competencia se caracterizan por un estándar de prueba menos rígido que el aplicable en los procesos penales, formal y materialmente más elevado, debido a la gravedad de las penas que se pueden aplicar a quienes resulten responsables”. Cita textual de la Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI del 14 de mayo de 2018.

9.- En relación con esta derogación, la exposición de motivos de la LRCA precisó que se: “despenaliza la figura conocida como “acaparamiento” prevista en el artículo 233 del Código Penal, puesto que su tipificación producida en 1991 contraviene el sistema económico de economía social de mercado previsto en la Constitución Política del Perú de 1993, así como el principio rector de la libre competencia reconocido en el artículo 61 de la carta magna”. Actualmente, estamos nuevamente en sentido contrario.

criminalización promueve escasez en el mercado formal y expansión de mercados ilegales.

2.3. Especulación

De otro lado, esta nueva ley modifica la tipificación del delito de especulación:

Artículo 234.- Especulación y alteración de pesos y medidas

El productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o salud de la persona, utilizando prácticas ilícitas que no se sustenten en una real estructura de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si la especulación se comete durante un estado de emergencia, declarado por el Presidente de la República, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Como señalamos antes, el concepto de “precio habitual” es muy difícil de determinar pues, dependiendo del sector y del mercado relevante particular, los precios son distintos dependiendo del nivel comercial o de las particularidades de cada agente económico; así como pueden cambiar diariamente, semanalmente o sobre la base de otro período. Por ejemplo, en el caso de los productos agrícolas (presumiblemente candidatos para ser declarados esenciales), no se tiene uno sino miles de productores, cada uno con sus circunstancias, estructura de costos y precios. Se tiene acopiadores, transportistas, mayoristas, mercados de abastos principales, mercados de abastos secundarios, canal moderno (supermercados), mini-markets, bodegas, distribuidores independientes (delivery), etc.

En relación con tales productos, los precios cambian diaria o semanalmente. Si miramos más detalladamente en el retail, las tiendas de conveniencia en cadena, las bodegas o los supermercados, entre otros, cada uno de ellos tiene una política de ajuste de precios diferente. Cada uno tendrá un “precio habitual”, que se ha venido moviendo a lo largo de días, semanas, meses o años. En

ese contexto, nuevamente: ¿Qué es el “precio habitual”? ¿El precio promedio? ¿De qué período? Ciertamente, la determinación del precio habitual resultará, inevitablemente, arbitraria.

Sin embargo, lo más preocupante tiene que ver con la asunción de que el incremento de precios frente a una situación de alta demanda es per se ilegal. Este tipo penal presume que, en situaciones de emergencia o calamidad, es deber de los productores o comerciantes mantener sus “precios habituales”, a pesar de que es natural que condiciones anormales generen distorsiones en riesgos, costos y rentabilidades, que se traducen en distorsiones en precios. En suma, la obligación de mantener precios es también un control de precios, que sólo contribuiría con la escasez de los productos que más requiere la sociedad en una situación crítica.

El tipo penal de especulación plantea que los cambios en la estructura de costos pueden justificar el incremento de precios. Sin embargo, recomponer dicha estructura requiere de asunciones, metodología y reglas de imputación, que podrían ser distintas a las utilizadas por la autoridad penal. En ese caso, existe un riesgo grave de que un agente económico que incrementa sus precios de acuerdo con sus propios cálculos esté cometiendo un delito, si la autoridad asume cálculos distintos.

Esto genera un alto nivel de incertidumbre y, como consecuencia de ello, un gran desincentivo para producir o comercializar los productos esenciales regulados. Nuevamente, la criminalización genera escasez en el mercado formal y expansión del mercado ilegal, en una situación sumamente crítica como lo es una emergencia, conmoción o calamidad pública. Nos encontramos nuevamente frente a un tipo penal en blanco que no tiene una norma extrapenal que le brinde certeza.

Además, la implementación de controles de precios elimina los incentivos que generan los precios altos temporales, para ampliar la oferta. Esto se ha visto en la realidad con implementos tales como mascarillas, equipos de protección, mandiles, alcohol, productos de limpieza, etc., (durante esta pandemia) cuyos incrementos iniciales de precios provocaron que muchas empresas giren hacia la atención de demanda insatisfecha, empujando finalmente los precios hacia niveles regulares.



VIGNOLO - REYES ARRESE

CONSULTORÍA ADMINISTRATIVA Y LITIGACIÓN PENAL

 /vraabogado

 www.linkedin.com/company/vraabogados

III Conclusión

En general, los tres delitos analizados, establecidos por la Ley 31040, no han sido debidamente evaluados durante el proceso legislativo, pues generan efectos que no contribuyen con una adecuada política de competencia en el país, debido a que no se ha seguido una metodología que garantice la calidad regulatoria.

EDICIÓN: 2020

