

# El deber de renegociación contractual como consecuencia del cambio de circunstancias

## The duty to renegotiate the contract as a result of changed circumstances

Recibido: 03-05-2025 | Aceptado: 27-05-2025

David Cuba Abarca\*

\*<https://orcid.org/0009-0000-4427-0238>  
Universidad de Antofagasta, Chile

### Resumen

Este artículo aborda la importancia de la existencia de un deber de renegociación en caso de cambio de circunstancias es transversal a todos los ordenamientos jurídicos occidentales como primera manifestación de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC). Por lo que se refiere a los efectos jurídicos de un cambio de circunstancias. A falta de una estipulación legal o contractual explícita, las partes están obligadas a renegociar los términos originales del contrato con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias. Esta obligación se impone tanto a la parte favorecida como a la afectada por la aparición de un cambio de circunstancias, debiendo los contratantes regir su conducta por el principio de la buena fe durante la renegociación. Sin embargo, por la naturaleza de este deber, las partes no tienen la obligación de llegar a un acuerdo como resultado que signifique la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Una concepción dinámica de la buena permite la creación de una obligación de renegociación para los contratantes. Si bien es generalmente aceptado que el deber de buena fe en la ejecución del contrato es la base de la renegociación, es sin embargo más difícil determinar el contenido y naturaleza de este deber.

**Palabras clave:** *Renegociación; Buena fe; Imprevisión; Deberes contractuales; Adaptación*

### Cómo citar

Cuba Abarca, D. El deber de renegociación contractual como consecuencia del cambio de circunstancias. MSC Métodos De Solución De Conflictos, 5(9). <https://doi.org/10.29105/msc5.9-121>

**Abstract**

This article addresses the importance of the existence of a duty to renegotiate in the event of changed circumstances is transversal to all western legal systems as the first manifestation of Alternative Dispute Resolution Methods (ADR). As regards the legal effects of a change in circumstances. In the absence of an explicit legal or contractual stipulation, the parties are obliged to renegotiate the original terms of the contract in order to adapt it to new circumstances. This obligation is imposed on both the favoured and the affected parties by the occurrence of a change in circumstances, with the contracting parties being required to conduct themselves according to the principle of good faith during renegotiation. However, because of the nature of this duty, the parties are not obliged to reach an agreement that would mean adapting the contract to new circumstances. The dynamic conception of good faith allows the creation of an obligation to renegotiate on the part of the contractors. While it is generally accepted that the duty of good faith in the performance of the contract is the basis for renegotiation, it is more difficult to determine the content and nature of this duty.

**Key words:** *Conflict resolution, Ethics, Dialogue, Complex thought, Cultural metaphors.*

**1. INTRODUCCIÓN**

El deber de renegociación puede justificarse como el medio para buscar la mejor adaptación del contrato a la realidad socioeconómica que lo rodea, muy distinta de la realidad razonablemente considerada por las partes en el momento de la celebración del contrato. A partir de esta visión, el contrato puede ser considerado como una síntesis de intereses, donde cada una de las partes forma una relación de cooperación buscando una finalidad concreta, es decir, la utilidad económica que reporta el negocio jurídico. En efecto, ante una situación de desequilibrio contractual a consecuencia de un cambio profundo de las circunstancias, el remedio se encuentra en el punto medio que sea posible conciliar, por un lado, que el

deudor ejecute su obligación y, por otro, que este cumplimiento tenga expectativas razonables (Aynes, L., 1997, p. 66). Sin embargo, estas virtudes de paciencia, lealtad y cooperación que las partes debieran adoptar, no se manifiestan generalmente de modo espontáneo, especialmente cuando las partes contratantes no han estipulado una cláusula de renegociación anticipada. Así, la renegociación contractual como la forma más elemental de Métodos Alternativos para la Solución de las Controversias (MASC) debe examinarse desde el punto de vista de su contenido y de su naturaleza.

**2. METODOLOGÍA**

La investigación adopta un método lógico abstracto de los conceptos relevantes en el

estudio. De esta forma, siguiendo un análisis deductivo a partir de principios y normas que fundamentan la existencia del deber de renegociación contractual por imprevisión. En este punto, no es objeto de análisis el fenómeno de la teoría de la imprevisión, sino que sus consecuencias en la relación jurídica contractual, es decir, la renegociación como mecanismo de solución de controversias. En el análisis del contenido y naturaleza de la renegociación se utiliza un método comparativo que se centra en la legislación de los sistemas nacionales e internacionales occidentales, pero también en la doctrina que sustenta teóricamente el reconocimiento de la renegociación como deber, el cual no se encuentra exento de debate. Abordar el problema de la compatibilidad entre el contrato y la realidad, cuando los principios de buena fe, equidad y justicia contractual no puedan tolerar el desequilibrio de las prestaciones por razones ajenas a la voluntad de las partes contratantes exige de sustentación deductiva a partir de una mirada teleológica de los principios contractuales que son comunes en la cultura occidental del *civil law*.

### **3. EL CONTENIDO DE LA RENEGOCIACIÓN**

En este sentido, la obligación contractual implica una relación y un deber de cooperación entre las partes, basado en la buena fe y la equidad, es decir, es siempre un comportamiento correcto que evita una desproporción grave en el beneficio económico para una de las partes en detrimento de la otra. La aplicación del principio de buena fe durante el procedimiento de renegociación

implica una serie de conductas que deben ser observadas por cada una de las partes durante la ejecución del contrato, las cuales constituirían la base de la obligación de renegociar ante un cambio de circunstancias (Oppetit, B., 1974, p. 794). La naturaleza de la obligación de renegociación debe basarse en la existencia de circunstancias que afecten al contrato, las cuales generarían una injusticia contractual porque una de las partes se verá gravemente perjudicada por circunstancias externas y razonablemente imprevistas.

#### **3.1 La adaptación del contrato a la nueva realidad**

No cabe duda de que las partes contratantes deben respetar el principio de buena fe en todas las fases de la relación contractual, tanto en la fase de formación del contrato como durante la fase de su ejecución. En este último caso, la injusta y excesiva onerosidad que puede significar cumplir con el contrato frente a un cambio profundo e imprevisto de las circunstancias que, razonablemente las partes tuvieron en miras al momento de contratar, resulta de gran interés para nuestro estudio.

Ante una renegociación, las propuestas y contrapropuestas deben ser serias, razonables y coherentes con el objetivo de aportar la información necesaria para que la otra parte comprenda todos los aspectos y consecuencias de la adaptación del contrato a la nueva realidad (Picod, Y., 1989, p. 212). Del principio general de la buena fe surge el deber de cooperación que implica que las partes deben llevar a cabo las negocia-

ciones con flexibilidad, teniendo en cuenta los intereses de la parte contraria, así como sus propios intereses, manteniendo las negociaciones durante un período de tiempo adecuado, y buscando siempre un acuerdo o una solución razonable que busque establecer el equilibrio inicial del contrato, como queda plasmado en el célebre laudo arbitral *Kuwait v. American Independent Oil Company* (caso. Aminoil)<sup>1</sup>.

La renegociación puede ser entendida como un derecho cuando la parte que ha sufrido un perjuicio económico grave durante la ejecución del contrato derivado de un cambio profundo de las circunstancias iniciales, considera legítimo pedir a la otra parte que el contrato sea adaptado a la nueva realidad. Sin embargo, también podemos hablar de un deber de renegociación cuando los principios que rigen el derecho contractual obligan claramente a las partes a renegociar. Para llegar a esta convicción del deber de renegociar, examinaré en primer lugar su naturaleza y luego estudiaremos cómo se desarrolla este deber.

### **3.2 De la naturaleza del deber a la renegociación del contrato**

Es cierto que, en caso de desequilibrio contractual imprevisto, a las partes les podría interesar tratar primero de mantener el contrato en los términos de una renegocia-

ción o adaptación, más que determinar su terminación. En este sentido, la renegociación parece ser una necesidad práctica ya que cada una de las partes podría sufrir los perjuicios de un cambio de circunstancias donde la terminación del contrato no sería la solución, por el contrario, las partes contratantes siempre buscarán la mejor solución, solución que puede ser la corrección o adaptación del contrato a las nuevas circunstancias.

Los diferentes ordenamientos jurídicos parecen estar orientados a preferir la conservación del contrato frente a su extinción con el fin de alcanzar el objetivo concreto de cada una de las partes. La buena fe y la equidad exigen no sólo que las partes cumplan con lo acordado en el contrato, sino también que se comporten de manera justa, seria y razonable en todo momento, especialmente en el caso de circunstancias especiales de desequilibrio. Las obligaciones contractuales exigen que se revise el contrato y que las anomalías se corrijan de forma amistosa, evitando así las posibles consecuencias negativas de una posible revisión judicial del contrato. De acuerdo con estos principios, abordaremos el debate en torno a la indisponibilidad del derecho de renegociación como consecuencia jurídica de una obligación de medios

### **4. EL DEBATE SOBRE EL CARÁCTER INDISPONIBLE DEL DERECHO A LA RENEGOCIACIÓN**

Sobre la base de un deber de renegociación derivado de los principios del contrato,

<sup>1</sup> *Kuwait v. American Independent Oil Company* (caso. Aminoil). *Kuwait v American Independent Oil Company* (Aminoil) [1982] 21(5) ILM 976. La Corte de Arbitraje ad-hoc indica: "The said contractual equilibrium gives rise to the legitimate expectations of the parties. To assess both the equilibrium and the expectations, one should look at the original text of the contract, as well as at the amendments, the interpretations, and the behaviour manifested along the course of its existence. (para.149)".

es posible sostener que será preferible que la renegociación se lleve a cabo de manera libre y voluntaria, ya que los hechos acaecidos cambiaron profundamente la economía del contrato, por lo cual el valor inicial de las utilidades degenera en resultados manifiestamente injustos frente a las nuevas circunstancias durante la fase de ejecución del contrato de tal suerte que la renegociación toma la forma de una adaptación. En este contexto, surge el debate sobre la posibilidad de renunciar al derecho de renegociación con carácter preliminar con la ayuda de una cláusula contractual al momento de la celebración del contrato. Sobre este tema hay porque ello significaría dejar de reconocer el principio de buena fe; y, por otro lado, está la posición atenuada fundamentada en la libertad contractual como principio que rige la negociación y celebración de un contrato.

#### **4.1 La indisponibilidad del derecho a la renegociación**

Uno de los principios fundamentales para la renegociación es el principio de buena fe, esto nos permite deducir inevitablemente su naturaleza, sobre todo si recordamos los deberes específicos que deben observar las partes contratantes desde el inicio de la relación contractual. Parece contradictorio establecer que las partes contratantes no pueden eludir el deber de actuar de buena fe y, al mismo tiempo, sostener que la exclusión de la posibilidad de renegociar es manifestación del respeto potencial de los deberes específicos de conducta siendo la consecuencia misma de tales deberes.

La importancia de la buena fe es evidente como principio rector de la legislación contractual al imponer ciertos deberes a los contratantes (CUBA, 2024, p. 93). Se requiere de una actitud coherente y sincera en la fase de formación del contrato, y también de un comportamiento idóneo que permita la correcta ejecución, es decir, la buena fe puede adoptar una concreción a través de especiales deberes contractuales que la dogmática civil se ha encargado de sistematizar durante el siglo XX destacando la corriente doctrinaria denominada solidarismo contractual (Bourgeois, L., 1998, p. 15)

Casi un siglo después de su creación, esta doctrina ha resurgido con fuerza en la jurisprudencia francesa lo que no ha pasado inadvertido por la doctrina occidental (Tallon, D., 1997, p. 403-404), para formar lo que Mazeaud (2003) “un nuevo orden contractual” (p.295), permitiendo la creación de un vínculo entre las manifestaciones del principio de buena fe y su práctica actual.

Duguit (1987) critica el propósito egoísta del derecho subjetivo tal como se entiende tradicionalmente, y sostiene que los objetivos del individualismo se alejan de la realidad social (p. 35). Para Demogue (1921), la finalidad del Derecho no está necesariamente centrada en el individuo, importa también el grupo social como una realidad objetiva en sí misma diferente de sus componentes, por lo cual no hay individuos libres y aislados, sino por el contrario, sociales (p. 32). El autor afirma en otra de sus obras (1907) que “... por el hecho de existir en un entorno social,

una obligación ya tiene una serie de repercusiones...”<sup>2</sup> (p. 246). En el mismo sentido Romani (2002) indica que estas repercusiones van más allá del propio interés de las partes firmantes y de lo que podrían haber previsto porque el Derecho existe gracias a la sociedad y, en consecuencia, todos los fenómenos jurídicos son a su vez sociales (p. 90).

Del principio de buena fe se deducen los deberes de conducta específica para los contratantes que se consideran necesarios en un consenso social, aun cuando no se mencionen expresamente ni en la ley ni en el contrato. Entre estos deberes especiales o secundarios se encuentran, por ejemplo, los deberes de información, cooperación, preservación del contrato, debida diligencia, lealtad, coherencia, protección y custodia, entre otros, cuya finalidad es proteger a las partes y evitar el riesgo de daños durante la ejecución del contrato con un espíritu de solidaridad (Romani, L., 2002, p. 90). A los efectos del presente caso, el deber de renegociar el contrato podría basarse en el deber de cooperación (Ordoqui, G., 2011. p. 105), que se traduce en la colaboración entre las partes para la ejecución de sus respectivas prestaciones, y así lograr el interés común esperado, es decir, los beneficios recíprocos derivados del acuerdo, de tal manera que el contrato no termine por resolución.

#### **4.2 También existe un argumento lógico según el cual la renuncia expresa al derecho a invocar la imprevisibilidad contractual no puede tener efectos absolutos**

Cuando las partes renuncian en términos generales a la doctrina de la imprevisibilidad, esto equivale a decir que asumen los riesgos (y, por tanto, la responsabilidad) derivados de todos los acontecimientos que puedan afectar a la ejecución de las prestaciones, ya sean previsible o imprevisible. Pero surge una pregunta: ¿cómo pueden las partes contratantes asumir el riesgo de un evento imprevisible, si por definición, debería haberseles presentado el riesgo? Si una de las partes asume un riesgo, significa que renuncia a los efectos que un determinado acontecimiento pudiera tener en el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual implica necesariamente la representación de este riesgo por parte de la parte que lo asume. De esta manera, no es posible renunciar al uso de la imprevisibilidad, ni asumir la responsabilidad por hechos imprevisibles en términos generales o absolutos, sino solo por hechos o eventos precisos y previamente determinados. En otras palabras, la renuncia general a la renegociación no tiene ningún efecto respecto de los eventos identificados como imprevisibles después de la renuncia misma, ya que como consecuencia lógica las partes no habrían podido incluirlos en su renuncia o aceptación de riesgos (Mosset, J., 1994, p. 295)

<sup>2</sup> «...par le fait d'exister dans milieu social, une obligation a déjà un certain nombre de répercussions...»

### 4.3 La atenuación al carácter indisponible de la renegociación

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, existe un argumento que puede esgrimirse frente al carácter irrevocable de la imprevisión. Este argumento se basa en la posibilidad que tienen las partes de asumir el caso fortuito. En efecto, la doctrina latinoamericana indica que, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual, tomando como ejemplo el carácter descrito en el artículo 1673 del Código Civil chileno<sup>3</sup> que hace responsable al deudor de la pérdida de la cosa debida si el deudor se ha constituido en responsable de cualquier caso fortuito. La asunción o aceptación del caso fortuito es una cláusula perfectamente jurídica que puede modificar la responsabilidad del deudor (Abeliuk, R., 2003, p. 795) por tanto, esta cláusula se aplicaría a cualquier disposición de carácter contractual. El único límite a esta estipulación es la nulidad de un potencial fraude futuro proveniente de una u otra de las partes (Elorriaga, F., 2009, pp. 135-166), pues lo contrario supondría aceptar la mala fe como norma general de los ordenamientos jurídicos. A partir de esta afirmación, la tesis de que el deudor puede legítimamente asumir la responsabilidad del cumplimiento de sus obligaciones en el caso de que éstas se vuelvan imposibles debido a un acontecimiento que se lo impida absolutamente, *a fortiori*, puede asumir la responsabilidad

de una prestación que se ha convertido sólo en onerosa o difícil (pero no imposible). Sin embargo, es prudente considerar que los límites aplicables a la renuncia del caso fortuito se apliquen de igual modo cuando se intenta invocar la imprevisibilidad contractual. Es lógicamente imposible suponer lo que es imprevisible, de modo que cuando el deudor asume la responsabilidad de un evento imprevisible, debe entenderse que éste se refiere a eventos que pueden preverse y anticiparse razonablemente (Borda, A., 2002, p. 3). No existe una norma general en el ordenamiento jurídico occidental que permita considerar al deudor responsable de cualquier caso fortuito, lo que parece razonable sobre la base de los argumentos esgrimidos para apoyar el carácter imperativo de las normas que regulan la imprevisibilidad.

#### 4.3.1 El rechazo a los fundamentos de la doctrina comparada y a los planes de unificación del derecho

En este sentido, la doctrina comparada ha sostenido que la exclusión general y absoluta del caso fortuito como causa de exoneración de la responsabilidad del deudor sería nula, ya que es contraria al principio de buena fe que debe estar vigente durante todas las etapas de la relación contractual. Del mismo modo, se puede argumentar que las cláusulas de fuerza mayor están siempre sometidas a los límites de la libertad contractual, por lo que no pueden ser manifiestamente irrazonables dentro de los parámetros de buena fe y equidad, valores que deben prevalecer en la inter-

<sup>3</sup> Artículo 1673. Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado. Lea más: <https://www.bcn.cl/ley-chile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

pretación de la cláusula y del contrato en general. Así, una cláusula que atribuye la responsabilidad de todos los riesgos del contrato a una sola de las partes podría considerarse manifiestamente irrazonable y contraria a la buena fe. En este sentido, los proyectos de unificación del derecho contractual sostienen que no pueden limitarse los derechos de las partes fundándose exclusivamente en la libertad contractual si va en contra del principio de buena fe.<sup>4</sup> Esta afirmación se reitera en los

#### 4 Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR).

«Principios Contractuales Comunes» (vol.7) Asociación H. Capitant y la Société de Législation Comparée. DCFR, traducida al francés de los tres primeros libros de Ghestin J., con el apoyo de la Fundación para el Derecho Continental: [http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/traduc-vbar-livre\\_i-ii-iii\\_08-2008.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/traduc-vbar-livre_i-ii-iii_08-2008.pdf) Traducción al español por el autor del artículo:

Artículo 1: 102 sobre la libertad contractual: « (1) Cada parte está obligada a actuar de acuerdo con los requisitos de la buena fe. (2) Las partes no podrán excluir o limitar este deber.»

Artículo 1: 201 sobre la buena fe bajo el epígrafe de “deberes generales”: “(1) Cada parte está obligada a actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no podrán excluir o limitar este deber.”

Sección 3 sobre Lealtad Contractual

Artículo 0:301 sobre el deber general de buena fe: “Cada una de las partes está obligada a obrar conforme a las exigencias de la buena fe, desde la negociación del contrato hasta la consecución de todos sus efectos. Las partes no podrán excluir o limitar este deber”.

Artículo 0:302 sobre el cumplimiento de buena fe: “ Todos los contratos deben cumplirse de buena fe. Las partes sólo podrán invocar los derechos contractuales y las cláusulas de acuerdo con la finalidad para la que fueron estipuladas”.

Artículo 0:303 sobre el deber de colaborar: “Las partes están obligadas a colaborar cuando sea necesario para la ejecución de su contrato”.

Artículo 0:304 sobre el deber de coherencia: “ una parte no podrá actuar en contradicción con sus declaraciones y comportamientos anteriores, sobre la base de los cuales su cocontratante pueda haber invocado legítimamente “.

#### Principios del Derecho Europeo de los Contratos:

“Disposiciones generales”:

Artículo 1: 102 sobre la libertad contractual: “(1) Cada parte está obligada a actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no podrán excluir o limitar

Principios Latinoamericanos de Derecho Contractual (PLDC)<sup>5</sup> en los que se incluye en el principio de buena fe que debe estar presente sin límite respecto a la libertad de negociación, permitiendo siempre la posibilidad de adecuar el contrato si una de las partes obtiene una ventaja desproporcionada (Fauvarque-Cosson, B., 2004, p. 69)

este deber.”

Artículo 1: 201 sobre la buena fe bajo el epígrafe de “deberes generales”: “(1) Cada parte está obligada a actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no podrán excluir o limitar este deber.”

Artículo 1: 202 sobre la colaboración: “Cada una de las partes debe a la otra una colaboración que permita que el contrato produzca todos sus efectos”.

Artículo 1: 302 sobre la razonabilidad: “Razonable se considerará razonable en virtud de estos Principios si las personas de buena fe se colocan en la misma posición que las partes considerarían razonable. En particular, se tendrán en cuenta la naturaleza y el objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y costumbres de las profesiones o ramas de actividad de que se trate”.

**Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea:** “Principios generales”:

Artículo 2 sobre la buena fe y la lealtad<sup>1037</sup>:

«1. Corresponderá a cada una de las partes actuar de conformidad con el principio de buena fe y lealtad.

2. El incumplimiento de esta obligación podrá impedir a la parte incumplidora ejercer o invocar cualquier derecho, acción o defensa de que disponga de otro modo, o podrá incurrir en responsabilidad por cualquier daño causado a la otra parte como consecuencia de ello.

3. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni menoscabar sus efectos, ni modificarlos.”

**Principios de UNIDROIT:** Buena Fe:

Artículo 1.7: “(1) Las Partes cumplirán con los requisitos de buena fe en el comercio internacional. 2. No podrán excluir esta obligación ni limitar su alcance.”

Prohibición de contradecirse a sí mismo en detrimento de los demás:

Artículo 1.8: “Una parte no podrá obrar en contradicción con una expectativa que haya despertado en la otra parte cuando esta última haya creído razonablemente en esa expectativa y haya actuado en consecuencia en su perjuicio”.

5 **PLDC:** Libertad de negociación

Artículo 10. Las partes son libres de negociar el contrato y de interrumpir las negociaciones en cualquier momento. Las partes deben actuar de buena fe tanto durante las negociaciones como cuando éstas se terminan.

Del examen de las normas citadas, se logra establecer que el principio de buena fe evita que las partes eludan, mediante cláusulas contractuales, las regulaciones establecidas para los casos de imprevisión contractual.

### **4.3.2 La asunción anticipada de riesgos derivados de hechos expresamente determinados**

En este caso, se trata de un acontecimiento concreto que las partes han previsto y respecto del cual se ha establecido una distribución de los riesgos que podrían derivarse del mismo en caso de producirse. No obstante, debe exigirse que el deudor haga explícita esta asunción, sin perjuicio de la repartición de los riesgos que se deriven inequívocamente de la naturaleza del contrato de que se trate o de las circunstancias de un caso concreto. Además, la interpretación de tales cláusulas debe ser estricta, sin pretender ampliar su alcance de manera análoga a hechos que no estén manifiestamente comprendidos en ellas. En otras palabras, el criterio de previsibilidad debe aplicarse no sólo al hecho en sí, sino también a sus efectos y significado. Por ejemplo, una guerra puede durar mucho más de lo esperado, o un cambio inesperado en la política económica puede convertir un proceso normal de inflación en hiperinflación. La norma contenida en el Marco Común de Referencia del Derecho Europeo (DCFR) adopta expresamente esta tendencia, ya que exige como una de las condiciones previas para la imprevisión que el deudor no previó, y no pudo haber previsto razonablemente, la posibilidad o la importancia del cambio

en las circunstancias<sup>6</sup>. Todo lo mencionado anteriormente significa que, aun cuando el cambio de los acontecimientos pudiera haber sido potencialmente anticipado por las partes afectadas, y su intensidad escape a parámetros razonables de predicción, pero satisfaga los demás requisitos, el deudor siempre tendrá la opción de solicitar la revisión del contrato.

## **5. LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIAR ES UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS**

La obligación de renegociar es una obligación de medios, ya que el fracaso de las negociaciones sin tener en cuenta el deber de comportarse conforme al principio de buena fe, abriría a cada una de las partes la posibilidad de resolver el contrato sin costo ni perjuicio<sup>7</sup>. Siempre será necesario demostrar una conducta leal, es decir,

<sup>6</sup> (DCFR) III. — 1:110: Modificación o fin decidido por el tribunal debido a un cambio en las circunstancias

(1) Una obligación debe cumplirse incluso si el cumplimiento se hubiera vuelto más oneroso, ya sea porque el costo del cumplimiento ha aumentado o porque el valor de la contraprestación ha disminuido.

2) No obstante, si el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso, debido a un cambio excepcional de las circunstancias, que sería manifiestamente injusto mantener al deudor obligado, el tribunal podrá

(a) modificar el derecho para que sea razonable y justo en las nuevas circunstancias

b) o extinguir la obligación en la fecha y en las condiciones que determine el Juez.

(3) La subsección 2 se aplica solo si

a) el cambio de circunstancias se haya producido después del nacimiento de la obligación;

b) el deudor no había tenido en cuenta, y no podía razonablemente haberlo hecho, la posibilidad y la importancia del cambio de circunstancias;

c) el deudor no había asumido ni podía razonablemente haber asumido el riesgo de este cambio de circunstancias

(d) y el deudor se ha esforzado, razonablemente y de buena fe, por negociar un ajuste razonable y justo a los términos de la obligación.

<sup>7</sup> Art. 6: I II PDEC; art. 111-1:101 DCFR.

debe existir una conducta similar a la lealtad entre las partes contratantes porque la obligación de renegociar no prevalece sobre la obligación de revisar (Mazeaud, D., 2007, p. 765). Aunque no exista obligación de llegar a un acuerdo, la parte que se niegue a renegociar el contrato será condenada a pagar los daños y perjuicios que conlleve su negativa<sup>8</sup>, pudiendo estos daños tener una naturaleza punitiva (Thibierge, L., 2011, p. 470). Negociar de buena fe no puede entenderse en base al comportamiento contrario, es decir, negociar de buena fe no significa abstenerse de negociar de mala fe, porque no se esperará únicamente que las partes contratantes se abstengan de cualquier comportamiento perjudicial en un amplio sentido para su cocontratante, sino que también, se espera que realicen acciones favorables que faciliten obtener como resultado un acuerdo razonable (Tisseyre, S., 2012, p. 116)

### **5.1 La dificultad estriba en la capacidad de dar un contenido positivo a esta obligación**

Al renegociar los términos del contrato, las partes deben esforzarse por reducir el desequilibrio sustancial. La obligación de renegociar exige que las partes hagan todo lo posible para que su propuesta se traduzca en una modificación del contrato, sólo así será posible alcanzar el objetivo de la obli-

gación de renegociar, que el contrato pueda subsistir, por lo cual las proposiciones de adaptación deben estar en línea con esta perspectiva, es decir, reducir el desequilibrio contractual para que el contrato pueda continuar surtiendo sus efectos (Maury, F., 1998, p. 1243). Si las partes contratantes no pueden llegar a un acuerdo, debido a diferencias legítimas en el contexto de la renegociación, no puede reprocharse su conducta descartando comportamientos culpables que generen responsabilidad. Así, los jueces tendrán que determinar en este contexto si las propuestas son serias y si el fracaso de la negociación es legítimo o injusto.

En este estudio de la naturaleza de la renegociación, es necesario destacar la posible identificación de dos obligaciones sucesivas que reflejan diferentes intensidades de consideración y, por otra parte, examinaremos la dimensión del sacrificio de los intereses legítimos de las partes contratantes.

### **5.2 La posible dualidad del deber de renegociación**

Es preciso distinguir entre dos obligaciones sucesivas. Así, en un examen más profundo del deber de renegociar el contrato, podemos identificar en primer lugar una obligación de resultado, es decir, negarse a iniciar esta renegociación es suficiente para constituir una falta, por lo que la imposibilidad absoluta de renegociar el contrato sigue siendo un motivo de justificación según las reglas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones. Por otro lado, cuando

<sup>8</sup> PDEC Art. 6: 111: *in fine*, que establece que el tribunal "...podrá ordenar una indemnización por el daño causado a una de las partes por la negativa de la otra a negociar o por su incumplimiento de las negociaciones de mala fe".

se inician las renegociaciones, no es imperativo llegar a un acuerdo como ya hemos mencionado.

Por ello, parece más acertado distinguir entre dos obligaciones sucesivas: en primer lugar, la obligación de iniciar la renegociación, donde la obligación recaerá sobre ambas partes, y, en segundo lugar, la obligación de llevar a cabo esta renegociación de buena fe, es decir, que las partes observen una conducta correcta según los parámetros de los deberes contractuales, lo cual obedece a una simple obligación de medios que no exige en ningún caso obtener un acuerdo.

La actitud de las partes debe ser correcta tanto en sus propuestas como en su conducta (Stoffel-Munck, Ph., 1994, p. 117), y es por esta razón que la legitimidad de la negativa debe presumirse en el curso de las renegociaciones. Por lo tanto, la obligación de llegar a una adaptación contractual del contrato durante una renegociación es una obligación de medios. Sin embargo, durante la obligación de renegociación, la atención no se centrará tanto en el resultado, sino más bien en el comportamiento justo, equitativo y cooperativo de las partes durante esta fase (Aynès, L., 1999, p. 18) En efecto, tal conducta nos lleva a considerar que, en el marco del deber de renegociación, cuando se trata de propuestas razonables, es perfectamente aceptable que una parte contratante la rechace, porque es contraria a sus intereses (Mazeaud, D., 2007, p. 765)

### **5.3 El sacrificio de los intereses legítimos de las partes contratantes**

Durante la renegociación del contrato, se plantea la cuestión sobre la legitimidad de exigir a las partes contratantes que sacrifiquen algunos de sus intereses. Así, podemos preguntarnos ¿hasta qué punto se les puede pedir a las partes que renuncien a sus propios intereses para que el contrato continúe? Para responder se debe analizar este tema desde diferentes enfoques:

#### **5.3.1 El límite del sacrificio**

Al tratarse de una obligación de medios respecto de la cual las partes contratantes deben adoptar una línea de conducta determinada, en ningún caso se debe considerar culpable al acreedor si se niega a sacrificar uno de sus intereses esenciales -y legítimos- en beneficio de su deudor (Stoffel-Munck, Ph., 1994, p. 121). En efecto, cuando a raíz de un cambio de circunstancias, la situación particular del deudor amenaza los intereses del acreedor, la acción de renegociar no puede perjudicar de modo esencial los intereses legítimos del acreedor hasta el punto de que sus aspiraciones y beneficios económicos se vean seriamente amenazados. Por esta razón, un cambio en las circunstancias no debe poner en peligro el patrimonio de las partes contratantes hasta el punto de que el contrato ya no sea viable durante la renegociación debido a un desequilibrio irremediable.

### 5.3.2 El interés de un bien superior

De acuerdo con este razonamiento y considerando el contrato como un instrumento que no solo sirve para satisfacer intereses individuales, sino que también cumple una función social inserta en la realidad material de una comunidad (Demogue, R., 1921, p.32), podemos concluir que durante el período de renegociaciones, las partes, siguiendo un comportamiento leal y cooperativo, pueden hacer ciertas concesiones de sus intereses legítimos en aras de interés o bien superior, que pueda subsistir el contrato. En este contexto, cada parte contratante deberá tener en cuenta los intereses de la otra (Revet, T., 2004, p. 579), formulando propuestas y recibiendo contrapropuestas en un intento de restablecer el equilibrio contractual, poniendo como objetivo evitar la ruina económica de la parte contratante más desfavorecida. Cuando se ponen en práctica los sacrificios de los intereses legítimos de las partes contratantes y se restablece así un equilibrio contractual razonable para la subsistencia del contrato, ello no significa que las partes contratantes tengan como objetivo una equivalencia de beneficios, sino que el criterio práctico del sacrificio es la utilidad reportada por la convención. Por tanto, bajo este contexto, el contrato se basa en una causa que es un factor de cambio representado como un elemento dinámico del acto, el cual sólo puede traducirse por medio de la noción de interés.

### 5.3.3 El factor económico.

La teoría contractual debe complementarse teniendo en cuenta el beneficio espe-

rado de la transacción en el momento de la renegociación, ya sea por una razón de imprevisión o de fuerza mayor. El restablecimiento del equilibrio contractual junto con los sacrificios que las partes contratantes están dispuestas a asumir en una renegociación, están condicionados por la búsqueda de los beneficios recíprocos del contrato. Sobre este último punto, podemos concluir que existe una convergencia entre el análisis económico del derecho y una teoría económica del contrato, que da sentido a una adaptación contractual ante un cambio imprevisto de las circunstancias<sup>9</sup>. Por lo tanto, de acuerdo con el análisis económico del Derecho, las partes solo pueden concluir un acuerdo si la transacción es mutuamente beneficiosa para ambos (Corderch, S., 2009, p. 35).

### 5.4 El contrato como instrumento de distribución de riesgos entre las partes

La alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del contrato, puede afectar total o parcialmente a la rentabilidad esperada por los contratantes (Carrasco, A., 2010, p.963). Existe el riesgo de que la utilidad esperada del contrato quede afectada por un cambio de circunstancias, quedando por lo general una parte muy desfavorecida frente a la otra. Así, la repartición del riesgo de que la situación económica y financiera cambie en el futuro

<sup>9</sup> Esta doctrina del análisis económico del derecho ofrece propuestas sobre cómo distribuir eficientemente el riesgo contractual entre las partes en caso de alteración de las circunstancias. Véase: (Cooter R., & Ulen, T., 2016, p. 350)

agravando el cumplimiento de la obligación suele corresponder al deudor de esta (Serozan, R., 2014, p. 3). Sin embargo, esta regla no es absoluta porque la interrogante que plantea la alteración de las circunstancias contractuales es: ¿en qué casos el riesgo de alteración de la situación financiera no debe recaer sobre el deudor de la obligación contractual y, en consecuencia, permitir la modificación o extinción de la relación contractual?

La atribución del riesgo de alteración de las circunstancias a una de las partes del contrato puede lograrse, en primer lugar, por la voluntad de las partes en el contrato, en segundo lugar, por el legislador y, finalmente, por los tribunales sobre la base de las doctrinas que abordan la cuestión del cambio de circunstancias (Amunátegui, C., 2003, p. 176).

Independientemente de las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, la mayoría de ellos coinciden en concebir el contrato como un instrumento de distribución del riesgo entre las partes (Mekki, M., & Kloefer-Pelèse, M., 2011, p. 675). Una de las principales funciones del contrato es distribuir el riesgo cuando no se cumplan las expectativas de las partes en virtud de los acontecimientos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato (Mitchell Polinsky, A., 1981, p. 428). Antes de firmar el contrato, las partes tienen la oportunidad de revisar la información relevante, evaluar la probabilidad de que ocurra una contingencia incierta específica y negociar el contenido del contrato de acuerdo con sus perspectivas y su

voluntad de asumir riesgos (Hondius, E., & Grigoleit, H., 2011, p.4).

## 6. CONCLUSIONES

El primer efecto de un cambio de circunstancias debe ser imponer a las partes la obligación de renegociar. La existencia de tal obligación implica que, para el deudor, la solicitud de renegociación es una condición para invocar posteriormente las disposiciones relativas al cambio de circunstancias. Si ambas partes han actuado de buena fe, pero las negociaciones no se concluyen en un plazo razonable, cualquiera de las partes puede recurrir a los tribunales para solicitar una adaptación del contrato en función de la evolución de la situación y los tribunales tienen amplias facultades y pueden modificar o rescindir el contrato; Esta última opción se consideraría como último recurso.

Si bien la existencia de un deber de renegociación no está expresamente prevista en la mayoría de los ordenamientos jurídicos incluidos en el estudio, los proyectos de armonización europeos y latinoamericanos sostienen que el deber de renegociar es un elemento importante de la teoría de los contratos, y ha sido confirmado por la mayoría de la doctrina jurídica y, en algunos casos, también por decisiones judiciales. La obligación de renegociar es una consecuencia necesaria de la existencia del principio de continuidad del contrato junto con el deber cooperación que se derivan del principio de buena fe. El contenido de la obligación de renegociar y las consecuencias de la ausencia de

acuerdo entre las partes están sujetos al principio de buena fe junto a los deberes contractuales que derivan del principio, los cuales son vinculantes para ambas partes. Esto significa esencialmente que las partes deben llevar a cabo las negociaciones con seriedad, buscando cambios razonables que permitan adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, teniendo en cuenta los intereses de la contraparte y con el objetivo de llegar a un acuerdo. Por lo tanto, si la solicitud de negociación fracasa debido a una negativa injustificada a entablar dichas negociaciones o si la ruptura de las negociaciones está motivada por una conducta abusiva o de mala fe por parte de una de las partes, la parte perjudicada tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios causados por la demora y los costos incurridos en relación con la confianza depositada en una renegociación fallida.

Las bases en las que se basa el derecho/deber de renegociación son el espíritu de colaboración entre las partes durante la duración del contrato y, sobre todo, la conciliación de intereses con una justa distribución de los riesgos, todo lo cual garantizan la durabilidad y eficacia del contrato. Por lo tanto, si las partes no llegan a un acuerdo amistoso regido por la buena fe y búsqueda de la paz, el juez puede intervenir con carácter excepcional para facilitar la renegociación, y de no ser posible, podría declarar la resolución del contrato según lo permita la legislación del país o la jurisprudencia asentada en esta materia.

Por último, nada impide que la parte afectada por un aumento excesivo en la onerosidad de la prestación renuncie a la teoría de la imprevisión después de que se hayan producido los hechos. En este caso, la renuncia podrá ser expresa o tácita. El caso más típico de renuncia tácita será el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, pudiéndose concluir que el deudor ha cumplido con su obligación y no ha recurrido a la doctrina de la imprevisión cuando se ha presentado la oportunidad, entendiendo razonablemente que el cumplimiento no habría llegado a ser excesivamente oneroso en las condiciones requeridas para que la imprevisión contractual sea aplicable.

## TRABAJOS CITADOS

- Amunátegui, C (2003) La cláusula rebus sic stantibus, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Aynès, L (1997) Crise économique et rapports de droit privé, dans Droit de la crise: crise du droit? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique, PUF.
- Aynès, L (1999) Le devoir de renégocier, *RJcom* (24) 11-24
- Borda, A (2002) "Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares", t. 2, ed. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires.
- Bourgeois, L (1998) La solidarité, ed. Presses Universitaires du Septentrion.
- Carrasco, A (2010) Derecho de contratos, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor
- Coderch, S. (2009) Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (4).

- Cooter, R., & Ulen, T (2016) *Law & Economics*, ed. Pearson, Berkeley Law Books.
- Cuba, D (2024) Hacia una concepción dinámica de la buena fe en el Derecho contractual, en *“Miradas y desafíos jurídicos en el siglo XX”*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 81-109.
- Demogue, R (1907) Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *RTD civ.*, 245-310.
- Demogue, R (1921) *Traité des obligations en général*, vol. 1, Rousseau, Paris.
- Duguit, L (1987) *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Edit. EDELVAL Valparaíso, Chile.
- Elorriaga, F (2009) Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, pp. 135-166.
- Fauvarque-Cosson, B., & Mazeaud, D (2008), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Models Rules*, Munich, ed. Sellier.
- Fauvarque-Cosson, B (2004) Le changement de circonstances, *RDC*, (20) 67- 79
- Hondius, E., & Grigoleit, H (2011) Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances”, Hondius, E., & Grigoleit, H (eds.) *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press.
- Jmosset, J (1994) Interpretación económica de los contratos, ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Maur, F (1998) “Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat “, *RRJ* 1243-1255.
- Mazeaud, D (2003) Le nouvel ordre contractuel, Édité. *Revue des Contrats*, Paris, (1) 295-322.
- Mazeaud, D (2007) Renégociar ne rime pas avec réviser, *Dalloz*. (11) 765-776.
- Mekki, M., & Kloepper-Pelèse, M (2011) “Hardship and Modification (or “Revision”) of the Contract”, *hartkamp*, A.S; Hesselink, M.W; Hondius E., & Mak, C (eds.), *Towards a European Civil Code*, 4a ed. Wolters Kluwer Law&Busines, Alphenaan den Rijn.
- Mitchell Polinsky, A (1981) Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies, *Journal of Legal Studies*. (12) 427-444.
- Oppetit, B. (1974) L’Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship, *Journal de Droit International*, (101) 794-814
- Ordoqui, G (2011) Buena fe en los contratos, ed. Reus, Madrid.
- Picod, Y (1989) Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat, ed. LGDJ, Paris.
- Revet, T (2004) L’obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de verification de la prise en compte de l’intérêt de l’autre partie, ed. RDC, Paris.
- Romani, L (2002) Les fondements de l’exigence de bonne foi en droit français des contrats, ed. École doctorale N° 74, Lille 2.
- Serozan, R (2014) “Informe general sobre los efectos de las crisis financieras en la fuerza vinculante de los contratos: renegociación, rescisión o revisión”, *XIV Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado* (Viena, 21-26 de julio).
- Stoffel-Munck, Ph (1994) Regards sur la théorie de l’imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, Presses universitaires d’Aix-Marseille.
- Tallon, D (1997) La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, *Études Sayag. Droit et vie des affaires*, ed. LITEC.
- Thibierge, L (2011) Le contrat face à l’imprévu, ed. *Economica*.
- Tisseyre, S (2012) Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, ed. *Presse Universitaire d’Aix-Marseille*

### David Cuba Abarca

Abogado, máster y doctor en Droit privado por la Universidad de Montpellier, Francia.

Profesor en Derecho privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta (Chile). Correo electrónico: david.cuba@uantof.cl