

Contenido y alcance de la renegociación contractual por cambio de circunstancias

Content and Scope of Contractual Renegotiation due to Change of Circumstances

David Cuba Abarca
Universidad de Antofagasta, Chile

RESUMEN: Este artículo aborda, desde una perspectiva general, la existencia de un deber de renegociación contractual en caso de un cambio profundo e imprevisto de las circunstancias. Esta obligación, que se impone tanto a la parte favorecida como a la afectada por un cambio de circunstancias, exigirá una aplicación dinámica del principio de buena fe durante el procedimiento de renegociación. Ello implica una serie de conductas que deben ser observadas por todas las partes contratantes durante la ejecución del contrato. Sin embargo, cuando se materializa este procedimiento, resultará difícil determinar el contenido y alcance de la renegociación, especialmente cuando las partes utilizan diferentes técnicas contractuales.

PALABRAS CLAVE: renegociación, buena fe, cambio de circunstancias, deberes contractuales, cláusula de adaptación.

ABSTRACT: This article examines, from a general perspective, the existence of a duty to renegotiate a contract in the event of a profound and unforeseen change of circumstances. This obligation, which applies to both the party that benefits from the change of circumstances and the party that is adversely affected by it, requires a dynamic application of the principle of good faith throughout the contractual renegotiation process. This entails a range of behaviors that all parties must observe during the execution of a contract. However, when renegotiation is materialized, determining its precise content and scope can be challenging, particularly when the parties use different contractual techniques.

KEYWORDS: renegotiation, good faith, change of circumstances, contractual duties, adaptation clause.

Introducción

La renegociación por un cambio profundo de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al momento de la conclusión del contrato puede significar un nuevo contexto contractual, en el que las partes implicadas podrían prever esta posibilidad, mediante la estipulación de una cláusula de adaptación, pero también se da el escenario en que lo contratantes no habrían previsto razonablemente la posibilidad de renegociar y, por ende, no incluyeron cláusula alguna a tal efecto.

Para buscar el remedio legal que pueda restablecer el equilibrio de los derechos y obligaciones de cada una de las partes a través de una renegociación, será necesario respetar ciertas condiciones y principios. La renegociación de un contrato desequilibrado por un cambio de circunstancias no es en ningún ordenamiento jurídico un tema pacífico, sin embargo, su reconocimiento hoy como un verdadero deber se debe al desarrollo de la ciencia jurídica contractual, al avance de proyectos de armonización del derecho contractual europeo, a la evolución de la jurisprudencia y, finalmente, a las consagraciones legislativas de países que han entendido que la intangibilidad contractual no es un límite de libertad contractual, porque las partes pueden haber establecido una cláusula de adaptación insuficiente para compensar o reequilibrar el contrato. Si bien este trabajo no tiene por finalidad fundamentar o justificar el derecho/deber de renegociación, sino que, partiendo de la existencia de esta institución jurídica,¹ la investigación se focaliza en el análisis de su contenido y alcance que parece difuso en un primer término. Es así que, tanto las normas que regulan esta materia como las estipulaciones que contemplan expresamente la renegociación del contrato ante una alteración profunda de circunstancias, sirven de refe-

1 Respecto a la obligación de renegociar debido a un «cambio de circunstancias», existen varias normas en distintos instrumentos de *soft law* y derechos nacionales como son los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos (PLDC) que sus art. 10 y 84 han adoptado la misma solución que el artículo 6.2.3. (4)b) de los Principios UNIDROIT (PCCI); 6.111, (3)b) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL); art. 1195, inc. 3 del Código Civil Francés y art. 1091 del Código Civil y Comercial Argentino (por mencionar algunos), donde se impone a las partes la obligación de renegociar el contrato y si esto no se logra, en un plazo razonable o prudencial, está previsto como recurso o adaptación del contrato por el juez.

rencia general a principios y deberes que se derivan en su mayor parte de la buena fe (Cuba, 2024: 93). La adaptación del contrato comienza normalmente con la fase de renegociación y solo cuando ésta fracasa es posible solicitar la intervención judicial para que el contrato sea revisado o incluso resolverse cuando no es posible la adaptación a las nuevas circunstancias (Momberg, 2010: 67). Aunque la renegociación no es obligatoria, la negativa a renegociar un contrato desequilibrado no puede ser totalmente arbitraria. De conformidad con el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, la parte perjudicada debe presentar la propuesta de renegociación sin “demoras indebidas”.

Se trata de una obligación que nace para ambas partes y, por lo tanto, cualquiera puede tomar la iniciativa de iniciar las renegociaciones. Podemos pensar que en principio solo la parte afectada por el cambio profundo de circunstancias podría estar interesada, pero también puede suceder que la parte no afectada esté interesada en mantener la relación contractual, sacrificando incluso una parte del beneficio extra producido por la alteración circunstancial ocurrida (Lando y Beale, 2000: 474). La renegociación debe llevarse a cabo con las condiciones necesarias establecidas en el artículo 2:301 y 2:302 PECL.

La parte afectada por el cambio de circunstancias imprevistas está obligada a comunicar las razones por las que solicita una nueva renegociación. Una vez realizada la comunicación, el acreedor puede rechazar la renegociación, pero su rechazo debe estar justificado y de acuerdo con la buena fe y el deber de cooperación de conformidad con el art. 6:111 de los PECL.

La solución propuesta es interesante porque el mecanismo establecido permite que la renegociación sea más ventajosa para ambas partes del contrato. Si bien las partes son libres de aceptar o no iniciar negociaciones, si se niegan esto no puede ser totalmente discrecional o injustificado, ya que la falta de buena fe, el deber de lealtad y cooperación puede exponer a la parte contratante a la reparación del daño causado (art. 6:111:3 PECL). En efecto, la norma menciona expresamente la posibilidad de sancionar a la parte que se niegue a negociar o a realizar negociaciones contrarias a la buena fe pagando los daños y perjuicios, siempre que su negativa o su comportamiento abusivo haya causado perjuicios. El tribunal solo intervendrá si la renegociación fracasa. En

este sentido, después de la conclusión del contrato, la negociación de buena fe sigue siendo necesaria cuando el contrato deba ser renegociado. Así, según el artículo 6:111(3) en su párrafo final dispone: “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”. Es por estas razones que la buena fe influye también en el contenido obligatorio del contrato según el artículo 6:102(c): “Además de las cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que se derivan [...] (c) [...] de la buena fe”.

Para examinar el contenido y la naturaleza de la renegociación, se empleará un método comparativo y crítico que se centra tanto en la legislación de los sistemas comparados nacionales e instrumentos internacionales como también en la doctrina y jurisprudencia relevante. Esta revisión doctrinal y jurisprudencial es esencial, ya que sustenta teóricamente el reconocimiento de la renegociación como un deber, una cuestión que, sin embargo, no está exenta de debate, pero que no será el tema central de este trabajo porque se parte de la premisa que el deber existe. Abordar el problema de la compatibilidad entre el contrato y la realidad exige una fundamentación deductiva de la concepción dinámica del principio de la buena fe y justicia contractual en el proceso de la renegociación por un desequilibrio profundo de las prestaciones originado por razones ajena a la voluntad de las partes contratantes. Dicha fundamentación parte de una mirada teleológica de los principios contractuales comunes en la cultura occidental del *civil law* (Cuba, 2025: 35).

La fase de renegociación puede generar dudas sobre su desarrollo, ya que se trata de un período en el que la supervivencia del contrato está amenazada y la incertidumbre puede superar la confianza de los contratantes. En este contexto podemos analizar la situación en la que las partes no han previsto una posible renegociación, lo que resulta ser la regla general, pero por otro lado observaremos la situación en que las partes han podido establecer una cláusula de renegociación en el contrato ante un posible cambio de circunstancias.

La renegociación inesperada para las partes

La renegociación por imprevisión contractual en su verdadero sentido es puramente convencional. Se trata de una instancia en la que se intenta modificar el contenido contractual para adaptarlo a las nuevas circunstancias y restablecer el equilibrio del contrato mientras sea útil a los intereses de los contratantes. Este nuevo acuerdo debe ser fruto de la libertad contractual, sin intermediarios ni demanda ante un tribunal.

En este contexto de grave desequilibrio contractual, las partes no han incluido ninguna cláusula de renegociación, lo que crea un destino incierto para la relación obligacional. En este escenario, el deber de renegociación puede manifestarse en una fase simplemente convencional, o bien, la renegociación puede hacerse en un contexto judicial donde el juez será quien ordene la renegociación (Momberg, 2010: 58). En este segundo caso, es posible dudar de la situación del contrato y de sus prestaciones durante el período de renegociación, pero también es importante determinar cuál será el comportamiento que deberán tener los contratantes durante ese período.²

Siguiendo al profesor Momberg, es importante analizar la suerte del contrato dentro del período de la negociación, ya que esto implica necesariamente una fase de incertidumbre con relación a los efectos originales del contrato en caso de que las renegociaciones se extiendan por un tiempo prolongado. En cuanto a la extensión del período de renegociación del contrato, tanto los Principios UNIDROIT como los PECL se refieren a un “plazo razonable” para llevar a cabo las negociaciones y llegar a un acuerdo (Momberg, 2010: 58).

Es posible permitir que la parte afectada suspenda el cumplimiento de sus obligaciones únicamente en circunstancias muy excepcionales,

2 Un laudo arbitral sumamente importante e icónico en el Derecho internacional, es *Kuwait v American Independent Oil Company (Aminoil)* [1982] 21(5) ILM 976. La Corte de Arbitraje ad-hoc indica en el párrafo 149: «El mencionado equilibrio contractual da lugar a las expectativas legítimas de las partes. Para evaluar tanto el equilibrio como las expectativas, debe considerarse el texto original del contrato, así como las enmiendas, las interpretaciones y el comportamiento manifestado a lo largo de su existencia». Así, la incapacidad de llegar a un acuerdo durante el período de renegociación no significa incumplimiento, siempre que se busque el legítimo interés actuando siempre de buena fe.

como se establece expresamente en los Principios UNIDROIT³ en su artículo 6.2.3. Las PLDC art. 84. 2 consideran también la suspensión de la obligación de la parte afectada.⁴

Por otra parte, el artículo 1195 del Código Civil francés establece la regla contraria al formular que la parte contratante que solicita la modificación del contrato debe respetar sus obligaciones inicialmente acordadas durante todo el período de renegociación. Aunque esta norma tiene una precisión útil que evitaría cualquier dificultad práctica, en el texto no se especifica nada sobre el progreso de estas negociaciones (Cabriillac, 2015: 771), lo que nos hace dudar del modelo de cumplimiento, ya que parece contrario a la lógica que la parte afectada por un trastorno económico del contrato no suspende el cumplimiento de la obligación si lo que busca precisamente en la renegociación es la subsistencia del contrato, en caso contrario pediría al juez su resolución (David, 1974: 211). La parte que solicita la renegociación, sin duda perseverar en la relación contractual y no ponerle fin, por esta razón la propuesta de modificación debería incluir términos razonables que contemplen sacrificios compatibles con los intereses de cada una de las partes (Momberg, 2010: 59) y, por ende, necesarios para mantener la subsistencia del contrato, para ello las proposiciones deben ser coherentes con el objetivo de aportar la información necesaria para que la contraparte comprenda todos los aspectos y consecuencias de la adaptación del contrato a la nueva realidad (Picod, 1989: 212). Esta propuesta puede incluso coincidir con la propuesta general de modificación, independientemente de que ésta sea finalmente rechazada o alterada durante las negociaciones. En los casos en que las partes no lleguen a un acuerdo sobre este punto o la renegociación sea ordenada por el tribunal, éste deberá necesariamente establecer las condiciones de cumplimiento o de suspensión del contrato durante las negociaciones, incluyendo también un plazo máximo para su realización (Momberg, 2010: 59). En general, los ordenamientos jurídicos nacionales que no contemplan expresamente la suspensión de la obligación de quien soli-

3 UNIDROIT art. 6.2.3: 2) La demanda no da por sí misma a la parte lesionada el derecho de suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

4 PLDC art. 84: La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause un perjuicio irreparable a la parte perjudicada.

cita la renegociación, los contratantes y sobre todo el acreedor pueden invocar la excepción del incumplimiento de la obligación manteniendo un espíritu de cooperación (Cabrilac, 2016: 65).

La aplicación del principio de buena fe al proceso de renegociación

Este principio implica una serie de conductas particulares que deben ser observadas por cada parte durante este período (Momberg, 2010: 57). En este sentido, lo primero que debe hacer la parte afectada por la excesiva onerosidad es solicitar la renegociación del contrato en un plazo muy breve y sin retrasos injustificados. Además, tal solicitud debe estar debidamente fundada en cuanto a la exigencia de las circunstancias que afectan al contrato y el modo en que las circunstancias hacen que la prestación de la parte afectada sea excesivamente onerosa. De este modo, la contraparte dispone de información suficiente para analizar el derecho de la otra parte a solicitar la renegociación. En este mismo sentido, las proposiciones y contrapropuestas deben ser serias, razonables y coherentes, previendo la información necesaria para una comprensión clara de la otra parte adversa (Momberg, 2010: 58).

En este contexto, y para los objetivos de este trabajo, es preferible analizar la buena fe en la fase principalmente en la fase de ejecución del contrato que, más allá de ejecutar la prestación debida, incluye una obligación dinámica de las partes para llevar a cabo con éxito el objeto del contrato (Bernal-Fandiño, 2007: 24). El avance creciente de la revisión del contrato por imprevisión en los distintos ordenamientos, sea a nivel jurisprudencial o legal, ilustra la influencia que tuvo el retorno del solidarismo contractual (Aynes, 1999: 11), sin embargo, salvo contados casos, antes de la reforma del Derecho francés de 2016, la Corte de Casación francesa de modo sistemático rechazaba la adaptación del contrato por imprevisión (Aynes, 2005:397) desde la célebre sentencia del Canal de Craponne⁵ (Capitant y otros, 2008: 183).

5 Cass. civ., 6 marzo 1876, *De Gallifet c. Commune de Pélissanne (Canal de Craponne)* Grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, n° 165: 183.

Siguiendo la visión del solidarismo contractual, los deberes que emanan de una concepción dinámica de la buena fe serían los siguientes:

1. El deber de cooperación. — Este deber ha sido designado de diferentes formas, todas ellas representando una noción fundamental de la doctrina del solidarismo contractual. Por tanto, se mira al contrato como “un instrumento de cooperación leal, acto de confianza mutua” (Demogue, 1921: 32). Partiendo de esta concepción, aunque las partes en un contrato deben hacer todo lo posible para cumplir sus obligaciones, en caso de incumplimiento de una de ellas, a la luz del solidarismo, corresponde al juez moderar las exigencias del acreedor, según las circunstancias (Bernal-Fandiño, 2007:24). Ejercer presión sobre el deudor que, por razones externas a su voluntad, no ha podido ejecutar su prestación, es un derecho del acreedor, pero es un derecho que se debe ejercer con mesura (19).

Entre los deberes generales establecidos por el primer capítulo de los PECL y como consecuencia del deber de buena fe se encuentra el deber de colaboración. El artículo 1:202 dispone así: “Cada parte deberá a la otra una colaboración que permita al contrato producir su pleno efecto». La formulación elegida es interesante porque indica bien la función del deber de colaboración que es asegurar la plena eficacia del contrato. Esto explica que las partes no solo están obligadas a abstenerse, sino que deben adoptar un comportamiento positivo. El comportamiento de las partes durante la renegociación obedece a un patrón de conductas gobernadas por deberes contractuales, es así que “derivado del principio general de buena fe, surge un deber de cooperación, que implica que las partes deben conducir las negociaciones con flexibilidad y tomando en consideración no solo sus intereses, sino los de su contraparte, evitando por tanto las dilaciones injustificadas como el término abusivo o intempestivo de las negociaciones” (Momberg, 2010: 58).

Esta doctrina ha resurgido con fuerza en la jurisprudencia francesa, lo que no ha pasado inadvertido por la doctrina occidental (Tallon, 1997: 403) para formar lo que algunos llaman “un nuevo orden contractual” (Mazeaud, 2003: 295), permitiendo la creación de un vínculo entre las manifestaciones del principio de buena fe y su práctica actual

(Bernal-Fandiño, 2007: 18). Finalmente, siguiendo a la doctrina actual es posible expresar dos cuestiones cardinales:

por una parte, que la noción de cooperación recíproca entre los contratantes es intrínseca al concepto de contrato, al punto que prácticamente se identifican; y, por otra parte, que la aludida cooperación recíproca constituye un elemento del contrato tanto o más importante que el acuerdo de voluntades (Quzada, 2025: 36).

2. El deber de coherencia. — El movimiento del solidarismo en el campo jurídico critica fuertemente el derecho subjetivo clásico por su marcado acento individualista y egoísta, además consideran que tanto la ley como los jueces deben intervenir para evitar abusos y restablecer el equilibrio en los contratos (Bernal-Fandiño, 2007: 18). De esta forma, los jueces deben establecer límites en las posibilidades de contradicción de las partes, a fin de lograr un equilibrio entre la libertad, la seguridad y la coherencia contractual (Bernal-Fandiño, 2007: 20). Se trata de un deber que implica no volver sobre los propios pasos es decir, no tener conductas contradictorias en perjuicio de la contraparte, porque el sentido de la relación contractual es generar estabilidad y confianza, donde la coherencia de los comportamientos individuales cumpliría la función de ser “el cemento del orden jurídico y moral” (2007: 20).

Si bien la coherencia en los contratos no es nueva ni es exclusiva del Derecho Europeo continental, hay conceptos desarrollados en los diferentes ordenamientos jurídicos que se encuentran estrechamente asociados con la idea de la no contradicción, (*venire contra factum proprium*)⁶ tales como la teoría de los actos propios (Díez-Picazo y De León, 1963: 26), las figuras del *estoppel*⁷ en el derecho anglosajón y del *verwirkung* realización en el derecho alemán, entre otros. Por su parte, la jurispru-

6 Se recomienda revisar la obra colectiva “Venire contra factum proprium” (2010) Hernán Corral Talciani (Dir.) en *Cuadernos de Extensión Jurídica* n° 18, Santiago: Ed. Universidad de los Andes.

7 Sobre este tema, y su desarrollo en el Derecho inglés, se recomienda ver: Cooke, Elizabeth (2000) *The modern law of estoppel*. Oxford: University Press.

dencia francesa reciente autoriza este deber de coherencia sobre la base de un principio que “...se basa en la prohibición de aprovecharse de las propias contradicciones” (Fauvarque-Cosson, 2001: 3). En este contexto, la Corte de Casación francesa ha sancionado de diferentes maneras la incoherencia entre los contratantes utilizando la noción de obligación esencial para controlar la validez de las cláusulas en los contratos (Bernal-Fandiño, 2007:21), o bien poniendo el acento en la noción de causa en los contratos como fundamento de la coherencia contractual (Houtchieff, 2009: 1245) como ocurrió en el conocido caso *Chronopost*⁸ que es citado frecuentemente por la doctrina francesa en virtud de su importancia ilustrativa.

El deber de coherencia se encuentra consagrado en los principios UNIDROIT art. 4.4: “(Interpretación sistemática del contrato) Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto”. Las cláusulas y expresiones utilizadas por una o ambas partes no deben, evidentemente, considerarse aisladamente, sino como parte integrante del contexto general. Por consiguiente, deben interpretarse en función del conjunto del contrato o de la declaración en que figuran.⁹

3. El deber de lealtad. — Este deber ha sido ampliamente utilizado por la jurisprudencia francesa y, se basa en la confianza necesaria que debe existir entre las partes en el momento de contratar (Bernal-Fandiño, 2007: 21). Aunque algunos autores no encuentran diferencias entre la buena fe y la lealtad, considerándolas equivalentes (Ghestin, 1993: 231), optamos por considerar la lealtad como un concepto vinculado a los denominados «deberes secundarios de conducta» como el deber de información, confidencialidad, secreto, de asesoramiento

8 Cuando el juez se somete a un control de la contrapartida - entendida anteriormente como la causa de la obligación - debe, en principio, entender el contrato en su conjunto, o como un todo (Cass. Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632)

9 Principios UNIDROIT (2004) versión español, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma: 128. El comentario oficial n°1º del art. 4.4 (Interpretación sistemática del contrato) <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2004-Spanish-i.pdf>

a los que deben obedecer las partes, aunque no estén expresamente estipulados en el contrato (Bernal-Fandiño, 2007: 21).

El deber de lealtad podrá impedir la ruptura intempestiva de las negociaciones, o el uso abusivo de la información compartida en esta etapa, así como evitar que un contrato se rescinda de manera injusta. De esta manera tratamos de evitar las conductas excesivas y en general los actos que hacen deliberadamente difícil la carga contractual del otro. Los principios de UNIDROIT así lo entienden, en su artículo 1.7 establecen que “las partes deben actuar con buena fe y lealtad contractual en el comercio internacional”.

En los PECL la lealtad es una proyección de la buena fe que luego preside las negociaciones contractuales. De acuerdo con el artículo 2:301 (2) “la parte que conduce o rompe las negociaciones en contra de los requisitos de buena fe es responsable del daño que causa a la otra parte”. Y según el artículo 2:301 (3), el hecho de que una parte inicie o prosiga las negociaciones sin “tener la verdadera intención de llegar a un acuerdo con la otra” es contrario a los requisitos de la buena fe. El artículo 5.102 considera entre las circunstancias relevantes en la interpretación del contrato, las de su conclusión, incluidos los tratos preliminares, el comportamiento de las partes, los usos, exigencias de la buena fe, entre otras.

Este deber de información se reitera en los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos (PLDC),¹⁰ donde se da un significado al principio de buena fe, que debe estar presente sin restricción respecto a la libertad de negociación, que permite siempre poder adaptar el contrato si una de las partes obtiene un beneficio desproporcionado (Fauvarque-Cosson, 2004: 67).

La jurisprudencia pertinente

La obligación de renegociación puede observarse con mayor claridad en el análisis de la jurisprudencia francesa que revela la existencia de

10 PLDC Artículo 10. Libertad de negociación: Las partes son libres para negociar el contrato y suspender las negociaciones en cualquier momento. Las partes deberán actuar de buena fe tanto durante las negociaciones como en el momento de su ruptura.

una obligación de renegociación basada en el deber de buena fe¹¹ en caso de un cambio profundo e imprevisto de las circunstancias que llevó a las partes a contratar.

La Corte de Casación francesa reveló la existencia de una obligación de renegociación basada en el deber de buena fe (Mestre, 1993: 124), porque se había celebrado un contrato de distribución de petróleo entre BP y el Sr. Huard donde este último reprochó al primero que no le permitiera cobrar precios competitivos, ya que la liberalización de los precios de los carburantes lo exponía gravemente a la competencia del sector. La Corte de Casación dictaminó que la “Corte de Apelación pudo decidir que, al privar al Sr. Huard de los medios para cobrar precios competitivos, BP no había cumplido el contrato de buena fe”. En definitiva, el deber de buena fe implica que las partes renegocien su acuerdo, ante un cambio imprevisto de circunstancias (Ferrier, 1995: 85). Esta interpretación pone de manifiesto la exigencia de solidaridad que debe existir entre las partes, ya que la necesidad de permitir que el Sr. Huard actúe de forma competitiva, en el caso que nos ocupa, es consecuencia del espíritu de solidaridad que debe animar los contratos. La visión expuesta ha permitido a los jueces atenuar el rigor implacable del principio de intangibilidad contractual impuesto por la jurisprudencia Canal de Craponne.

Esta corriente jurisprudencial impulsada con la sentencia Huard se manifestó en una serie de sentencias con el mismo fundamento, en que el juez no se inmiscuye en el acto de las partes porque se respeta su efecto relativo, pero se obliga a los contratantes a renegociar los términos de su contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias. Por ejemplo, la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa estableció en la causa denominada *Chevassus-Marche*, “[...]La relación entre el agente comercial y el comitente se rige por un deber de lealtad [...] y el mandante debe permitir que el agente comercial cumpla su mandato”¹². No se trata ahora de una revisión judicial, sino más bien de una adaptación convencional fundada en una obligación positiva de renegociación exigida por

11 Cass. Com., 3 de noviembre 1992, sentencia *Huard*, Bull. civ. 1992, IV, n° 338.

12 Cass. Com., 24 noviembre 1998, sentencia *Chevassus-Marche*, Bull. civ. IV, n° 277.

el principio de la buena fe (Mestre, 1999: 98), más concretamente, en deberes de lealtad y colaboración.

Esta evolución jurisprudencial ha permitido a los jueces eludir la prohibición impuesta por la jurisprudencia *Canal de Craponne*¹³: no se inmiscuyen en el acto de las partes, sino que imponen a los contratantes renegociar los términos de su contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias. Como consecuencia de la sentencia *Huard*, en la sentencia *Chevassus-Marche*,¹⁴ la Cámara de Comercio sancionó al mandante que no había adoptado medidas concretas para permitir a su socio practicar precios competitivos.

El deber de lealtad exige la mayoría de las veces una abstención dirigida a evitar el perjuicio del otro. El deber de cooperación, por su parte, va más allá de la simple abstención al imponer al contratante una verdadera obligación de hacer, que sea exigible un determinado actuar es lo que se materializa en el presente caso (Tisseyre, 2012; 114): las partes deben comprometerse en una fase de renegociación, que se concreta en actos positivos. La obligación de renegociación, cuando cambian las circunstancias, constituye un ejemplo pertinente de cooperación en el contrato (Stoffel-Munck, 2007: 130).

La interpretación dinámica de la buena fe en las sentencias antes citadas permite la creación de un deber de renegociación a cargo de los contratantes (Stoffel-Munck, 2007: 130), pero este deber recae sobre el conjunto de obligaciones contractuales (Fauvarque-Cosson, 2004: 67). Esta interpretación pone en evidencia la exigencia de los deberes contractuales que emanan de la buena fe bajo una concepción dinámica de ésta, lo cual tiene sintonía con la doctrina del solidarismo en los contratos. Es así que, en la sentencia comentada se impregna la exigencia de solidaridad y colaboración que debe existir entre las partes, lo cual se ve expresado en la necesidad de permitir al Sr. Huard actuar de manera competitiva, en el caso en cuestión. En este análisis, podemos constatar el modo que se ha integrado el principio de buena fe en el Derecho francés, en particular a través de la jurisprudencia mucho antes que la reforma de 2016, generando una síntesis donde los prin-

13 Cass. civ., 6 marzo 1876, *De Galliffet c. Commune de Pélassanne (Canal de Craponne)* en *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, n° 165: 183.

14 Cass. Com., 24 noviembre 1998, sentencia *Chevassus-Marche*, Bull. civ. IV, n° 277.

cipios fundamentales como la libertad contractual, el consensualismo y la fuerza vinculante del contrato pueden coexistir con los deberes contractuales durante la fase de ejecución (Romain, 2002: 92).

La renegociación esperada de las partes

La adaptación del contrato por las partes mediante cláusulas de adaptación o renegociación llamadas cláusulas *hardship*, ha evolucionado de manera constante en los sistemas judiciales con una preponderancia mayor en los contratos internacionales. En efecto, los contextos políticos y económicos pueden ser variables y generar un grado importante de incertidumbre. Podemos sintetizar que las formas de adaptación del contrato más frecuentemente utilizadas en el ámbito del comercio internacional son las cláusulas de adaptación automática y las cláusulas de renegociación ante dificultades o cambio de circunstancias, estas últimas son conocidas en el comercio internacional como cláusula *hardship* la cual será analizada en la última parte de este trabajo.

Cláusula de adaptación automática

Consiste en repartir equitativamente los riesgos en función del valor monetario causado principalmente por las fluctuaciones macroeconómicas de los países, como es la inflación y la devaluación de una moneda. En este contexto, las partes estipulan previamente a los hechos la revisión automática del precio de acuerdo con la variación de los parámetros previamente definidos (Brunetti, 2002: 355), constituyéndose como un “mecanismo automático para la determinación de la prestación”, por lo que su inclusión en el contrato es claro, se trata de poner a cargo del deudor el riesgo de la variación del poder de adquisición de la moneda establecida en la obligación para el pago, que constituyen una característica notable de los contratos a largo plazo propios del comercio internacional (Chamie, 2013: 363).

En cuanto a las decisiones de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), los árbitros aceptan con frecuencia estas cláusulas solo cuando la

decisión de renegociar está expresamente presente en el contrato¹⁵, y consideran que, al estar el contrato sujeto a una divisa particular, salvo que se disponga lo contrario, las partes deben asumir los riesgos de las fluctuaciones monetarias de la moneda del contrato; en cambio, si el deudor es responsable del retraso del pago, deberá hacerse responsable de los intereses financieros con respecto al acreedor y asumirá las pérdidas causadas por las variaciones del tipo de cambio (Chamie, 2013: 363).

La cláusula hardship

En general, la cláusula *hardship* puede definirse como aquella en virtud de la cual las partes podrán solicitar una reordenación del contrato que las vincula, si un cambio en los datos iniciales con respecto a los cuales se habían comprometido viene a modificar el equilibrio de dicho contrato, hasta el punto de sufrir una de ellas un rigor injusto (Oppetit, 1974: 797). En los contratos de larga o indefinida duración o de trato sucesivo, las partes pueden insertar esta cláusula cuyo propósito es abrir una nueva negociación si se produce un trastorno económico relevante que cambie profundamente las condiciones originalmente pactadas durante la fase de cumplimiento, sin perjuicio que también pueden cambiar las circunstancias jurídicas (Dross, 2008, 294).

Las cláusulas *hardship* se distinguen de las cláusulas de indexación precisamente porque esta última opera en general de manera automática, sin intervención de las partes o del juez, mediante la sustitución por una nueva prestación en lugar de aquella cuya variación del índice haya expirado (Chamie, 2013: 368). La cláusula *hardship*, por el contrario, tiene el mérito de confiar la gestión del desequilibrio al poder convencional de las partes.

La cláusula tuvo un marcado desarrollo y aceptación por el Derecho comercial internacional del siglo veinte, que reconoce la imprevisión contractual mediante la renegociación en caso de un grave desequilibrio de las prestaciones ocasionado por períodos turbulentos e incerti-

15 Sentence CCI n°2291/1975, Clunet 1976/989. La sentencia considera que el equilibrio contractual forma parte de la Lex Mercatoria: «...toda transacción comercial se basa en el equilibrio del cumplimiento recíproco, y negar este principio sería hacer del contrato comercial un contrato aleatorio, basado en la especulación o el azar». Disponible en: https://www.trans-lex.org/202291/_icc-award-no-2291-clunet-1976-at-989-et-seq/.

dumbres derivadas de la agitación del sistema económico y monetario internacional (Fontaine y De Ly, 2004: 294). Si las partes han previsto la posibilidad de renegociar mediante una cláusula *hardship*, esto es preferible y aconsejable, de lo contrario, solo queda acudir al deber de renegociación amparado en los deberes contractuales que emanen de la buena fe.

Contenido y alcance del derecho de renegociación mediante cláusula hardship

Aunque el papel de la autonomía privada es indiscutible, surge un aspecto singular, ya que esta autonomía obliga aquí a las partes a mantener un acuerdo contractual preciso, pero establece igualmente la relatividad del vínculo al permitirles separarse del acuerdo antes mencionado si se verifican las condiciones para la renegociación. Las suposiciones para la renegociación previamente acordada son diversas, de acuerdo con el amplio margen de autonomía privada. Así pues, las condiciones bajo las cuales los contratantes se obligan a renegociar pueden referirse a todos los aspectos del contrato, ya sean de orden financiero (como las participaciones o beneficios, transferencia y reinversión de beneficios, resultados fiscales, etc.) o en relación con el control de efectos particulares de la ejecución de las prestaciones (Chamie, 2013: 368).

Para determinar el contenido de la cláusula, es necesario tener un acuerdo preliminar en cuanto a la conveniencia de modificar el contrato, es decir, manifestar el compromiso de revisar el contrato ante un cambio profundo de circunstancias. En cuanto al marco de la renegociación, es difícil catalogar las cláusulas a la luz de su contenido porque las partes pueden libremente decidir si la revisión estará referida a un aspecto específico del contrato, o bien de su totalidad y, en este último caso, el problema resulta del posible cuestionamiento de la validez de la cláusula porque significaría modificar eventualmente el contrato en su totalidad (Chamie, 2013: 369). Sin embargo, la doctrina anglosajona considera que la amplitud de la cláusula es una característica frecuente, lo que puede generar de forma positiva un espacio adecuado para fundamentar la negociación en los términos considerados oportunos y en relación con

las circunstancias del caso, teniendo presente que la conducta de las partes durante esta fase exigirá un estándar cada vez más alto a medida que avanzan las negociaciones (Berger, 2003: 1366).

En cuanto al alcance de la obligación de renegociar mediante cláusula *hardship*, partimos del supuesto de que en el evento que las negociaciones no avancen o estas fracasan definitivamente, surge el interrogante de saber hasta qué punto las partes estaban obligadas para sentarse de buena fe a renegociar y llegar a un resultado efectivo (Momberg, 2010: 59). Por esta razón, es importante determinar el grado de fuerza o efecto vinculante que tienen los estándares de adaptación establecidos en la cláusula. Según la opinión internacional, las cláusulas de renegociación solo contienen la obligación de que las partes hagan el mayor esfuerzo posible para llegar a un acuerdo y, por tanto, cooperen de conformidad con la regla general de buena fe (Chamie, 2013: 370).

La obligación de renegociar puede cumplirse, por tanto, incluso cuando las partes no llegan a un acuerdo, por ejemplo, si una de ellas rechaza las propuestas de la otra por razones basadas en el buen juicio comercial. Debido a su amplitud, estas cláusulas pueden fijar solo un objetivo generalmente determinado, garantizando el equilibrio comercial entre las obligaciones contractuales, y proporcionar el proceso de renegociación a seguir por ambas partes (Chamie, 2013: 371).

Distinción entre hardship y la noción de imposibilidad de cumplimiento

Los problemas surgidos de un cambio profundo de las circunstancias en los contratos de prolongada duración no es la imposibilidad absoluta de la prestación, sino más bien su coste excesivamente oneroso (Momberg, 2023: 291). Sin embargo, esta diversidad difícilmente escapa a la resistencia de las verdaderas reglas contenidas en el sistema, porque no es posible afrontar el problema del coste excesivamente oneroso que ha surgido sin las reglas que gobiernan la fuerza mayor (Chamie, 2013: 373). Desde la perspectiva de los principios del comercio internacional, es fundamental aceptar que no todo evento de fuerza mayor conlleva nece-

sariamente una imposibilidad absoluta de cumplimiento,¹⁶ como señala el profesor Fontaine, «la agitación de las circunstancias que enfrenta la cláusula *hardship* está vinculada a la ocurrencia de acontecimientos que afectan a la economía del contrato, de modo que su ejecución resultaría anormalmente onerosa o perfectamente inútil para una de las partes, pero no tornan imposible su ejecución (Fontaine y De Ly, 2004: 491).

Existen entonces tres posibilidades ante a la cuestión de fondo, que el contrato permanezca en vigor de modo inalterable, que el contrato termine, y que el contrato se modifique. En la primera opción prima la regla de la intangibilidad de obligación; en la segunda, seguimos la regla de la fuerza mayor sin extensiones; y, en la tercera, en estricto rigor, cuando la revisión del contrato es posible, hablamos entonces de *hardship* (Chamie, 2013: 374).

Conclusiones

El deber de renegociación contractual ante un cambio profundo e imprevisto de las circunstancias se erige como una obligación que recae tanto en la parte afectada como en la parte favorecida. Este deber no es una mera formalidad, sino que exige una aplicación dinámica y activa del principio de buena fe durante todo el procedimiento de renegociación. La buena fe se proyecta en una serie de deberes contractuales secundarios como la lealtad, la cooperación y la coherencia que obligan a las partes a un comportamiento positivo, buscando la plena eficacia del contrato y el reequilibrio de sus prestaciones.

16 Principios UNIDROIT (2004) versión español, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma: 194-195. El comentario oficial nº6º del art. 6.2.2 Definición de la excesiva onerosidad (*hardship*): Conforme a estos Principios, los conceptos de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor (*force majeure*) (véase el Art. 7.1.7) pueden presentarse conjuntamente. En este caso, le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor (*force majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2004-Spanish-i.pdf>

La importancia de estos deberes es tal que la negativa a renegociar o la conducción de negociaciones contrarias a la buena fe no puede ser totalmente arbitraria o injustificada, pudiendo exponer a la parte infractora a la sanción de pagar daños y perjuicios. Esto se fundamenta en la visión del contrato como un instrumento de cooperación leal y en el espíritu de solidaridad contractual que debe animar a las partes, como lo ha reconocido la jurisprudencia francesa, por ejemplo, en las sentencias *Huard y Chevassus-Marche* al imponer una obligación positiva de renegociación basada en la buena fe. En ese contexto, se ha propuesto el requisito de establecer un nivel mínimo al que el solicitante de la renegociación estaría cumpliendo como un mecanismo para reducir la tensión. Sería una propuesta justa para ambas partes y quizás incluso coincida con el cambio amplio. Si las partes no acuerdan actuar durante el proceso, o si la renegociación es ordenada judicialmente, entonces, por supuesto, seguirá que el tribunal defina los parámetros y condiciones de suspensión por sí mismo, junto con un límite de tiempo para la negociación. Este enfoque busca mantener la continuación del contrato permitiendo al mismo tiempo el cambio para que no se derrumbe bajo su propio peso durante las negociaciones.

En el ámbito contractual, y especialmente en el comercio internacional, las partes tienden a contemplar o anticipar la posibilidad de un cambio de circunstancias mediante cláusulas de adaptación o renegociación, como las llamadas cláusulas *hardship*. A diferencia de las cláusulas de adaptación automática (como la indexación, que opera sin intervención), la cláusula *hardship* no tiene un efecto automático; su función es establecer los parámetros y un proceso para la renegociación cuando el cambio de las condiciones iniciales impone un rigor severo a una de las partes. En este contexto, las partes se obligan a hacer el mayor esfuerzo posible para llegar a un acuerdo, cooperando de conformidad con la buena fe. Esto se traduce en una serie de acciones concretas, tales como: generar un esfuerzo real, ser flexibles, presentar propuestas concretas y razonables, proporcionar la información necesaria y evitar el perjuicio injusto a la contraparte. En última instancia, la obligación se considera cumplida.

La comparación de la cláusula *hardship* con el concepto de imposibilidad sobrevenida no puede ser total, en efecto, ya que las presunciones

de la renegociación dependerán de aspectos interpretativos sobre la incidencia del cambio de circunstancias, es decir, los efectos de los acontecimientos ocurridos sobre lo que las partes habían acordado inicialmente. En este sentido, una vez confirmada la existencia de una modificación de una situación determinada en la realidad, hay que suponer que el deber de renegociar recae sobre las dos partes y cada una de ellas tiene derecho a promover el proceso para evitar el término o resolución del contrato, así podemos deducir que el acto de la obligación de renegociar es precedido por el acuerdo sobre la conveniencia de modificar el contrato.

Referencias

- AYNÈS, Laurent (1999). “Le devoir de renégocier”. *Revue de jurisprudence commerciale*, 24: 11-24.
- AYNÈS, Laurent (2005). “L'imprévision en droit privé”. *Revue de jurisprudence commerciale*, 5: 397-406.
- BERGER, Klaus (2003). “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, (36): 1347-1380. Disponible en: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1633&context=vjtl>.
- BERNAL-FANDIÑO, Mariana (2007). “El solidarismo contractual -especial referencia al derecho francés-”. *Vniversitas*, 56 (114): 15–30. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14588>
- BRUNETTI, Maurizio (2002). “The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran- United States Claims Tribunal”. *Arbitration International*, 18: 355-380.
- CABRILLAC, Rémy (2015). “L'article 1196: la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision”. *Revue des contrats*, 112: 771-773.

- CABRILLAC, Rémy (2016). “El nuevo derecho francés de los contratos”. *THEMIS Revista de Derecho*, 70: 59–66. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19602>.
- CAPITANT, Henri, François Terre y Yves Lequette (2008). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*. Tomo 2. 12 ed. Paris: Dalloz.
- CHAMIE, José F. (2013). *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. Bogotá: Editorial Universidad del Externado.
- CUBA, David (2024). “Hacia una concepción dinámica de la buena fe en el Derecho contractual”. En M. Szygendowska y S. Sandoval (coordinadores), *Miradas y desafíos jurídicos en el siglo XX*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 81-109.
- CUBA David (2025). “El deber de renegociación contractual como consecuencia del cambio de circunstancias”. *MSC Métodos de Solución de Conflictos*, 5 (9): 33-48. DOI: <https://doi.org/10.29105/msc5.9-121>.
- DAVID, René (1974). “L'imprévision dans les droits européens”. En *Etudes offertes à Alfred jauffret*, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille.
- DEMOGUE, René (1921). *Traité des obligations en général*. Vol. 1. Paris: Ed. Rousseau,
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Ponce De León (1963). *La doctrina de los propios actos, Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch.
- DROSS, William (2008). *Clausier: Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*. Normandie: Lexis Nexis.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte (2001). “Le estoppel du droit anglais”, en Behar-Touchais (editor) *La interdiction de se contredire au détriment d'autrui*. Paris: Economica coll. Estudios jurídicos.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte (2004). “Le changement de circonstances”. *Revue des contrats*, 20: 67- 79.

- FERRIER, Didier (1995). "Commentaire d'arrêt Huard, Cass. com, 3 nov. 1992". Dalloz, 85-87.
- FONTAINE, Marcel y Filip De Ly (2003). *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction des clauses.* 2^a ed. Paris: Ed. Bryulant.
- GHESTIN, Jacques (1993). *Traité de droit civil. La formation du contrat.* 3ème édition, Paris: Edit. LGDJ.
- HOUTCIEFF, Dimitri (2009). "La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui". *Recueil Dalloz*, 18: 1245-1251.
- LANDO, Ole y Hugs Beale (2000). *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised.* The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- MAZEAUD, Denis (2003). "Le nouvel ordre contractual". *Revue des contrats*, 1: 295-322.
- MESTRE, Jacques (1993). "Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat !". *Revue trimestrielle de droit civil*, 1: 124-125.
- MOMBERG, Rodrigo. (2010). "La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente". *Revista Chilena de Derecho*, 37 (1): 43-72. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100003>.
- MOMBERG, Rodrigo (2023). "Algunas reflexiones sobre las cláusulas de fuerza mayor en la contratación moderna". *Latin American Legal Studies*, 11 (2): 255-294. DOI: <https://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol11n2a6>.
- OPPETIT, Bruno (1974). "L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circumstances: La Clause de Hardship". *Journal de Droit International*, 101: 794-814.
- PICOD, Yves (1989). *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat.* Paris: Ed. LGDJ.
- QUEZADA, Ricardo (2025). *El deber de ejecutar los contratos de buena fe. Interpretación como imputación normativa.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

- ROMAIN, Loir (2002). *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*. Lille: Ed. École doctorale N° 74 Lille 2.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe (2007). "Le juge et la stabilité du contrat". En F. Collart-Dutilleul y C. Coulon (directores), *Le renouveau des sanctions contractuelles*. Paris: Economica, 121-147.
- TALLON, Denis (1997). "La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé". En Centre de recherche sur le droit des affaires (editor y coordinación) *Droit et vie des affaires: Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*. Paris: Litec.
- TISSEYRE, Sandrine (2012). *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*. Marsella: Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

Sobre el autor

DAVID ISRAEL CUBA ABARCA es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Antofagasta. Además, es Doctor en Derecho privado por la Université de Montpellier, Francia. Es profesor de Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta.

david.cuba@uantof.cl

 <https://orcid.org/0009-0000-4427-0238>