

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Aplicabilidad del rebus sic stantibus a los contratos civiles  
durante la pandemia del COVID-19 en el Ecuador**

**Camilo José Terán Villafuerte**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de Abogado

Quito, 09 de abril de 2021

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Camilo José Terán Villafuerte

Código: 00140837

Cédula de identidad: 172462984-3

Lugar y Fecha: Quito, 09 de abril de 2021

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**APLICABILIDAD DEL REBUS SIC STANTIBUS A LOS CONTRATOS CIVILES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN EL ECUADOR<sup>1</sup>**

**APPLICABILITY OF REBUS SIC STANTIBUS TO CIVIL CONTRACTS DURING THE COVID-19 PANDEMIC IN ECUADOR**

Camilo José Terán Villafuerte<sup>2</sup>  
milotv@protonmail.com

**RESUMEN**

El derecho civil se ha visto enormemente afectado por la crisis económica y social ocasionada por el COVID-19. Particularmente, este se ha convertido en un detonante de asimetrías prestacionales en los contratos de tracto sucesivo. En este escenario, una institución como la teoría de la imprevisión resulta de mucha utilidad, por lo que surge la necesidad de analizar la posibilidad de integrarla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano o aplicarla directamente en los tribunales para equilibrar la conmutabilidad de los contratos. Sin embargo, de pretender la aplicación de esta teoría, se tendrá que analizar caso por caso la verificación de los requisitos del rebus sic stantibus de manera objetiva. De hacerlo, se podría alegar esta institución a fin de revisar el contrato. Caso distinto sería el remedio de la terminación, para lo cual se necesitaría legislación específica al respecto para dejarlo sin efecto, así como para moderar la discrecionalidad del juez.

**PALABRAS CLAVE**

Derecho civil, Contratos, COVID-19, Rebus sic stantibus, Pacta sunt servanda.

**ABSTRACT**

Civil law has been greatly affected by the economic and social crisis caused by COVID-19. In particular, this has become a trigger for benefit asymmetries in the successive tract contracts. In this scenario, an institution such as change of circumstances is very useful, which is why the need arises to analyze the possibility of integrating it into the Ecuadorian legal system or applying it directly into the courts to balance commutability of contracts. However, if this theory is to be applied, the verification of rebus sic stantibus requirements will have to be analyzed on a case-by-case basis in an objective way. If it does, this institution could be called in order to contract review. A different case would be the termination remedy, for which specific legislation would be needed in this regard to nullify the contract, as well as to moderate the judge's discretion to comply with each of the elements based on reasonableness.

**KEYWORDS**

Civil law, Contracts, COVID-19, Hardship, Pacta sunt servanda.

Fecha de lectura: 13 de mayo de 2021

Fecha de publicación: 13 de mayo de 2021

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por María Gracia Naranjo Ponce.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. INTRODUCCION.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. MARCO TEORICO.- 4. ESTADO DEL ARTE.- 5. LA TEORIA DE LA IMPREVISION 'REBUS SIC STANTIBUS'.- 6. LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y SUS EFECTOS.- 7. EL COVID-19 COMO FUNDAMENTO PARA LA APLICACION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.- 8. APLICABILIDAD DE LA FIGURA ANTE LA FALTA DE REGULACION EXPRESA EN EL ECUADOR.- 9. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE LA APLICACION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION CON FUNDAMENTO EN EL COVID-19.- 10. CONCLUSIONES.- 11. RECOMENDACIONES.-

### 1. Introducción.

*Contractus qui habent tractum successivum  
et dependentiam de futuro rebus sic stantibus  
intelligentur<sup>3</sup>.*

A partir de la pandemia originada por el COVID-19 se ha generado una gran crisis económica a nivel mundial, provocando a su vez, importantes connotaciones a nivel nacional<sup>4</sup>. Sin embargo, a pesar de que estas circunstancias han golpeado fuertemente a gran parte de los sectores de la economía del país, existen otros que se han visto beneficiados de la misma, en relación a sus determinados giros de negocio.

Como consecuencia, se evidencian desequilibrios en varias relaciones contractuales que se venían ejecutando, con normalidad; particularmente en el marco de contratos de tracto sucesivo celebrados con anterioridad al inicio de la pandemia. Además, más allá de la mencionada crisis económica, han surgido diversas complicaciones fácticas derivadas de la pandemia en donde el cumplimiento de las obligaciones contraídas por alguna de las partes intervinientes pudo haber llegado a ser más gravoso de lo que se esperaba en un inicio, bajo estas circunstancias en particular.

Los hechos antes expuestos dan apertura al planteamiento de la pregunta central de la presente investigación, esto es ¿en qué medida puede llegar a ser aplicable la teoría de la imprevisión - también denominada como excesiva onerosidad sobrevenida o

---

<sup>3</sup> Los contratos que tienen tracto sucesivo y dependen del futuro se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado. Ver, Baldo degli Ubaldí, *Commentaria omnia* (Goldbach: reimpresso por Keip Verlag, 2004) (Venecia: N/D, 1599).

<sup>4</sup> Ver, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe, 2020* (Santiago: LC/PUB.2020/17-P/Rev.1, 2021).

cláusula *rebus sic stantibus*<sup>5</sup> - en materia civil en el Ecuador, bajo circunstancias específicas originadas a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19?

Se ha dicho que “en el derecho histórico, la cláusula *rebus sic stantibus*, luego de largos periodos de ostracismo, renace en periodos de crisis económica”<sup>6</sup>. En efecto, existen varios argumentos que permitirían sostener que el *rebus*, como doctrina general, podría ser utilizado en estas circunstancias. Mucho se ha dicho sobre la fuerza mayor en el contexto del COVID-19 frente a la imposibilidad del cumplimiento<sup>7</sup>, pero poco se ha hablado acerca de que la excesiva onerosidad sobrevenida del cumplimiento de las prestaciones contractuales.

Asimismo, de ser la cláusula *rebus sic stantibus* aplicable en el contexto del COVID-19, es importante explorar si dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano podría llegar a ser aplicable esta teoría. Esto en virtud de que la normativa civil ecuatoriana no consagra, de forma expresa, tal regla. Es aquí que resulta importante explorar qué tiene el derecho para ofrecer a partir de hechos tan inesperados como los generados por el COVID-19.

En este trabajo, se aspira a investigar cómo las herramientas jurídicas pueden acoplarse a estos acontecimientos para que los particulares tengan la posibilidad de hacerles frente. Este es un claro ejemplo de cómo el derecho debe adaptarse a determinadas circunstancias que se atraviesan dentro de los distintos países - en este caso, el Ecuador - y cómo el derecho se mantiene en constante evolución.

En primer lugar, se analizará la naturaleza jurídica de la teoría de la imprevisión - epígrafe 5 -. Luego, se realizará una breve revisión de los efectos sociales y económicos que han surgido en el Ecuador a partir de la pandemia del COVID-19 - epígrafe 6 -, para posteriormente, contrastar cada uno de los elementos del *rebus sic stantibus* con el contexto de la ‘nueva normalidad’ ocasionada por el COVID-19 - epígrafe 7 -.

---

<sup>5</sup> La cláusula *rebus sic stantibus* - mientras las cosas permanezcan así -, ha sido conocida con diferentes nomenclaturas a lo largo del tiempo y entre los diferentes sistemas jurídicos. Más allá de los nombres, todas las formulaciones utilizan los mismos o similares parámetros jurídicos. Por eso, dice Carrasco, “la mejor formulación legal de la regla *rebus-hardship* es la que no existe”. Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos* (2da. ed.) (Navarro: Editorial Aranzadi, 2017), 977.

<sup>6</sup> José Maximiliano Rivera Restrepo y Rodrigo Barcia Lehmann, “Aspectos generales en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión), en España”, en *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016), 118.

<sup>7</sup> Ver, Enrique Varsi Rospigliosi, Nelson Rosenvald y Marco Andrei Torres Maldonado, “La pandemia de la covid-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”, *Acta bioethica* 26.1 (2020): 29-36. Ignacio Labra Saldías, “Caso fortuito o fuerza mayor”. *Revista de derecho (Valdivia)* 33.2 (2020): 367-369. Luciano Barchi “Reflexiones jurídicas en tiempos del COVID-19: La fuerza mayor se hizo viral”. *Ius et Praxis* 50-51 (2020): 61-79.

Finalmente, se analizará la aplicabilidad de esta figura, bajo este contexto, en el Ecuador - epígrafes 8 y 9 -.

La metodología propuesta en este trabajo reposa en tres pilares a fin de responder a la pregunta de investigación. Se utilizará el método deductivo, partiendo de lo general, que es la doctrina materia de este estudio, a lo específico, que es su posible introducción en el derecho nacional. Del mismo modo se llevará a cabo el método doctrinario pues se hará una revisión de todo lo que se ha escrito acerca del *rebus sic stantibus* a través de los años. Finalmente, se efectuará el método de derecho comparativo para contrastar la aplicación de la teoría de la imprevisión en otras legislaciones y así encontrar tendencias y modelos exitosos al respecto.

## **2. Marco normativo.**

Ante todo, cabe mencionar que no existe en el ordenamiento civil ecuatoriano norma expresa que aborde la doctrina de la imprevisión. Empero, el Código Civil señala en su artículo 18 que los jueces no podrán denegar la administración de justicia por falta de ley, otorgando así, la posibilidad de acudir a los principios del derecho universal para poder tutelar todo derecho que las partes aleguen y que sobre la base de los mismos sean plenamente justiciables<sup>8</sup>.

Más adelante, el título XII del libro IV del Código, que regula el efecto de las obligaciones, en su artículo 1561 manda que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, excluyendo así, la posibilidad de invalidarlos por causas ajenas a su propio consentimiento o a las previstas por la ley<sup>9</sup>. Por su parte, el artículo 1562 del Código establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligando no sólo a lo que se expresa en ellos, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella<sup>10</sup>.

Después de lo cual, dentro del mismo Código, se encuentra el artículo 1937 que regula los contratos para la construcción de edificios celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, señalando que si circunstancias desconocidas, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y de existir negativa de este, podrá acudir al juez para

---

<sup>8</sup> Artículo 18, Código Civil, R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 96 de 08 de julio de 2019.

<sup>9</sup> Artículo 1561, Código Civil.

<sup>10</sup> Artículo 1562, Código Civil.

que decida si se ha debido o no prever, y fije de esta manera el incremento del precio que por la misma razón corresponda<sup>11</sup>.

Finalmente, en el Ecuador existe cierta jurisprudencia relacionada con el *rebus sic stantibus*; tales como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 11 de noviembre de 1981<sup>12</sup>, la de 13 de diciembre de 2001<sup>13</sup> y la de 4 de diciembre de 2007<sup>14</sup>. En estas sentencias, como se verá más adelante, la Corte se pronunció en relación a la revisión del contrato.

### 3. Marco teórico.

El *pacta sunt servanda* es un principio general por el que los contratos deben ser respetados y perseverar en la forma pactada<sup>15</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra expresamente consagrado en el artículo 1561 del Código Civil, que prescribe que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>16</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha considerado que este principio amerita flexibilización ante ciertos supuestos específicos como, por ejemplo, cuando se presentan circunstancias objetivas, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, que alteran significativamente las condiciones en las cuales las partes prestaron su consentimiento. Atentaría contra el estándar de buena fe al que deben sujetarse los contratantes el pretender exigir el total y fiel cumplimiento del contrato cuando este se ha convertido en excesivamente oneroso para una de las partes<sup>17</sup>.

De aquí surge la doctrina del *rebus sic stantibus*, según la cual al existir una alteración de las circunstancias que aumente extraordinariamente la onerosidad de las prestaciones de una de las partes o incluso que acabe frustrando el propio fin del contrato, se podrá acudir al juez para que este revise el contrato, restaurando así el equilibrio económico de este, o bien lo de por terminado<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 1937, Código Civil.

<sup>12</sup> Gaceta judicial 13, Corte Suprema de Justicia, 11 de noviembre de 1981.

<sup>13</sup> Gaceta judicial 8, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de diciembre de 2001.

<sup>14</sup> Gaceta Judicial, Corte suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 9 de 21 de agosto de 2009.

<sup>15</sup> Ver, Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*.

<sup>16</sup> Artículo 1561, Código Civil.

<sup>17</sup> Ver, Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos – Editora Jurídica, 2021).

<sup>18</sup> Sentencia N° RJ 15640/2013 del Tribunal Supremo de España, Sala primera del pleno, de 17 de enero del 2013.



Dicho sea de paso, la finalidad de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida o teoría de la imprevisión es que la labor del juzgador se limite - en la medida de lo posible - a la modificación del contrato y no a su terminación en concordancia a los principios antes señalados y sobre la base de la preservación del contrato<sup>19</sup>.

Esta teoría es opuesta, o al menos una excepción, a la denominada intangibilidad o inmutabilidad del contrato por la que se señala que el juez no puede alterar las obligaciones que el contrato establece, ni siquiera a pretexto de equidad; pues de poder hacerlo desaparecería así la confianza en la fuerza de las convicciones y de la fuerza de los contratos<sup>20</sup>.

#### **4. Estado del arte.**

En cuanto a la revisión de la literatura, no se ha tratado mucho sobre la aplicación del *rebus* en el actual contexto del COVID-19, que es el tema central del presente trabajo, y lo poco que se ha abordado, aún sigue en constante y progresivo desarrollo doctrinal. Sin embargo, mucho se ha estudiado sobre la teoría de la imprevisión en general, su naturaleza jurídica, sus características y requisitos.

Dice Ángel Carrasco Perera que el deudor que haga valer a su favor el *rebus* busca una modificación del contrato o una terminación del mismo, sobre la base de que un acontecimiento extraordinario e imprevisible, sobrevenido durante la ejecución del contrato, ha hecho excesivamente onerosa su obligación y la ha convertido en irrazonablemente desproporcionada<sup>21</sup>.

De igual manera, Luis Parraguez sugiere que cuando las personas celebran un contrato lo hacen teniendo en cuenta las condiciones de distinta y variada índole que están dadas a su momento, lo que les permite evaluar sus posibilidades de cumplir o no las obligaciones que les impone el mismo. En consecuencia, la notable mayor onerosidad destruye el sinalagma del contrato, hecho que afecta en sí la naturaleza de esta clase de negocios y hace imprescindible recomponerlo<sup>22</sup>.

Por ese motivo, no es justo mantener las condiciones de un contrato cuando causas imprevisibles y sobrevinientes hayan acaecido la ruina de una parte y el enriquecimiento excesivo de la otra. De esta manera, el objetivo de la cláusula, dice Parraguez, es que el

---

<sup>19</sup> Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, 973.

<sup>20</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 842.

<sup>21</sup> Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, 972.

<sup>22</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 815-7.

contratante perjudicado por la excesiva onerosidad obtenga una declaración judicial a su favor<sup>23</sup>.

Por su parte, Francesco Messineo advierte que la cláusula *rebus* resulta aplicable cuando existe un aumento de onerosidad respecto de lo que era el valor de la prestación en el momento de la conclusión del contrato; y representa un método para establecer si dicho aumento en verdad ocurre, a partir de criterios objetivos. Es decir, para la determinación de la excesiva onerosidad es necesario tener en cuenta a todos los que se encontraran en la misma situación, de modo que pueda afirmarse que la prestación es excesivamente onerosa por sí misma y no en relación a determinado deudor<sup>24</sup>.

Por su parte, Karl Larenz señala que, para la aplicación del *rebus*, en cada supuesto se debe exigir un juicio valorativo en el que se tomará como principio el pensamiento de un intérprete justo y equitativo. Esto quiere decir que la sentencia deba de ajustarse a las exigencias generalmente vigentes de la justicia en cuanto ello no sea contrario a los requerimientos y al contenido objetivo de los valores descritos en las palabras fidelidad y crédito<sup>25</sup>.

## **5. La teoría de la imprevisión ‘rebus sic stantibus’.**

En este apartado se realizará una revisión general de la teoría de la imprevisión; para lo cual, se llevará a cabo una breve referencia a sus orígenes históricos - 5.1 -; se expondrán ciertas reflexiones acerca de su naturaleza jurídica, así como sus elementos y fundamentos - 5.2 -; y finalmente se revisará su tratamiento en el derecho comparativo - 5.3 -.

### **5.1. Breve referencia histórica.**

Antes de entrar a la revisión de la doctrina de la teoría de la imprevisión, se la ubicará cronológicamente en el tiempo, donde habrá que remontarse al derecho romano, que a pesar de no haber propuesto una teoría general sobre la cláusula *rebus*, surgió la idea de ella, así Africano en el libro VII de *Quaestiones* señaló que:

Si se estipula que se le dé algo a Ticio, sólo está bien pagado si permaneciere en el mismo estado; pero si sobreviene una circunstancia como la adopción, el destierro, interdicción o esclavitud, se ha de decir que no se le paga bien; porque se considera que tácitamente es inherente a la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 825-6.

<sup>24</sup> Francesco Messineo, Rodolfo O. Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo, M. Volterra y Vittorio Neppi. *Doctrina general del contrato* (3ra ed.) (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952), 375.

<sup>25</sup> Karl Larenz y Jaime Santos Briz, *Derecho de obligaciones* (Vol. 1) (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958), 143.

<sup>26</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 811.

Por consiguiente, podemos concluir que esta idea de justicia no es ninguna novedad, pues así mismo se vio plasmada en la máxima *reductio ad aequitatem* la cual fue una práctica algo difusa en el medioevo donde la doctrina medieval advirtió la necesidad de moderar los contratos de duración afectados por un desequilibrio<sup>27</sup>.

Tiempo después, los canonistas, desde una perspectiva de la moral, consideraban injusto mantener a una de las partes vinculada por el contrato cuando la ejecución de la prestación se había tornado excesivamente onerosa o compleja, en comparación con la prestación de la contraparte, convirtiendo en injusta su exigencia<sup>28</sup>.

Por otro lado, en la edad media, el posglosador Bartolo llamó cláusula *rebus sic se habentibus* a este tipo de cláusula inherente a cada contrato y más específicamente los de tracto sucesivo '*contractus qui habent tractus successivum*', los cuales, a su criterio, podían revisarse con fundamento en la buena fe y la equidad<sup>29</sup>.

Luego, en Francia se dio notable importancia al principio *pacta sunt servanda*. De hecho, "no llama la atención que en un sistema como el francés (...) no se hayan previsto legislativamente instrumentos permanentes adecuados para la gestión del riesgo contractual, regulando sólo los efectos de los eventos que producen la imposibilidad"<sup>30</sup>. Puesto que, en cuanto a la dificultad de cumplir con la obligación en razón de la imprevisión, fue demasiado cuestionada por suponer un riesgo para la seguridad jurídica que reposa en la inmutabilidad del contrato.

Sin embargo, a partir del primer cuarto del siglo XX. La teoría de la imprevisión tuvo que ponerse en debate, sobre todo en Alemania y Francia, a causa de los graves problemas económicos ocasionados por la Primera Guerra Mundial. Correspondió entonces a la jurisprudencia enfrentar la doctrina de la revisión por excesiva onerosidad. Fue el caso de Alemania donde la jurisprudencia acomodó la ya reglada figura de la imposibilidad de cumplimiento para acuñar la doctrina de la imposibilidad económica de cumplir<sup>31</sup>.

Desde entonces, se adoptó en el ordenamiento jurídico alemán la doctrina de la revisión del contrato, entendiéndola como la máxima expresión de la autonomía de la

---

<sup>27</sup> José Félix Chamie, "El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual." *Revista de derecho privado* No. 22 (2012), 219-275, 222.

<sup>28</sup> Manuel García Caracuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales* (Madrid: Editorial Dykinson S. L., 2014), 30.

<sup>29</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 811.

<sup>30</sup> José Félix Chamie, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, 253.

<sup>31</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 812-3.

voluntad<sup>32</sup>, denominada como ‘teoría de la presuposición’ por parte de Bernard Windscheid. Dado que “las conmociones económicas sufridas en las épocas de guerra y posguerra (..) han privado a numerosos deudores de su base económica de subsistencia y les ha colocado en situación de no poder cumplir sus obligaciones”<sup>33</sup>.

Después de la primera posguerra, la jurisprudencia alemana se encontró más seguido frente a casos que solicitaban un instrumento adecuado para la gestión de los efectos de circunstancias sobrevenidas, de allí que la doctrina respondió a esa necesidad con la ‘teoría de la base negocial’<sup>34</sup>, atribuida a Oertmann.

A partir de entonces, la teoría de la imprevisión se ha ido introduciendo poco a poco en varias legislaciones, así como a nivel regional en los distintos acuerdos y convenios internacionales como se indicará posteriormente. De igual manera, se ha ido integrando a la par esta doctrina mediante la jurisprudencia, en dónde no se la ha regulado expresamente, como por ejemplo los casos de España a nivel europeo y aunque más escaso, Chile a nivel latinoamericano.

## **5.2. Naturaleza jurídica, elementos y fundamentos del rebus sic stantibus.**

Como se indicó en la sección 3 *ut supra*, uno de los principales principios informadores en materia contractual es el denominado ‘*pacta sunt servanda*’. En virtud del cual, los contratos deben ser respetados, ya que tienen fuerza de ley para las partes. Este principio es el fundamento de la llamada doctrina de la ‘intangibilidad del contrato’<sup>35</sup>.

De este principio deriva que el contrato deba ser observado, es decir, que las partes deberán cumplir todo lo que en él se estableció. Por ende, “es un principio que deriva de aquél del respeto a la palabra dada - buena fe - y de la consideración de que el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas”<sup>36</sup>.

La buena fe es un principio supremo del derecho de las relaciones obligatorias, a tal punto que Larenz sostiene que “todas las demás normas han de medirse por él y en cuanto se le opongan han de ser en principio pospuestas”<sup>37</sup>. Esto significa que ninguna parte debe defraudar la confianza o abusar de ella, visto que supone el actuar que debe de

---

<sup>32</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 813.

<sup>33</sup> Karl Larenz y Jaime Santos Briz, *Derecho de obligaciones*, 319.

<sup>34</sup> José Félix Chamie, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, 249.

<sup>35</sup> *Ibidem*, 231.

<sup>36</sup> Francesco Messineo et al., *Doctrina general del contrato*, 144.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 146.

esperarse de quienes, de pensamiento honrado, participan en el tráfico jurídico como contratantes<sup>38</sup>.

En consecuencia, el contrato, visto como el medio más adecuado para satisfacer los diversos intereses de los particulares, “bajo ningún punto de vista puede convertirse en un instrumento que produzca el daño económico de un sujeto, por un lado, y el enriquecimiento de otro a expensas del perjuicio de aquél”<sup>39</sup>. Al respecto, Luis Parraguez considera que:

Es muy difícil imaginar la buena fe de un contratante que en la previsión de un hipotético cambio inusual de circunstancias se proponga aprovecharlas en su favor aun a costa del notable agravamiento de la prestación que pesa sobre su contraparte. El estándar de la buena fe exige de ellas la necesaria disposición para reconstruir el maltratado equilibrio prestacional<sup>40</sup>.

De manera análoga, Chamie se refiere al mismo fenómeno como el quebrantamiento del equilibrio funcional, el cual “se rompe a causa de una problemática de base, esto es, el problema de la compatibilidad o proporcionalidad entre eventos y cumplimiento, entre contrato y realidad”<sup>41</sup>. Frente a estos problemas, el derecho ha ofrecido variadas soluciones como la cláusula *rebus*, la cual es una respuesta a la exigencia de equilibrio en los contratos durante su formación y durante su ejecución<sup>42</sup>.

A pesar de esto, cierta parte de la doctrina se ha mantenido firme en la idea de la intangibilidad, pues se ha dicho que los contratos constituyen un acto de previsión como tal, pues se los entiende como definitivos al punto de presumir su irrevocabilidad, sobre el fundamento que, por encima de los intereses de los contratantes, se encuentra entre otras la seguridad jurídica y la confianza recíproca<sup>43</sup>.

No obstante, hay que considerar que para “los casos de eventos sobrevenidos e imprevistos que hacen gravemente onerosa la prestación, el deudor debería ser tutelado con una acción para modificar el contrato y adecuarlo a las nuevas circunstancias”<sup>44</sup>. Este es entonces, el fundamento de la teoría de la imprevisión ya que, de esta manera, existiría una redistribución del daño generado por un evento que ha sobrevenido afectando la ejecución del contrato.

---

<sup>38</sup> Karl Larenz y Jaime Santos Briz, *Derecho de obligaciones*, 142.

<sup>39</sup> César Carranza Álvarez, *La justicia contractual en el contrato de hoy* (Madrid: Boletín del Ministerio de Justicia 62.2057, 2008), 838.

<sup>40</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 818-9.

<sup>41</sup> José Félix Chamie, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, 220-1.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Marco Aurelio Risolía, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil* (2da ed.) (Buenos aires: Abeledo-Perrot, 1958), 188-9.

<sup>44</sup> *Ibidem*, 253.

La cláusula *rebus* exige que concurren una serie de presupuestos para su aplicación. El primero de ellos es el acaecimiento de un ‘evento extraordinario’. Sobre esto, Messineo sostiene que “es acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique y en el que las partes no pueden haber pensado porque está fuera de su imaginación”<sup>45</sup>.

En cuanto al elemento ‘imprevisión’, se ha dicho que “lo previsible es lo que se puede prever, es decir, ver con anticipación, conjeturar, dentro de estándares normales, teniendo en cuenta para ello ciertas señales, indicios o informaciones que hacen probable el acaecimiento de un hecho”<sup>46</sup>. Cabe señalar que dentro de este elemento se distingue entre lo imprevisto, que es todo aquello que las partes no establecieron al momento de concluir el contrato y lo imprevisible, es decir que no basta con que las partes no lo hayan avizorado, sino que además no debieron haber podido hacerlo de ninguna manera.

Pues, para Luis Parraguez “llegado el caso, al juez no debe interesar si las partes realmente hicieron aquellas suposiciones, sino si debieron hacerlas de acuerdo a las circunstancias”<sup>47</sup>. Porque el trabajo del juez debe sostenerse sobre la base de una comparación objetiva de la base del contrato frente a las nuevas circunstancias vigentes al momento de la ejecución. Ya que “las cosas cambian cuando las circunstancias sobrevinientes no se previeron porque eran imprevisibles y como consecuencia de ellas la prestación de una de las partes deviene considerablemente más onerosa”<sup>48</sup>.

Respecto de la ‘sobrevenida’ se sostiene que, el que los acontecimientos tengan que ser sobrevenidos es un presupuesto indispensable al tratarse de “la *distantia temporis* entre el momento de la celebración y el de la ejecución del contrato, durante la cual se verifican los eventos del todo extraordinarios que (...) dificultan de manera relevante el cumplimiento de la prestación”<sup>49</sup>.

*Ergo*, la ‘inimputabilidad’ de las partes implica que el hecho imprevisible provenga de una causa completamente ajena a la voluntad de estas, en el sentido de que aquellas no hayan contribuido en forma alguna a su producción debido que estos eventos al serles extraños se traten de irregularidades no imputables que modifiquen las circunstancias iniciales del contrato generando así, un desequilibrio prestacional<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Francesco Messineo et al., *Doctrina general del contrato*, 375.

<sup>46</sup> *Ibidem*, 829.

<sup>47</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 820.

<sup>48</sup> *Ibidem*, 817.

<sup>49</sup> José Félix Chamie, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, 226.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 221.

A estas, se suma un elemento final, la ‘excesiva onerosidad’, respecto de la cual, indica Risolía que “requiere que la obligación a futuro de una de las partes varíe de tal modo que su onerosidad ya no corresponda a la pactada en las circunstancias en las cuales se celebró el contrato, sino que sea excesiva”<sup>51</sup>. Entonces, la excesiva onerosidad relevante es la que se obtiene como resultado de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes.

En consecuencia, en el *rebus*, los eventos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes no imposibilitan el cumplimiento, como ocurre en los escenarios de fuerza mayor. Por el contrario, crean una situación que genera una excesiva onerosidad en la ejecución de la prestación. Por consiguiente, como señala Luis Parraguez “esta cláusula no se endereza a la extinción, sino a una revisión encaminada a moderar las obligaciones para restablecer en la medida de lo posible la base o equilibrio económico del contrato o, si se prefiere, su sinalagma funcional”<sup>52</sup>.

De modo que, ante un escenario de excesiva onerosidad por las causas antes descritas, debe ser la opción judicial primordial “que se reduzca razonablemente la prestación a cargo de la parte afectada por la excesiva onerosidad - *reductio ad aequitatem* - o bien, que se aumente de la misma forma la prestación a cargo de la contraparte”<sup>53</sup>. Visto que “el principio de conservación del contrato lleva a excluir el recurso de la resolución cuando otro remedio, sin quitar de en medio al contrato, permite eliminar el perjuicio de la parte que soportaría la excesiva onerosidad”<sup>54</sup>.

Por otro lado, acerca del alcance del *rebus*, las figuras negociales que se ven implicadas son aquellas sujetas a una *distantia temporis*, esto es, los contratos cuya ejecución se difiere en el tiempo<sup>55</sup> y aunque se ha discutido mucho sobre el tema. No hay duda que el ámbito propicio para la aplicación de la cláusula es el de los contratos conmutativos de tracto sucesivo, o de larga duración, pues en ellos el cumplimiento de la prestación se devenga a través del tiempo<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Juan Lucas González García-Herreros, “La excesiva onerosidad frente a la imposibilidad absoluta de cumplimiento.” *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas* No. 15 (2021), 169.

<sup>52</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 828.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 826.

<sup>54</sup> Francesco Messineo et al., *Doctrina general del contrato*, 385.

<sup>55</sup> José Félix Chamie, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, 226.

<sup>56</sup> La revisión también tiene razón de ser en el caso de contratos de ejecución inmediata con prestaciones diferidas, así como contratos preliminares bilaterales y en los contratos aleatorios por causas extrañas al álea propia del contrato. Incluso podría aplicarse a negocios jurídicos unilaterales. Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 822-4.

Pues es evidente que en estos casos podría tener incidencia una alteración de las circunstancias<sup>57</sup>. Dado que, si el momento del nacimiento de la obligación coincide con el de su cumplimiento, faltaría el periodo de tiempo dentro del cual deba surgir el imprevisto<sup>58</sup>.

### **5.3. La teoría de la imprevisión en el derecho comparativo.**

Como punto de partida, es necesario hacer mención a los principios UNIDROIT de las Naciones Unidas que, a pesar de estar dirigidos a la unificación del derecho privado en materia comercial internacional, han servido de fundamento principal para la integración de la doctrina *rebus sic stantibus* en las distintas legislaciones.

El artículo 6.2.1 de estos principios, se refiere a la obligatoriedad del contrato y consagra como excepción a esta a los supuestos de excesiva onerosidad - *hardship* -. El artículo 6.2.2 prescribe que existe desequilibrio contractual cuando el equilibrio del contrato se ha alterado de modo fundamental por el acontecimiento de eventos “bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”<sup>59</sup>.

Lo anterior siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) que dichos eventos lleguen a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) que no hayan podido ser razonablemente tenidos en cuenta al momento de la celebración del contrato; c) que escapen al control de la parte en desventaja, d) y que el riesgo generado por tales eventos no haya sido asumido por la parte en desventaja.

El artículo 6.2.3 trata sobre los efectos del *hardship*. De este artículo se desprende que, en casos de excesiva onerosidad, la parte afectada podrá reclamar la renegociación del contrato, en caso de no llegar a un acuerdo cualquiera de las partes podrá acudir a un juez. Este, habiendo verificado los requisitos antes señalados, podrá resolver el contrato, o bien adaptarlo en miras de restablecer su equilibrio.

En cuanto a los principios de derecho contractual europeo, PDCE, el artículo 6:111 se refiere al *change of circumstances* el cual sugiere a las partes negociar una adaptación del contrato o dar por terminado este, si el cumplimiento del mismo resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de circunstancias cuando: a) haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato; b) en el momento de

---

<sup>57</sup> Manuel García Caracuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, 33.

<sup>58</sup> José Maximiliano Rivera Restrepo y Rodrigo Barcia Lehmann, *Aspectos generales en torno a la cláusula rebus sic stantibus*, 120.

<sup>59</sup> Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, mayo de 2016.



la conclusión, no hubiera podido preverse; c) y que a la parte afecta no se le pueda asumir el riesgo. De no alcanzarse un acuerdo el juez podrá adaptar o dar por terminado el contrato<sup>60</sup>.

Una buena parte de los códigos civiles de Europa Occidental han optado por legislar la excesiva onerosidad sobreviniente en el ámbito contractual, derivado de necesidades particulares de los diferentes países y como consecuencia de eventos extraordinarios que han generado el estadio idóneo para su aplicación o simplemente, como resultado de una elaboración legislativa para precaver los mecanismos necesarios para solventar una eventual situación de este tipo.

Al respecto, podemos encontrar que el § 313 del Código alemán otorga al deudor la posibilidad de solicitar un ajuste del contrato cuando las circunstancias que forman la base del mismo se han vuelto graves, pues se trata de un cambio de las circunstancias iniciales de este. Además, señala que, si una adaptación del contrato no es posible, se procederá a la terminación del mismo<sup>61</sup>.

Por parte del Código italiano, el artículo 1467 prescribe que, en contratos con ejecución continua o periódica, si la prestación de una se ha vuelto excesivamente gravosa por el acaecimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, la parte que adeuda esta prestación podrá solicitar al juez la resolución del contrato. El artículo señalado añade que no se podrá solicitar la revisión del contrato si este 'costo superviniente' cae dentro del alcance normal del contrato<sup>62</sup>.

Por el lado del Código francés, el artículo 1195 indica que, si un cambio de circunstancias imprevisibles afecta a la ejecución del contrato convirtiendo la ejecución del mismo en excesivamente oneroso, la parte que recibió el agravio puede solicitar a la otra parte la renegociación del mismo, de no ser posible, las partes pueden convenir en solicitar al juez la revisión de este. A falta de acuerdo entre las partes, el juez responderá a la pretensión de una de las partes - revisión o terminación - bajo las condiciones fijadas por el mismo<sup>63</sup>.

El artículo 437 del Código portugués señala que, si las circunstancias en las que las partes basaron la decisión de contratar han sufrido una alteración anormal, la parte lesionada tiene derecho a resolver el contrato, o modificarlo siempre que la exigencia de

---

<sup>60</sup> The commission on european contract law, *Principles of European contract law: Parts I and II*, ed. de Ole Lando y Hugh G. Beale, (La Haya: Kluwer Law International BV, 2000), 322-8.

<sup>61</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch*, [BGB], publicado el 02 de enero de 2002, Berlín.

<sup>62</sup> *Codice Civile Italiano*, publicado el 16 de marzo de 1942, Roma.

<sup>63</sup> *Code Civil Français*, publicado el 21 de marzo de 1804, París.

las obligaciones asumidas por ella afecte gravemente a la buena fe y no estén cubiertos por los riesgos inherentes al contrato<sup>64</sup>.

A nivel latinoamericano, el artículo 1440 del Código peruano prevé que, en los contratos conmutativos de tracto sucesivo, “si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”<sup>65</sup>. Además, da la facultad al juez de dar por terminado el contrato si así lo solicitara el demandado tomando en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias en particular.

Por otra parte, el Código argentino en su artículo 1091 menciona que si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias, sobrevenida por causas ajenas a las partes, la afectada tiene derecho a plantear la resolución o adecuación del contrato<sup>66</sup>.

El artículo 478 del Código brasileño advierte que, en contratos de ejecución continua o diferida, si la prestación de una de las partes se vuelve excesivamente gravosa, con ‘ventaja extrema’ para la otra, debido a eventos extraordinarios e imprevisibles, el deudor podrá solicitar la resolución del contrato<sup>67</sup>.

En cuanto al Código paraguayo, el artículo 672 de este señala que, en los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesiva, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato. Cuando la onerosidad sobrevenida se encuentre dentro del álea normal de este, o si el deudor fuera culpable, no procederá la resolución del contrato. El demandado podrá ofrecer una modificación equitativa del contrato para evitar su resolución<sup>68</sup>.

Por su parte, el artículo 581 del Código boliviano dice que, en los contratos de ejecución periódica, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato. No se admitirá la demanda de resolución si la prestación excesivamente onerosa ha sido ejecutada, o si era ya voluntariamente incumplida o si ya fue cumplida. Tampoco

---

<sup>64</sup> *Código Civil Português*, publicado el 25 de noviembre de 1966, Lisboa.

<sup>65</sup> *Código Civil Peruano*, publicado el 25 de julio de 1984, Lima.

<sup>66</sup> *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ley 26.994, publicado el 07 de octubre de 2014, Buenos Aires.

<sup>67</sup> *Código Civil Brasileiro*, Ley No. 10.406, publicado el 10 de enero de 2002, Brasilia.

<sup>68</sup> *Código Civil Paraguayo*, Ley No. 1.183, publicado el 23 de diciembre de 1985, Asunción.

será admitida si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato<sup>69</sup>.

Finalmente, cabe mencionar que, en códigos como el colombiano, el chileno y el uruguayo, no se ha introducido la doctrina del *rebus* en materia civil. No obstante, a la fecha de publicación de este trabajo, se han propuesto tanto en Uruguay como en Chile la integración del mismo dentro de sus respectivas legislaciones en atención a la pandemia ocasionada por el COVID-19.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como se ha expuesto en el apartado 2 *ut supra*, no hay referencia expresa a esta teoría. Sin embargo, podemos encontrar en el artículo 1937 del Código Civil, un supuesto en el que, en realidad el legislador ha previsto un efecto jurídico estrechamente similar.

Este artículo establece que de acontecer circunstancias desconocidas que ocasionaren costos imprevisibles en un contrato de tracto sucesivo como es el de construcción de edificios celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio fijo. En este caso, el constructor podrá acudir al juez para que este fije el incremento del precio.

## **6. La pandemia del COVID-19 y sus efectos.**

“Ante la pandemia por el COVID-19, las economías se cierran y paralizan, y las sociedades entran en cuarentenas más o menos severas, medidas solo comparables a las de situaciones de guerra”<sup>70</sup>. Según la CEPAL, la pandemia ha conducido a la economía mundial a la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial<sup>71</sup>. De esta manera, para este año se espera la mayor reducción del PIB mundial desde 1946, como consecuencia de una debacle en general de las actividades económicas<sup>72</sup>.

Se sumó a este bajo crecimiento económico la necesidad de implementar medidas de confinamiento, distanciamiento social y cierre de actividades productivas<sup>73</sup>, “lo que hizo que la emergencia sanitaria se materializara en la peor crisis económica, social y

---

<sup>69</sup> Código Civil Boliviano, publicado el 06 de agosto de 1975, La Paz.

<sup>70</sup> Ver, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19 Efectos económicos y sociales.” *Informe especial COVID-19* No. 1 (2020).

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> CEPAL, *Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe*, 2020, 11.

<sup>73</sup> Decreto ejecutivo 1017, Presidencia de la República [Por medio de cual se declara el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados y la declaratoria de pandemia de COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud] R. O. Suplemento 1 - 163 de 17 de marzo de 2020.

productiva que ha vivido la región en los últimos 120 años, y en una caída del 7,7% del PIB regional”<sup>74</sup>.

Sin duda, el Ecuador no ha estado exento de los estragos ocasionados por la pandemia, ya que se ha suscitado una inestabilidad social debido a la suspensión de actividades por el confinamiento que ha afectado a la población<sup>75</sup>. Se estima que la presencia del COVID-19 complicaría mucho más la situación económica del Ecuador dado que las estimaciones para 2021 se mantienen sujetas a constantes cambios, por la incertidumbre que envuelve la progresión de distintos factores en el presente año<sup>76</sup>.

El COVID-19 es una pandemia que ha conllevado efectos nocivos en muchos ámbitos de la sociedad. Por ejemplo, la incidencia que ha tenido dentro del cumplimiento de las obligaciones, pues de una u otra manera esto se ha visto afectado como consecuencia de las medidas excepcionales adoptadas por los gobiernos para hacer frente a la pandemia, así como en la crisis económica actual.

El advenimiento del COVID-19 se convirtió rápidamente en un desafío para la normalidad de las transacciones. Nos encontramos en una etapa en que los efectos de la pandemia sobrepasaron el ámbito exclusivo de la salud, trasladándose al plano jurídico y económico provocado por el cese de la actividad no esencial y el confinamiento domiciliario en el contexto de una cuarentena precedida por la declaratoria de estado de excepción<sup>77</sup>.

Los efectos del COVID-19 en el derecho contractual no han impactado únicamente a un sector particular de la contratación ya que “existe una auténtica pandemia en los contratos”<sup>78</sup>. En definitiva, la restricción de la libertad de circulación de las personas, junto con la suspensión de una importante cantidad de actividades comerciales y el cierre de muchos locales de negocio, ha afectado al desarrollo general de los contratos de toda naturaleza<sup>79</sup> que en muchos casos han derivado en escenarios de imposibilidad de cumplimiento, mientras que en otros, una excesiva onerosidad sobrevinida.

---

<sup>74</sup> CEPAL, *Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe, 2020*, 11.

<sup>75</sup> Geomayra Cevallos, Ana Calle y Oswaldo Ponce, “Impacto social causado por la COVID-19 en Ecuador.” *3C Empresa. Investigación y pensamiento crítico*. Edición Especial COVID-19: Empresa, China y Geopolítica (2020), 115-127, 124.

<sup>76</sup> CEPAL, *Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe, 2020*, 18.

<sup>77</sup> Edison Ramiro Calahorrano Latorre, “Derecho de contratos y excepcionalidad: reaparición de instituciones y retorno a los principios en contexto de COVID-19.” *Ius humani* Vol. 9 II (2020), 160.

<sup>78</sup> Beatriz Gregoraci, “El impacto del COVID-19 en el derecho de contratos español.” *Anuario de derecho civil* Vol. 73, No. 2 (2020), 483.

<sup>79</sup> Fernando Lacaba Sánchez, “Pacta Sunt Servanda versus Rebus sic Stantibus.” *Revista de Derecho vLex* No. 191, (2020), 3.

## **7. El COVID-19 como fundamento para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.**

A partir de este epígrafe, se analizará si el COVID-19 puede ser un fundamento para la aplicación del *rebus sic stantibus*, por ende, se deberá verificar en qué medida ha influido en cada uno de los elementos que tanto la doctrina, como la jurisprudencia y el derecho comparativo han generalizado para la posible aplicación de esta doctrina.

En primer lugar, se partirá del análisis del ‘evento extraordinario’ como elemento constitutivo de la teoría de la imprevisión. Con fundamento en la sección 6 *ut supra* se puede inferir que en efecto la aparición del COVID-19 como tal encaja dentro de este elemento, pues un virus sin precedentes que desemboque en una pandemia y en una crisis tan grande como esta, es algo que escapa completamente a lo común.

Amén de esta estimación, no basta con analizar si el COVID-19 en abstracto es un requisito para alegar la cláusula *rebus*, porque dependerá del caso concreto el argüir que hecho ha sido el que ha ocasionado una excesiva onerosidad dentro del contrato en particular, puesto que, si bien el COVID-19 puede considerarse un acontecimiento extraordinario, existen consecuencias y efectos de este que han derivado en la concurrencia de más eventos de esta misma naturaleza, tales como la crisis económica, las restricciones de circulación o de otra índole, el cierre fronterizo, etc.

De hecho, lo fundamental de la pandemia del COVID-19 como tal, es que le otorga un carácter extraordinario a cualquiera de estos eventos ya que por sí sola una crisis económica puede ser algo que sucede con regularidad en determinado país, pero una de estas, en los tiempos que trascurren, con consecuencias sin precedentes y a escala global, sin duda que cumple con el elemento señalado.

En segundo lugar, en atención al elemento ‘imprevisión’, Momberg vitupera este componente ya que, en el caso de alegar una orden de autoridad competente como presupuesto para la aplicación del *rebus*, al acudir al juez alegando la excesiva onerosidad producida por una medida gubernamental, como el cierre de vías, de comercios, de fronteras, restricciones de movilidad, medidas de confinamiento, etc.; este podría rechazar la pretensión, ya que no se puede aludir que un decreto presidencial o un estado de excepción sean hechos imprevisibles<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Ver, Rodrigo Momberg, “La obligación del arrendatario durante la pandemia por coronavirus en Chile.” *Boletín del Centro de Estudios de Derecho Comparado* No. 4 (2020).

Esta propuesta tiene cierto fundamento lógico, por el hecho que no tendría sentido el decir que un mandato de una autoridad no haya podido preverse. No obstante, lo que en realidad no podía haberse previsto es el contenido y la severidad de tales medidas llevadas a cabo - frente a una pandemia - ni sus efectos en la población y en este supuesto, en la observancia de la obligación.

En todo caso, siempre resulta necesario e imprescindible atender al caso concreto afectado por el cambio de circunstancias en que se celebró el contrato y en las que se ha ido desarrollando, sobre cómo se ha visto afectado por las excepcionales particularidades y en qué medidas estas eran o no previsibles al perfeccionarse el contrato<sup>81</sup>.

Otro criterio utilizado para determinar la imprevisibilidad es verificar la frecuencia de un hecho, “por cuanto es más difícil para el deudor prever algo que no es esperable estadística o cuantitativamente”<sup>82</sup>. Pues, pocos serían los que podrían aventurarse a discutir que la situación derivada de la actual pandemia son eventos que nadie razonablemente habría podido prever, además de la crisis sanitaria, económica e incluso humanitaria. De modo que resulta razonable considerar que estamos ante un evento absolutamente imprevisible<sup>83</sup>.

No cabe duda que una pandemia no es algo que se puede aseverar como algo imprevisto, sobre todo dado registros de pandemias globales que han ocurrido cada cierto tiempo<sup>84</sup>, pero un fenómeno como el actual que “obligue a aislamiento domiciliario a grandes grupos humanos y paralice la vida económica de ciudades enteras, probablemente solo se asemeje a otros ocurridos hace más de cincuenta o cien años como la gripe española o la gripe de Hong Kong”<sup>85</sup>.

En tercer lugar, se encuentra la ‘sobreveniencia’, se ha dicho al respecto que el *rebus*, como supuesto de asimetría sobrevenida, no protege la correcta formación del consentimiento y por eso las circunstancias que han cambiado tendrán que ser siempre posteriores a la conclusión del contrato y no simplemente previas y desconocidas, sino que supone un correctivo posterior ante un efecto económicamente injusto proveniente de la ejecución del contrato y en función de unas variables que no se pudieron contemplar

---

<sup>81</sup> Beatriz Sáenz de Jubera Higuero, *Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos*, en *Obligaciones y contratos*, 2393.

<sup>82</sup> Edison Ramiro Calahorrano Latorre, *Derecho de contratos y excepcionalidad*, 169.

<sup>83</sup> Ver, José Manuel Valencia Cerasa, “Eventos sobrevenientes que alteran sustancialmente los términos pactados en los contratos de construcción: una mirada desde los efectos de la pandemia por Covid-19.” *Revista Derecho & Sociedad* No. 55 (2020).

<sup>84</sup> Por ejemplo, el SARS en 2003 o el MERS en 2014.

<sup>85</sup> Edison Ramiro Calahorrano Latorre, *Derecho de contratos y excepcionalidad*, 169-170.

al tiempo de su celebración y que han resultado decisivas en la concreción del resultado lesivo<sup>86</sup>.

Por tal motivo, en contratos de ejecución continuada es en donde se puede evidenciar que el evento extraordinario e imprevisible se ha suscitado con posterioridad a la celebración del contrato, en un contexto totalmente distinto al que, en inicio las partes habían tenido en cuenta, pues los efectos que ha tenido el COVID-19 en los negocios dependerá de cada caso.

En cuarto lugar, otro elemento a considerar es el de la ‘inimputabilidad’, visto que se deberá incidir en la ajenidad del hecho que propicie la alteración y en el agotamiento por parte del deudor de todos los recursos a su alcance para dar cumplimiento íntegro a lo en su día acordado. De ese modo, se evitará que el *rebus* sea un recurso oportunista que permita impunemente adoptar determinadas decisiones que contribuyan a un escenario simulado de excesiva onerosidad<sup>87</sup> tomando como excusa una situación de afectación general como la que se atiende.

En último lugar, se atenderá al elemento ‘excesiva onerosidad’ dado que, eventos suscitados a partir del COVID-19 - o cualquier otro hecho - a la luz de esta investigación, no pueden implicar de forma automática la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* a tales contratos, ni su revisión o terminación, sino que “es necesario comprobar en qué medida esa crisis económica (u otro evento) incide efectivamente en el contrato concreto objeto del litigio”<sup>88</sup>. Pues, dependerá de cada caso si el COVID-19, como factor común a los presupuestos mencionados, detonará o no una asimetría prestacional específica.

Es necesario analizar la relevancia que ha tenido esta crisis económica en los distintos contratos. De la misma manera, es esencial analizar si el precio de la contingencia estaba ya asignado o de no ser así, si el resultado obtenido terminó siendo agrestemente desproporcionado<sup>89</sup>.

Tanto el acaecimiento como la incidencia del cambio de circunstancias se observa mejor con relación a la base económica que le dio lugar y a la excesiva onerosidad que

---

<sup>86</sup> Gemma Rubio Gimeno, “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, en *Codificación y reequilibrio de la asimetría contractual*, ed. de Mariló Gramunt Fombuena y Carles E. Florensa i Tomàs (Madrid: Dykinson, S.L., 2017), 197-223, 203-4.

<sup>87</sup> *Ibidem*, 219.

<sup>88</sup> Beatriz Sáenz de Jübera Higuero, “Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos, en obligaciones y contratos.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* No. 780, (2020), 2405.

<sup>89</sup> Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, 975.

comporta para una de las partes<sup>90</sup>. Pues dependerá del caso concreto que la alteración llegue a ser tan relevante que incremente extraordinariamente la onerosidad de las prestaciones a cargo de una de las partes o termine por frustrar el fin del contrato<sup>91</sup>.

Cabe mencionar que dentro del concepto de excesiva onerosidad no se han de entender necesariamente comprendidos los problemas de liquidez que pueda llegar a sufrir alguna de las partes que le dificultan excesivamente el cumplimiento de la prestación, debido que nada tiene que ver con el equilibrio del contrato. También hay que tomar en cuenta que la falta de liquidez es un riesgo que corre a cargo del deudor desde la celebración misma del contrato<sup>92</sup>.

Bajo estas circunstancias, entonces, el deudor que no ha podido obtener la financiación requerida para costear la ejecución del contrato, o que sufre la pérdida de dicha financiación, pretende salirse del contrato a bajo coste haciendo valer la cláusula *rebus* a su favor. Distinto sería el caso en el que el deudor “haga valer como excepción el cierre generalizado de los mercados de crédito, la retirada o remisión global de las fuentes de financiación otrora disponible”<sup>93</sup>.

En consecuencia, se ha evidenciado que el COVID-19 es un hecho extraordinario e imprevisto que en determinado caso puede llegar a incidir en la prestación de una de las partes del contrato de tracto sucesivo aumentando gravemente la onerosidad del mismo, sin que este evento les sea imputable a cualquiera de ellas. Por consiguiente, llegado el momento se necesitará valorar un conglomerado de factores necesitados de prueba para que precisamente tal hecho en este contexto pueda suponer una alteración extraordinaria de las circunstancias<sup>94</sup>.

Por otro lado, se ha profundizado en la idea de que a partir del COVID-19 han acontecido similares circunstancias de misma índole - imprevistas y extraordinarias -, por las que un contrato puede verse afectado bajo el supuesto de la imprevisión. Sea este hecho - el COVID-19 - u otro derivado de este - por ejemplo, la crisis económica -, se requerirá por parte del juez hacer un análisis caso por caso para determinar el

---

<sup>90</sup> Francisco Javier Orduña Moreno, “Cláusula *rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de larga y corta duración. Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social.” *Revista de Derecho vLex* No. 191, (2020), 2.

<sup>91</sup> Beatriz Sáenz de Juberá Higuero, *Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos*, 2393.

<sup>92</sup> Beatriz Gregoraci, *El impacto del COVID-19 en el derecho de contratos español*, 467.

<sup>93</sup> Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, 999-1000.

<sup>94</sup> Ana Isabel Berrocal Lanzarot, “La cláusula *rebus sic stantibus*. A propósito de la sentencia del tribunal supremo, del pleno de la sala primera, de 17 de enero de 2013.” *Cuadernos de derecho y comercio 2014* N° 60, (2014), 241-2.



cumplimiento de cada uno de los requisitos de procedibilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*.

## **8. Aplicabilidad de la figura ante la falta de regulación expresa en el Ecuador.**

Una vez analizados los requerimientos que exige la teoría de la imprevisión desde una perspectiva del COVID-19. En esta sección se procederá a analizar la posibilidad de aplicar esta doctrina - bajo este contexto - en el Ecuador, por tal razón; se hará una comprobación de las normas nacionales o principios universales que la permitirían - 8.1 -; para después evaluar los remedios ante la excesiva onerosidad como la posibilidad de una revisión - 8.2 -; o una terminación judicial del contrato - 8.3 -.

### **8.1. Normas y principios que la permitirían.**

Como se ha hecho énfasis a lo largo de este trabajo “no existe en el derecho civil nacional una norma explícita (...) que pueda señalarse como elemento de una visión sistémica de la doctrina de la imprevisión”<sup>95</sup>. Sin embargo, existen distintas normas a lo largo del Código Civil que podrían abrir el camino para su argumentación.

Es el caso del artículo 18 del Código que advierte que, en caso de existir falta de ley, se podrá recurrir a los principios del derecho. En cuyo caso, serían aplicables varios principios recogidos tanto por el ordenamiento jurídico, como por la jurisprudencia y la doctrina. De esta manera, el artículo 1562 establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, pues en consideración a la imprevisión, “puede así hablarse de una dificultad de *praestare* que debe valorarse acudiendo a este principio siempre que se admita y justifique una teoría de la inexigibilidad de la prestación”<sup>96</sup>.

Asimismo, el artículo 1561 prescribe que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>97</sup>. Este artículo - y en general el principio *pacta sunt servanda* - parece representar un obstáculo para la terminación del contrato por causas supervinientes. Sin embargo, el antes citado principio de la buena fe permite atenuarlo y concluir que la teoría de la imprevisión refuerza el vínculo obligacional, dado que a través de la revisión del contrato se podría incluso apelar a la preservación del mismo.

De igual manera, se puede acudir a la doctrina del abuso del derecho cuando inevitablemente se ha roto el equilibrio entre las prestaciones, haciendo que una de ellas

---

<sup>95</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 840.

<sup>96</sup> José Félix Chamie, *El principio general de reductio ad aequitatem*, 226.

<sup>97</sup> Artículo 1561, Código Civil.

sea más gravosa que la otra, en contravención de la conmutatividad natural del contrato<sup>98</sup>. En efecto, se admite que el contratante obtenga un beneficio del contrato; pero no se admite que este devenga excesivo respecto del que inicialmente podía prometerse; y que, correlativamente, el otro contratante sufra un perjuicio más grave que el que podía esperarse, porque se alteraría la relación originaria entre las prestaciones<sup>99</sup>.

Además, se puede invocar la cláusula *rebus* poniendo énfasis en el principio de equidad, de hecho, la equidad judicial, que consiste en el equilibrio conseguido por el juez, dentro de los límites que, en el caso concreto al amparo de la ley, utilizando criterios objetivos en la ponderación y articulación de los intereses juzgables en conflicto<sup>100</sup>. Entonces, “la equidad no es el fundamento del instituto sino más bien el criterio y la medida del remedio - que se requiere que sea flexible - para eliminar la excesiva onerosidad”<sup>101</sup>.

Sin duda, el artículo del Código Civil más preciso en cuanto a la aplicación de la teoría de la imprevisión, es el 1937, referido anteriormente, que trata acerca del contrato de construcción de edificio - pues en circunstancias como las actuales y a merced de una crisis mundial - después de verificados ciertos presupuestos, mismos o similares a los de la teoría de la imprevisión, se otorga de esta manera al juez la potestad de equilibrar el precio.

Prácticamente no han existido fallos jurisprudenciales a nivel nacional que hayan tratado la naturaleza jurídica de esta teoría. Sin embargo, la doctrina nacional ha señalado tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia a considerar<sup>102</sup>. La primera, de 11 de noviembre de 1981, partió de la idea de que:

El contrato no es absoluto e inmutable, sino una institución esencialmente relativa, que puede cambiar cuando las circunstancias [...] han variado. [...] Los contratantes al contratar se han referido a las circunstancias existentes en ese momento y han pensado que esas circunstancias y no otras son las que regularán la ejecución del contrato. La imprevisión, pues, es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula *rebus sic stantibus*<sup>103</sup>.

La segunda, de 13 de diciembre de 2001, dijo que:

---

<sup>98</sup> Enrique Alcalde Rodríguez, “Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria.” *Revista Chilena de Derecho* Vol. 34 No. 2 (2007), 361-372, 371.

<sup>99</sup> Francesco Messineo et al., *Doctrina general del contrato*, 397.

<sup>100</sup> José Ignacio Cano Martínez de Velasco, *La equidad en el derecho privado* (Barcelona: Librería Bosch, S.L., 2009), 60.

<sup>101</sup> Francesco Messineo et al., *Doctrina general del contrato*, 395.

<sup>102</sup> Ver, Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*.

<sup>103</sup> Gaceta judicial 13, Corte Suprema de Justicia, 11 de noviembre de 1981.

Contrariamente a lo que ocurre en el caso fortuito que significa la imposibilidad de la prestación, en la imprevisión contractual la prestación puede cumplirse, pero a costa de alterar extraordinaria e imprevisiblemente el equilibrio contractual, ocasionando una excesiva onerosidad, que ofende la buena fe contractual y que significa en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato un abuso de derecho<sup>104</sup>.

Finalmente, la sentencia de 04 de diciembre de 2007 indicó que “la teoría de la imprevisión se basa en el principio *rebus sic stantibus* que prevé que la fuerza obligatoria del contrato opera siempre y cuando subsisten, en el momento de la ejecución de aquél, las mismas circunstancias que prevalecían cuando este se celebró”<sup>105</sup>.

En conclusión, estas sentencias constituyen precedentes relevantes, pues han sido claras en abordar la teoría de la imprevisión como una excepción a la rigidez de la regla *pacta sunt servanda* y evidencian que las normas vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a pesar de sus limitaciones permitirían la aplicación del *rebus sic stantibus* en el Ecuador.

## **8.2. Posibilidad de revisión judicial.**

Como se aludió anteriormente, el *pacta sunt servanda*, complementado con el principio de la buena fe, deriva en que las partes atiendan a la fuerza vinculante del contrato siempre y cuando las circunstancias en que se celebró no se alteren. Por ende, la teoría de la imprevisión otorga al juez “la posibilidad de modificar la ejecución del contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses”<sup>106</sup>.

Como se ha señalado, esta vendría a ser la opción correctiva más coherente con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dado que no contravendría el artículo 1561 pues no se daría por terminado el contrato, más bien se lo adecuaría en base a los principios señalados con antelación.

El remedio en los casos mencionados es doble: o la reducción de las prestaciones, o la modificación de las modalidades de ejecución del contrato. La primera no requiere explicaciones; la segunda, “podría mostrar su congruencia como remedio contra la excesiva onerosidad, si se la concibe como aligeramiento del deber de prestación, en el sentido de dilación en el tiempo o de menor intensidad del esfuerzo de cumplimiento”<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Gaceta judicial 8, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de diciembre de 2001.

<sup>105</sup> Gaceta Judicial, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 9 de 21 de agosto de 2009.

<sup>106</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 845.

<sup>107</sup> Francesco Messineo et al., *Doctrina general del contrato*, 393.

Naturalmente, así como la ley no define el alcance de la buena fe, ni el límite de lo que ha considerarse equidad natural, el juzgador debe utilizar tal parámetro de manera razonable y mesurada<sup>108</sup>. “El criterio de la razonabilidad debe ser objetivamente determinable, teniendo en cuenta para ello diversos aspectos: la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas”<sup>109</sup>.

Aquí la razonabilidad se presenta como la expresión de la exigencia de salvaguardar el equilibrio entre el coste y sacrificio recíproco que exige un contrato o para conseguir un equilibrio que el contrato no tiene. La razonabilidad exige un equilibrio económico, que, bien mirado, en nuestro ordenamiento se traduce en el criterio de la equidad e incluso de la buena fe<sup>110</sup>.

La revisión responde a los cánones más acordes con las exigencias del mercado y de la lógica económica del contrato en su faz funcional. Lejos de violentar la seguridad jurídica, más bien la restablece a través de un adecuado proceso de reformulación que en el contexto de la situación fáctica concreta recompone la línea de sentido del negocio jurídico<sup>111</sup>.

En definitiva, la revisión sería la opción judicial que más se adecúa a nuestro ordenamiento, porque a falta de norma expresa - bajo este supuesto - tampoco se estaría en contradicción con el ordenamiento jurídico vigente. Es más, se muestra deferente a la teoría de la preservación del contrato al no ‘invalidarlo’ en los términos que lo prohíbe el artículo 1561 del Código. De igual manera este remedio aúpa los principios antes expuestos de buena fe, equidad y conmutabilidad. A pesar de esto, es necesario limitar la discrecionalidad del juez sobre el criterio objetivo de razonabilidad.

### **8.3. Terminación por excesiva onerosidad sobrevenida.**

Aunque, la modificación parece una opción preferible frente a la terminación en una primera consideración, pues mantiene la eficacia del contrato original, podría no resultar la opción más segura para los contratantes. En primer lugar, el juez puede fácilmente equivocarse si se empeña en reconstruir un contrato ajeno que si se limita a dar el negocio por terminado como consecuencia de la contingencia extraordinaria<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, “La pandemia y el contrato en curso.” *Boletín del Centro de Estudios de Derecho Comparado* No. 4 (2020), 13.

<sup>109</sup> Esther Torrelles Torrea, “El criterio de razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en *Codificación y reequilibrio de la asimetría contractual*, ed. de Mariló Gramunt Fombuena y Carles E. Florensa i Tomàs (Madrid: Dykinson, S.L., 2017), 175-195, 181.

<sup>110</sup> *Ibidem*, 187.

<sup>111</sup> Jacques Ghestin y Marc Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée* (París: L.G.D.J., 1990), 172.

<sup>112</sup> Ángel Carrasco, *Derecho de contratos*, 973.

Además, el acreedor puede haber perdido legítimamente interés en una prestación modificada en los términos proyectados, y no se le puede imponer una renuncia a la facultad de resolver por frustración del fin del contrato. Por ende, para Carrasco “el acreedor que se enfrenta a una demanda de modificación del contrato sólo puede ser obligado a ello si su negativa constituyere abuso de derecho”<sup>113</sup>.

En conclusión, esta podría ser la solución más apropiada para aquellos casos que no encuentren respuesta en la adecuación. Sin embargo, habría que incluir necesariamente la teoría de la imprevisión como doctrina general dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano para poder proceder a una terminación del contrato. Esto en conformidad al artículo 1561 del Código al no poderse ‘invalidar’ este tipo de contratos por algo ajeno a la voluntad de las partes o a causas legales ya que la norma ecuatoriana no contempla a la excesiva onerosidad como causa legal para la terminación de un contrato.

## **9. Consideraciones adicionales sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión con fundamento en el COVID-19.**

El COVID-19 ha evidenciado la necesidad de contar con una figura como el *rebus sic stantibus* expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico y como se la ha atendido en el presente trabajo, esta es viable. A partir de ello, en esta sección se expondrán ciertas reflexiones acerca de aquellas consideraciones prácticas para la acogida de esta doctrina en la legislación ecuatoriana. Pues, a falta de norma habrá que mirar a los principios para el estudio de esta doctrina - 9.1 -; y a partir de ello pensar si la respuesta se encuentra en el legislador o en el juez - 9.2 -.

### **9.1. El retorno a los principios.**

La aplicación del *rebus* resulta problemática cuando no existe norma expresa acerca de su aplicabilidad, como ocurre en las legislaciones de Chile, Colombia y Ecuador; en las que se ha acudido a la aplicación de principios del derecho de contratos<sup>114</sup>. “Ante la ausencia de un precepto legal expreso que consagre, entre nosotros, la teoría de la imprevisión, corresponde suplir tal vacío mediante la aplicación directa de los principios generales del derecho y las normas que gobiernan la exégesis”<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Ángel Carrasco, *Derecho de contratos*, 973.

<sup>114</sup> Edison Ramiro Calahorrano Latorre, *Derecho de contratos y excepcionalidad*, 177.

<sup>115</sup> Enrique Alcalde Rodríguez, *Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria*, 371.

En ausencia de reglas expresas y específicamente en atención al COVID-19, el juzgador o las partes pueden aplicar ciertas figuras recurriendo a los principios<sup>116</sup>. Estos constituyen fuentes del derecho de contratos, por lo que, de ellos pueden emanar reglas jurídicamente válidas para atender situaciones de hecho excepcionales provocadas por la pandemia o justificar la aplicación de figuras que no tienen expresa regulación legal como la teoría de la imprevisión<sup>117</sup>. Al ser principios, su colisión no implica la exclusión de uno frente al otro sino la correcta valoración de su alcance de aplicación dentro del caso concreto<sup>118</sup>.

A través de los años, parte de la doctrina ha entendido que lo más idóneo para la inserción de esta teoría dentro de cada legislación tiene que ver con la flexibilización en la concurrencia de sus presupuestos para cada caso concreto; ello con el fin de que la aplicación de esta figura como solución a los problemas de cumplimiento de los contratos - especialmente evidentes en épocas de graves crisis económicas como la que se atraviesa - sea más flexible en atención a la realidad social, llegando a convertirse en una institución de aplicación o apreciación más habitual<sup>119</sup>.

Es el caso de España - donde tampoco existe norma expresa al respecto - en el que el Tribunal Supremo ha ido acogiendo una tendencia doctrinal más normalizadora pretende que la apreciación de esos presupuestos no sea excesivamente rigurosa, sino que se trate de adaptar a la realidad y contexto social en que se desarrolla el contrato, proponiendo una mayor laxitud en la apreciación de la ‘alteración extraordinaria’, la ‘imprevisibilidad’, la ‘excesiva onerosidad’, la ‘sobreveniencia’ o la ‘inimputabilidad’ en el análisis del supuesto concreto, flexibilizando el tipo de circunstancias fácticas que cabría incluir dentro de tales presupuestos<sup>120</sup>.

## **9.2. Legislar desde la emergencia o desarrollar jurisprudencia.**

El COVID-19 ha revelado la necesidad de contar con regulación sobre la teoría de la imprevisión a nivel nacional o, como mínimo, otorgar al juez las herramientas necesarias para que este pueda hacerla prevalecer en sus decisiones. Como se mencionó, al menos con la finalidad de dar por terminado el contrato afectado por la excesiva onerosidad, es imperioso que esta doctrina se plasme dentro del ordenamiento jurídico,

---

<sup>116</sup> Edison Ramiro Calahorrano Latorre, *Derecho de contratos y excepcionalidad*, 196.

<sup>117</sup> *Ibidem*, 162.

<sup>118</sup> *Ibidem*, 195.

<sup>119</sup> Beatriz Sáenz de Jubera Higuero, *Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos*, 2397.

<sup>120</sup> *Ibidem*, 2405.

sobre todo en atención al artículo 1561 del Código Civil. Resulta imperioso dotar a las partes contratantes de certeza acerca de la aplicación de esta teoría, con miras también a evitar la discrecionalidad del juez en elementos tan abstractos como los del *rebus*.

Por poderosos que sean los argumentos que justifican la aplicación del *rebus* y por más que se venga postulando la intangibilidad del contrato, no puede perderse de vista la importancia de armonizarla con el principio *pacta sunt servanda*. Ello exige una actitud prudente y cautelosa de los jueces, tanto en la apreciación de la imprevisibilidad de los hechos alegados como en su impacto en la onerosidad de la prestación<sup>121</sup>.

## 10. Conclusiones.

En conclusión, eventos o consecuencias derivadas de la pandemia del COVID-19, a la luz de esta investigación, no pueden implicar automáticamente la aplicación de la teoría de la imprevisión. Es necesario comprobar - en cada caso concreto - en qué medida el hecho extraordinario ha incidido en el contrato en particular. De no ser así, existe el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas. En consecuencia, su empleo únicamente debe tener lugar en casos excepcionales, por la vulneración que pueda suponer de los principios *pacta sunt servanda* y seguridad jurídica.

Cabe mencionar que, frente a esta hipótesis, es la negociación la mejor opción, dejando así abierta la posibilidad de acudir a la autoridad jurisdiccional sólo cuando no sea posible llegar a un acuerdo. Pues en muchas ocasiones, no hay necesidad de recurrir a la cláusula *rebus* cuando el ordenamiento o el contrato han dispuesto mecanismos de escape frente a contingencias no esperadas. En este aspecto, es necesario referirse a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario<sup>122</sup>, en la cual se han previsto posibilidades de acuerdo entre las partes con el fin de renegociar cierto tipo de obligaciones en el actual escenario.

La hipótesis planteada fue comprobada, pues en condiciones como las actuales a raíz de la pandemia del COVID-19, han surgido una serie de hechos que pueden llegar a cumplir con los requisitos de esta doctrina según el caso en particular, pues el COVID-19, aparte de poder ser un evento extraordinario e imprevisible, es un agravante de

---

<sup>121</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 828.

<sup>122</sup> Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19, R.O. Suplemento 229 de 22 de junio de 2020.

circunstancias y efectos derivados del mismo. Pues puede llevar a encajar otros eventos provenientes de este - como la crisis económica - dentro de los presupuestos del *rebus*.

En el Ecuador, la teoría de la imprevisión, al menos a falta de legislación expresa sobre el tema, puede llegar a ser aplicable siempre y cuando el remedio no sea la terminación del contrato. A pesar de existir distintos principios, doctrina y jurisprudencia a su favor, existe normativa vigente que se encuentra en grave conflicto con esta solución. Sin embargo, en tanto y en cuanto el remedio adecuado sea la revisión, no hay causa legal por la que no pueda ser acogida dadas las circunstancias actuales y específicas del caso concreto, así como el cumplimiento de los requisitos de esta doctrina.

Las limitaciones que se han tenido para el desarrollo de la presente investigación responden a la dificultad de acceder a materiales con el fin de obtener información dado lo novedoso del tema central de este ensayo - que se enmarcan precisamente en el contexto actual del COVID-19 -, así como la escasa doctrina y jurisprudencia acerca de la teoría de la imprevisión a nivel nacional y la falta de legislación al respecto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, se sugiere atender a las líneas modernas de investigación sobre el tema, aquellas que proponen que la reacción del derecho contractual frente a este tipo de situaciones debe ser dúctil, como la realidad misma y atender a los principios del derecho, cuando la legislación vigente no se basta y el contexto mundial debe tender a flexibilizar y adecuar las instituciones a la actualidad.

## **11. Recomendaciones.**

Se recomienda plantear un proyecto de ley para la inclusión de la imprevisión en materia contractual en ocasión a la actual pandemia del COVID-19. Si bien se ha mencionado que jurisprudencialmente podría aplicarse a la revisión, es necesario otorgar certeza a las partes contractuales sobre la procedencia de esta figura y las condiciones de su aplicación. Además, en el caso de que se llegara a optar por la terminación como medida de *ultima ratio* frente a la imposibilidad de restablecer el equilibrio económico del contrato, es necesario tener un fundamento legal para efectuarlo.

En tal virtud, se reconoce la necesidad de tomar en cuenta - *mutatis mutandis* -, las lecciones que el derecho comparativo ha ofrecido en cuanto a técnica legislativa se refieren. Por otro lado, es necesario que exista regulación o parámetros para reducir una eventual discrecionalidad judicial en esta materia. Puesto que, cada uno de los elementos



que integran el *rebus* son problemáticos para su posible aplicación en ausencia de norma, dada su indeterminación.

Resulta recomendable, frente a una eventual aplicación de esta doctrina, que se le deba reconocer al acreedor la prerrogativa de elegir entre la adecuación del contrato en las condiciones sugeridas por el deudor o la terminación del mismo. En este sentido, tal vez proceda exigir a la parte perjudicada, una pretensión principal de revisión y una subsidiaria de terminación sobre las que debe manifestarse el demandado. Excluyendo de esta manera el papel integrador del juez y preservando el consentimiento que debe concurrir en todo contrato, así como la autonomía de la voluntad de las partes.