

LA ADAPTACIÓN DEL CONTRATO:
EL PROBLEMA DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE EVENTOS
SOBREVENIDOS Y CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
DE LA VIS CUI RESISTI NON POTEST A LAS CLÁUSULAS DE HARDSHIP

JOSÉ FÉLIX CHAMIE

La adaptación del contrato:
El problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento
contractual
De la *vis cui resisti non potest* a las cláusulas de *hardship*

Índice general

| | |
|------------------------|----|
| Introducción | 11 |
| Posición del tema..... | 14 |

I

El modelo romano para la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos:
Periculum, vis cui resisti non potest y *casus a nullo praestantur*, evolución de las reglas
en el sistema medieval y en la tradición del derecho común

| | |
|--|----|
| 1. Premisa. <i>Periculum</i> : ¿problema del riesgo contractual?..... | 16 |
| § 1. La distinción fundamental en materia de <i>periculum</i> en sentido técnico y su relación con el <i>commodum</i> | 17 |
| § 2. Ausencia de una teoría general..... | 19 |
| § 3. <i>Periculum</i> en la compraventa romana. La protección del <i>synallagma</i> contractual. Método y diversidad de las soluciones. Breve enunciación. Afr. 8 <i>Quaestionum</i> . D. 19, 2, 33; Paulo 33 <i>ad ed.</i> D. 18, 6, 8pr..... | 21 |
| 2. Ulp. 32 <i>ad edictum</i> . D. 19, 2, 15, 2 y el modelo serviano de la gestión del riesgo: la ampliación del <i>praestare</i> y alea normal del contrato..... | 23 |
| § 1. Proposición de la <i>quaestio</i> | 26 |
| § 2. La distinción serviana como punto de partida para la distribución del riesgo en la locación de fundo..... | 26 |

| | |
|---|----|
| § 3. Ampliación del <i>praestare</i> y fundamento del <i>actione teneri</i> . Perspectiva procesal y explicación del <i>quaesitum</i> desde el punto de vista del <i>synallagma merces utifruí</i> | 28 |
| | |
| 3. <i>Praestare</i> y <i>actione teneri</i> . La elaboración de Labeón y el dualismo <i>fides-aequitas</i> . Ulp. 14 <i>ad ed.</i> D. 4, 9, 3, 1. <i>Lex Iulia de bonis cedendis</i> ; Suet., <i>Claud.</i> 18, 2..... | 31 |
| | |
| 4. Perfil de la <i>remissio mercedis</i> y gestión del riesgo. <i>Aestimatio litis</i> , restablecimiento del equilibrio prestacional y apertura a las reglas de la resolución del contrato..... | 33 |
| § 1. La casuística: D. 19, 2, 15, 3; D. 19, 2, 15, 4; D. 19, 2, 15, 5; D. 19, 2, 15, 7; C. 4, 65,8..... | 34 |
| § 2. <i>Oportere ex fide bona, aestimatio litis</i> e imputabilidad del evento sobrevenido. Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 19, 2, 33..... | 37 |
| § 3. Reglas precisas en caso de destrucción de la obra: <i>vitium soli</i> y <i>vitium operis</i> . <i>Aprobatio</i> y carga de la prueba. Lab. 1 <i>pith.</i> D. 19, 2, 62; Lab. 5. <i>post.</i> D. 19, 2, 59..... | 39 |
| | |
| 5. La problemática en materia de <i>navis instructa. Custodiam praestare</i> y <i>salvum fore recipere</i> . La sobreposición de instrumentos procesales: <i>actio ex locato, actio ex recepto</i> y el límite de la <i>vis maior</i> | 40 |
| § 1. <i>Receptum salvum fore</i> o cláusula de garantía..... | 42 |
| § 2. La articulación de los casos en ocasión de la pérdida del bien materia del transporte marítimo..... | 45 |
| | |
| 6. Conclusiones del análisis romanístico..... | 48 |
| | |
| 7. <i>Casus cui prevederi non potest</i> y <i>vis cui resisti non potest</i> : La <i>materia periculi</i> en el sistema medieval..... | 49 |
| § 1. <i>Periculum</i> en la tradición precedente, en especial la influencia del derecho germánico..... | 52 |
| § 2. <i>Periculum</i> en la interpretación de la Glosa..... | 55 |
| § 3. La tipicidad del sistema de las fuentes, en particular sobre la <i>locatio conductio</i> y la <i>emptio venditio</i> . Relevancia de la <i>natura contractus</i> | 56 |
| § 4. En particular sobre la elaboración de los comentaristas: distribución del riesgo y <i>natura contractus</i> | 58 |
| § 5. Enunciación de la regla del riesgo..... | 59 |
| § 6. <i>Periculum</i> en el naciente derecho comercial moderno, en especial sobre la <i>conditio assecurationis</i> en el transporte marítimo..... | 60 |
| | |
| 8. La disciplina del riesgo en la doctrina del derecho común..... | 61 |

| | |
|---|-----------|
| § 1. Continuidad de la tipicidad del sistema de las fuentes..... | 62 |
| § 2. El problema del riesgo dentro de la nueva categoría general del contrato: ruptura parcial con el sistema típico de las fuentes..... | 64 |
| § 3. Consolidación del principio general del efecto liberatorio o modificativo de la obligación por fuerza mayor o caso fortuito: <i>periculum</i> en sentido técnico..... | 65 |
| 9. El fundamento de la llamada cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en la interpretación medieval de <i>Africanus Quaestionum libro VII. D. 46, 3, 38 pr.</i>..... | 65 |
| § 1. Contexto originario..... | 67 |
| § 2. Comprensión medieval del problema de los eventos sobrevenidos y sus efectos en términos de <i>conventio</i> tácita..... | 69 |
| § 3. El dato canónico..... | 70 |
| § 4. Baldo y la extensión a todas las <i>promisiones</i> , el potencial dogmático del criterio..... | 72 |
| § 5. La difícil argumentación de la cláusula. Determinación de sus presupuestos iniciales y su adopción parcial en la Codificación. Primacia inicial de la noción dogmática de ‘imposibilidad sobrevenida’..... | 76 |

II

Presupuestos de la voluntad contractual y el problema de los eventos sobrevenidos mediante la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*: hacia la objetivación del concepto en particular sobre la tradición alemana de la *Voraussetzung* a la *Geschäftsgrundlage*

| | |
|---|-----------|
| 10. Windscheid y la ‘presuposición’: crítica a la teoría y fundamento de la interpretación sucesiva..... | 76 |
| § 1. Génesis del concepto..... | 79 |
| § 2. Resultados de la crítica: hacia la objetivación del concepto..... | 81 |
| 11. La relevancia de la base negocial..... | 83 |
| § 1. Fundamento negocial objetivo y subjetivo..... | 83 |
| § 2. La interpretación del contrato según buena fe..... | 85 |
| § 3. La problemática de las supervenciones y la distribución de los riesgos..... | 85 |
| § 4. Ámbito de aplicación de la <i>Geschäftsgrundlage</i> | 86 |
| § 5. La modificación sustancial o cambio relevante (<i>wesentliche Aenderung</i>)..... | 87 |

| | |
|--|----|
| § 6. <i>Treu und Glauben</i> , inexigibilidad de la prestación (<i>Unzumutbarkeit</i>) y distribución del riesgo (<i>Risikoverteilung</i>)..... | 88 |
| 12. Absorción de la <i>Geschäftsgrundlage</i> en el ámbito del riesgo: la distinción entre <i>Vertragsinhalt</i> y <i>Wesentlichkeit</i> La identidad sustancial entre <i>Geschäftsgrundlage</i> y <i>Vertragsinhalt</i> . El remedio para la adaptación (<i>Anpassung</i>)..... | 89 |
| § 1. Absorción de la <i>Geschäftsgrundlage</i> en el ámbito del riesgo..... | 89 |
| § 2. La identidad sustancial entre la <i>Geschäftsgrundlage</i> y el <i>Vertragsinhalt</i> | 90 |
| § 3. El remedio para la adaptación (<i>Anpassung</i>)..... | 91 |
| 13. La anomalía en el cumplimiento de la prestación: <i>Leistungsverstörungen</i> y disciplina de la imposibilidad sobrevenida (<i>nachträglichen Unmöglichkeit</i>) antes de la reforma. La imputabilidad de la imposibilidad y sus efectos..... | 93 |
| § 1. Imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva (<i>Unmöglichkeit</i> y <i>Unvermögen</i>)..... | 94 |
| § 2. Efectos de la imposibilidad: <i>Leistungsgefahr</i> y <i>Preisgefahr</i> | 95 |
| 14. La <i>Schuldrechtreform</i> : inexigibilidad (<i>Unerheblichkeit</i>) y lesión a la base negocial (<i>Störung der Geschäftsgrundlage</i>)..... | 96 |
| § 1. El nuevo concepto de imposibilidad: la <i>Unerfüllbarkeit</i> | 98 |
| § 2. Perturbación de la base negocial (<i>Störung der Geschäftsgrundlage</i>)..... | 99 |

III

Concentración de las reglas para la imposibilidad sobrevenida La *force majeure*: el binomio exención-resolución. En particular sobre el modelo francés

| | |
|--|-----|
| 15. <i>Pacta sunt servanda</i> y relatividad del vínculo obligatorio. Efectos del contrato. Imposibilidad sobrevenida de la prestación. Teoría de la imprevisión: <i>imprévision</i> , <i>force majeure</i> , <i>cas fortuit</i> . El <i>Avant-projet</i> de reforma y el cambio de las circunstancias iniciales del contrato..... | 101 |
| § 1. Art. 1134 <i>Code civil</i> y el principio del respeto absoluto a la voluntad de las partes..... | 103 |
| § 2. La <i>résiliation unilatérale</i> y disciplina de la imposibilidad sobrevenida como excepciones a la regla áurea. <i>Théorie des risques</i> y <i>résolution</i> | 104 |

| | |
|---|------------|
| § 3. La disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. La <i>force majeure</i> y el <i>cas fortuit</i> . Criterios principales: <i>extranéité, irresistibilité-imprévision</i> ; criterios accesorios: <i>anormalité, soudaineté y rareté</i> . Otras causas eximentes de responsabilidad..... | 108 |
| 16. Théorie de l'imprévision..... | 111 |
| § 1. Imprevisión en la jurisprudencia administrativa. El caso <i>Gaz de Bordeaux</i> y la adopción de la teoría en razón del interés público..... | 113 |
| § 2. Medidas legislativas relacionadas con la imprevisión..... | 117 |
| 17. Justificación de la teoría en el modelo francés..... | 118 |
| § 1. La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> y la difícil búsqueda de la voluntad de las partes..... | 119 |
| § 2. Ruptura del elemento causal del contrato y enriquecimiento sin causa..... | 120 |
| § 3. Violación del deber de buena fe..... | 121 |
| § 4. Justificaciones adicionales: deber de cooperación, limitación general de la responsabilidad del deudor <i>ex art. 1150</i> y relevancia de los motivos al interior del contrato..... | 122 |

IV

Reductio ad aequitatem: el instrumento de la excesiva onerosidad sobrevenida en particular sobre el modelo italiano del *codice civile* de 1942

| | |
|--|------------|
| 17. Pacta sunt servanda y cláusula <i>rebus sic stantibus</i>. El <i>codice civile</i> de 1865 y la evolución doctrinal..... | 124 |
| § 1. El problema de los efectos de circunstancias sobrevenidas en el cumplimiento de la prestación a través del filtro de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> y sus justificaciones teóricas: voluntarista, objetivista, causalista, de la equivalencia y de la equidad..... | 126 |
| § 2. Hacia el reconocimiento legislativo de la 'excesiva onerosidad sobrevenida'..... | 129 |
| 18. Imposibilidad sobrevenida y el modelo de la excesiva onerosidad sobrevenida en el <i>codice civile</i> de 1942: fundamento, contenido y ámbito de aplicación..... | 131 |
| § 1. La imposibilidad sobrevenida en el <i>codice</i> de 1942..... | 131 |
| § 2. El modelo del art. 1467 del <i>codice civile</i> | 135 |
| § 3. El fundamento de la excesiva onerosidad sobrevenida..... | 136 |

| | |
|--|------------|
| § 4. Contenido del remedio y ámbito de aplicación..... | 141 |
| § 4. 1. Eventos extraordinarios e imprevisibles..... | 141 |
| § 4. 2. Excesiva onerosidad sobrevenida..... | 143 |
| § 4. 3. Alea normal, previsión del evento y tipicidad contractual..... | 145 |
| § 4. 4. Ámbito de aplicación: contratos con prestaciones recíprocas; contratos de ejecución periódica, continua o diferida..... | 148 |
| § 5. La oferta de <i>reductio ad aequitatem</i> | 158 |
| § 6. Excesiva onerosidad y devaluación monetaria..... | 164 |
| 19. Adaptación y tipicidad contractual..... | 165 |
| § 1. Contrato de mutuo..... | 165 |
| § 2. Contrato de garantía fiduciaria..... | 166 |
| § 3. Contrato de mandato..... | 167 |
| § 4. Contrato de locación..... | 168 |
| § 5. Contrato de obra ordinario y de obra pública..... | 170 |
| § 6. Contrato de gestión o goce de cosa productiva..... | 175 |
| § 7. Contrato de suministro..... | 175 |
| § 8. Contrato de <i>factoring</i> | 178 |
| § 9. Contratos bancarios y de financiamiento..... | 179 |
| § 10. Contrato de seguro, de transacción y en bolsa..... | 180 |
| § 11. Contrato atípico constitutivo de carga real..... | 180 |
| § 12. Contrato preliminar y contrato de opción..... | 181 |
| 20. Excesiva onerosidad en la jurisprudencia reciente..... | 183 |

V

La excesiva onerosidad sobrevenida en el sistema jurídico latinoamericano

| | |
|---|-----|
| 21. Premisa..... | 186 |
| 22. Dogma de la voluntad, buena fe, imprevisión y reforma del sistema..... | 187 |
| 23. Adaptación del contrato y difusión del modelo de la excesiva onerosidad sobrevenida en el sistema latinoamericano. Configuración de los requisitos y efectos de la modificación..... | 192 |
| 24. Perspectivas para el reconocimiento de una excesiva onerosidad sobrevenida en la deuda externa latinoamericana. El caso Colombia..... | 197 |

VI

Imposibilidad y frustración del contrato en el *common law* inglés y norteamericano

| | |
|--|-----|
| 25. <i>Common law</i> inglés. La <i>frustration of contract</i> | 203 |
| § 1. <i>Frustration</i> . Formación de la doctrina..... | 203 |
| § 2. Fundamento teórico de la doctrina..... | 211 |
| § 3. <i>Implied term theory</i> | 211 |
| § 4. <i>Just and reasonable solution theory</i> | 213 |
| § 5. <i>Foundation of contract theory</i> | 214 |
| § 6. <i>Radical change in the obligation. The ‘Construction Theory’</i> | 214 |
| § 7. Efectos de la aplicación de la <i>doctrine of frustration</i> | 216 |
| § 8. Límites de la jurisprudencia a la aplicación de la <i>doctrine of frustration of contract</i> | 221 |
| 26. <i>Common Law</i> norteamericano. <i>Impossibility</i> y su evolución mediante la <i>doctrine of impracticability</i> | 223 |
| § 1. <i>Discharge by impossibility</i> | 227 |
| § 2. <i>Commercial impracticability</i> | 227 |
| § 3. Ampliación de la imposibilidad sobrevenida: la <i>doctrine of commercial impracticability</i> | 228 |

| | |
|---|-----|
| § 4. De la <i>impossibility</i> a la <i>commercial impracticability</i> : el criterio subjetivo de imposibilidad económica..... | 230 |
| § 5. La codificación de las <i>doctrines</i> en el <i>UCC</i> . ¿La autonomía de la <i>commercial impracticability</i> ?..... | 232 |
| § 6. El criterio objetivo de la <i>impossibility</i> . El criterio subjetivo de la <i>commercial impracticability</i> El <i>agreed performance</i> y la determinación de las <i>basic assumptions</i> . Previsión/imprevisión y relevancia del silencio de las partes..... | 238 |
| § 7. No imputabilidad del evento al deudor de la prestación..... | 240 |
| § 8. <i>Frustration of purpose</i> | 241 |
| § 9. Efectos del <i>discharge</i> , resarcimiento del daño, revisión judicial del contrato y criterio del <i>superior risk bearer</i> | 243 |

VII

Force majeure y *hardship* en la *lex mercatoria* y la contratación internacional

| | |
|---|------------|
| 27. <i>Lex mercatoria</i>: el <i>novissimum ius gentium</i>..... | 247 |
| § 1. Formación de la teoría moderna..... | 247 |
| § 2. Aproximación al concepto. Breves características..... | 252 |
| § 3. Ausencia de una definición unitaria..... | 254 |
| 28. <i>Force majeure</i> y práctica del comercio internacional..... | 256 |
| § 1. Características: de los eventos sobrevenidos tradicionales hacia la <i>force majeure économique</i> | 257 |
| § 2. <i>Force majeure</i> en la práctica arbitral de la CCI..... | 258 |
| § 3. <i>Force majeure</i> en las decisiones del <i>Iran-EEUU Claims Tribunal</i> | 262 |
| 29. Adaptación del contrato y cláusula de <i>hardship</i>..... | 269 |
| § 1. Cláusulas de valor o adaptación automática..... | 269 |
| § 2. Cláusulas de <i>hardship</i> o adaptación por sucesivo acuerdo de las partes..... | 271 |
| § 3. Contenido, presupuestos de la renegociación y relatividad del vínculo obligatorio: el deber de renegociar y su alcance..... | 273 |

| | |
|---|-----|
| § 4. Distinción con la disciplina legal de la imposibilidad sobrevenida: <i>hardship</i> ¿una noción única?..... | 276 |
| § 5. <i>Hardship</i> en la práctica arbitral de la CCI..... | 278 |
| § 6. El art. 79 CISG..... | 280 |
| § 7. <i>Hardship</i> o adaptación del contrato en los PCCI y en el Derecho Europeo de Contratos..... | 284 |
| § 8. Nuevas fronteras del riesgo: adaptación en las operaciones de <i>project financing</i> | 290 |
| Conclusiones..... | 294 |
| Índice general..... | 2 |
| Índice analítico..... | 301 |
| Índice de autores..... | 308 |
| Índice de fuentes..... | 313 |
| Bibliografía..... | 315 |

Introducción

De la biología aprendimos que de la interacción con su entorno, las especies desarrollan patrones genéticos que les permiten adquirir las características adecuadas para la supervivencia en su hábitat, esto es, les permiten desarrollar los mecanismos idóneos para hacer frente a los cambios del medio ambiente (adaptación biológica), mediante una serie de fases y esquemas adaptativos que constituyen la esencia de la evolución de todas las especies. Ahora bien, en la vida jurídica comercial, el contrato es organismo central de la disciplina, él tiene una morfología y una fisiología diseñadas para una finalidad específica, la satisfacción de la expectativa de las partes. El contrato es un organismo vivo jurídicamente, y su existencia busca crear, modificar o extinguir una realidad de hecho y de derecho, sin embargo, como todo organismo, él está sujeto a las contingencias y variaciones de su ambiente, por lo tanto, necesita igualmente adaptarse a los cambios de la realidad en que se manifiestan sus efectos, adaptarse fisiológicamente al proceso evolutivo del entorno que lo rodea. En este sentido, cuando se busca que los efectos del contrato sean compatibles con esa realidad, procurando los mecanismos idóneos para hacer frente al cambio de ella, se habla de revisión, modificación, renegociación, en fin, adaptación contractual. Estas expresiones y otras similares no se encuentran fácilmente en el interior de la disciplina normativa, de igual forma su relación con las categorías jurídicas tradicionales no es inmediata, sin embargo, se constata de manera indiscutible la adopción de esta terminología en los diversos sistemas y ordenamientos para indicar fenómenos jurídicamente similares, suficiente referir el término ‘*adaptation*’ en los sistemas de *common law*, o de ‘*adaptation*’ en el sistema francés, o de ‘*Anpassung*’ en el sistema alemán, para darse cuenta de la casi perfecta coincidencia sobre el plano lexical. El problema general es la incidencia de eventos sobrevenidos extraños a las partes, anomalías no imputables que modifican las circunstancias iniciales del contrato produciendo un desequilibrio sobrevenido entre las prestaciones; hablamos hoy de ‘riesgo de la realidad’ y de ‘compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual’, tradicionalmente se habla de ‘riesgo contractual’ en sentido estricto, sin embargo, no se trata sólo de un problema de distribución del riesgo por eventos sobrevenidos, se trata de los instrumentos para superar la contingencia, adaptar el contrato a la nueva realidad, conservarlo y garantizar el cumplimiento equitativo de las obligaciones.

De estos fenómenos se ha ocupado eficazmente la doctrina y la jurisprudencia, no sólo de derecho privado, hasta llegar a plantear la necesidad de adaptar el contrato frente a eventos que pueden modificar su eficacia sucesivamente al momento de su celebración. Que los eventos deban ser sobrevenidos es un dato fundamental, se trata 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 imposibilitan o dificultan de manera relevante el cumplimiento de la prestación, esta contingencia exige entonces pasar a la ‘revisión’ del contrato (antes que a la resolución) en la búsqueda de su modificación equitativa, esto es, de su ‘adaptación’. En este contexto, la figuras negociales que se ven involucradas son precisamente aquellas

sujetas a una *distantia temporis*, esto es, los contratos cuya ejecución se difiere en el tiempo, llamados, en general, contratos de duración.

El problema de la revisión del contrato por desequilibrio sobrevenido, es el problema contenido en la cláusula '*rebus sic stantibus*', denominado también 'teoría de la imprevisión', 'cambio de las circunstancias', 'cambio de la base negocial', 'excesiva onerosidad sobrevenida', 'frustración', '*hardship*'. Estas expresiones no siempre son sinónimas y cada una tiene argumentación propia, sin embargo, el problema de fondo es el mismo, la compatibilidad entre contrato y realidad. La problemática contenida en estas expresiones está interferida de manera transversal por nociones como la de buena fe, equidad, causa, presuposición, error, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, fuerza mayor, imposibilidad, por esto, pretender agotar todos los posibles aspectos interpretativos y toda la doctrina disponible sería superfluo y además repetitivo, acá nos disponemos a tratar la materia desde el punto de vista histórico-dogmático, resaltando los pasajes más importantes de la vicisitud interpretativa del problema de los eventos sobrevenidos. Ahora bien, no podemos negar que toda interpretación histórica tiene una innegable carga de subjetividad de la cual es imposible despojarse, como bien enseña BETTI, ella resulta antes condición indispensable de la interpretación misma, por lo que la tarea historiográfica no se agota en la mera referencia de cuanto dicen las fuentes o en la sola lectura de la ley, pues de lo que entra en posesión nuestra mente pasa a formar parte en la totalidad orgánica del mundo de representaciones y conceptos que llevamos en el interior, y como consecuencia de ello se convierte en parte viva sujeta a esas mismas vicisitudes. El análisis del problema tiene varias fases o periodos históricos que determinan su planteamiento dogmático, acá se procurará señalar en el derecho romano el origen de las principales reglas para el tratamiento del riesgo por eventos sobrevenidos no imputables, la interpretación de estas reglas en la tradición medieval, el valor de la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la formación de los rasgos esenciales de ésta, su rechazo inicial en los códigos, el problema de fondo que buscó otros caminos dogmáticos para encontrar reconocimiento y su planteamiento actual en los más importantes modelos de nuestro sistema, con ulteriores y justificadas referencias a la cuestión en los modelos de *common law*.

Como se sabe, la revisión del contrato por el cambio de las circunstancias iniciales está en aparente contraste con el conocido principio expresado en la máxima *pacta sunt servanda* que obliga a las partes a cumplir el contrato según lo acordado, en este sentido el contrato es inviolable pero no inmodificable, la regla áurea encuentra su límite en las exigencias de justicia y equidad que llaman a la conservación del contrato. La doctrina clásica de finales del siglo XIX era contraria a la revisión del contrato por causas sobrevenidas, pero las necesidades prácticas fueron resaltando la importancia de los contratos de duración en la realidad del intercambio económico y su dependencia del riesgo del cambio sobrevenido de dicha realidad. Fue después de la primera guerra mundial, cuando la crisis económica y la depreciación monetaria alteraron gran número de contratos de duración, que se abrió paso la idea de justicia que exigía la revisión equitativa de esos contratos. Esta idea de justicia no es nueva, ella ha estado siempre presente en los principios y en la elaboración dogmática del sistema, como se verá, la *reductio ad aequitatem* por desequilibrio sobrevenido (*laesio superveniens*) fue una práctica difusa en el medioevo, la doctrina medieval no dejó de señalar la necesidad de moderar los contratos de duración afectados por un desequilibrio sobrevenido tal y como afirmaba Mantica (*Sed advertet, quod quando contractus non continet enormem laesionem ab initio sed ex postfacto, propter mutationem temporum, debet moderari, si*

contractus habeat tractum successivum et futurum tempus recipiat). Sin embargo, esta tradición entró en crisis en el siglo XIX con la idea de libertad de los intercambios y el convencimiento que en materia contractual todo debía ser remitido a la voluntad de las partes, para retornar fortalecida con la inversión de tendencia ocurrida en el siglo XX que del paradigma del voluntarismo comenzó a dar paso a las exigencias de la buena fe, de la colaboración y la solidaridad, de la equidad, en fin, de la justicia contractual. En la actualidad, la totalidad de la doctrina y la gran mayoría de códigos reconocen la revisión del contrato, el primado de la voluntad dio paso al principio de la revisión, y en el lenguaje jurídico de los sistemas de occidente, este principio se traduce todavía hoy con la expresión *rebus sic stantibus*, que tan solo es el vehículo de una problemática más compleja. El planteamiento más reciente señala la tendencia, el reconocimiento de un verdadero y propio ‘deber de revisión’, un deber fundado en la buena fe y la equidad correctiva, en la equidad de la cooperación que llama a las partes a procurar el remedio para las anomalías sobrevenidas, conservar el contrato y alcanzar las expectativas recíprocas. Este es un principio reconocido en la doctrina y la jurisprudencia civil, administrativa y laboral, está además reconocido por el derecho de los tratados y por el derecho del comercio internacional, y debería ser un principio reconocido por y para todos los pueblos.

No quisiera extenderme más en un argumento que se presenta por sí solo, el trabajo está dividido en siete capítulos que afrontan de modo histórico-dogmático la evolución de los conceptos y problemas en los periodos y sistemas más importantes, los capítulos se dividen en numerales, y éstos, cuando es necesario, en párrafos. Este trabajo, como es natural, no está exento de la carga de subjetividad de la interpretación, y la pretensión no es agotar un argumento tratado con extensión por la más aguda ciencia jurídica, la única intención es contribuir con un trabajo que permita una visión en conjunto de las reglas, conceptos, nociones, categorías, etc., que han conducido o influido en la formación de un determinado instituto jurídico, para que el jurista de hoy observe la *consonantia* de los principios del sistema jurídico y continúe el desarrollo de éste con lucidez y consciencia de la existencia y unidad de los principios y reglas generales.

Posición del tema.-

Con la evolución de los tiempos, las exigencias prácticas derivadas de la magnitud y la complejidad de los intercambios comerciales han ido llevando a la ciencia jurídica a considerar mecanismos más refinados para la gestión del contrato en curso de ejecución, y esto porque el modelo contractual tradicional entendido como negocio traslativo, se ve superado, en la complejidad de la práctica negocial moderna, por el modelo contractual de duración, esto es, el de las relaciones obligatorias cuya ejecución se extiende en el tiempo. Ahora bien, precisamente aquellas relaciones de larga duración están sometidas con mayor intensidad a los riesgos por eventos sobrevenidos, a las anomalías que puedan perturbar el cumplimiento de las obligaciones. Las anomalías que afectan al contrato en curso de ejecución se clasifican en: anomalías imputables y anomalías no imputables. Las anomalías imputables derivan de la responsabilidad de una de las partes que interrumpe con su dolo o culpa el cumplimiento del contrato, ellas dan lugar a un incumplimiento imputable y por tanto a la responsabilidad por los daños. Las anomalías no imputables derivan de eventos irresistibles que según su intensidad pueden generar: una imposibilidad absoluta, esto es, un incumplimiento no imputable y por ende la disolución del vínculo, o un no-cumplimiento, una dificultad relevante que requiere una modificación equitativa del contrato. En estos términos generales, nuestra intención es tratar aquellos fenómenos en los que el contrato requiere una 'modificación equitativa', por un 'no-cumplimiento', causado por una 'dificultad relevante', derivada de 'anomalías no imputables' sobrevenidas 'durante la ejecución del contrato'. Este es el problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual, de los instrumentos para la gestión del contrato en curso de ejecución. A este planteamiento ha llegado la doctrina moderna luego de la constante evolución dentro del sistema jurídico de los principios y reglas necesarios para el reconocimiento de un deber de renegociar equitativamente las prestaciones afectadas por desequilibrio contractual sobrevenido.

A un reconocimiento de este tipo no se llegó de manera pacífica y homogénea, con la diversidad de la interpretación secular, al problema se sobrepuso cada nueva elaboración dogmática, prueba de ellos son las expresiones que contienen esta compleja problemática hoy en día, se habla de *force majeure*, de *excessiva onerosità sopravvenuta*, de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, de *bouleversement du contrat*, de *force majeure économique*, de *frustration*, de *hardship*, en últimas, *rebus sic stantibus*. La diversidad de la argumentación que contiene cada una de las expresiones, no niega, sin embargo, la posibilidad de evidenciar el problema de fondo: el de la compatibilidad entre contrato y realidad, y la consecuencia de fondo: la tendencia hacia la revisión-conservación del contrato. La complejidad del tratamiento de esta materia en la doctrina sugiere un posicionamiento histórico de los argumentos para evitar tendencias evasivas, considerada la particularidad y subjetividad de la cuestión interpretativa. En este sentido, la intención será señalar los aspectos más relevantes de la evolución histórica, dogmática y legal de las reglas para la gestión del contrato en curso de ejecución.

El modelo romano para la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos:
Periculum, vis cui resisti non potest y *casus a nullo praestantur*, evolución de las reglas
 en el sistema medieval y en la tradición del derecho común

Sumario: **1.** Premisa. *Periculum*: ¿problema del riesgo contractual? § 1. La distinción en materia de *periculum* en sentido técnico y su relación con el *commodum*. § 2. Ausencia de una teoría general. § 3. *Periculum* en la compraventa romana. La protección del *synallagma* contractual. Método y diversidad de las soluciones. Breve enunciación: Afr. 8 *Quaestionum*. D. 19, 2, 33; Paulo 33 *ad ed.* D. 18, 6, 8 pr. **2.** Ulp. 32 *ad edictum*. D. 19, 2, 15, 2 y el modelo serviano de la gestión del riesgo: la ampliación del *praestare* y alea normal del contrato. § 1. Proposición de la *quaestio*. § 2. La distinción serviana como punto de partida para la distribución del riesgo en la locación de fundo. § 3. Ampliación del *praestare* y fundamento del *actione teneri*. Perspectiva procesal y explicación de la *quaestio* desde el punto de vista del *synallagma merces-uti frui*. **3.** *Praestare* y *actione teneri*. La elaboración de Labeón y el dualismo *fides-aequitas*. Ulp. 14 *ad ed.* D. 4, 9, 3, 1. *Lex Iulia de bonis cedendis*; Suet., Claud. 18, 2. **4.** Perfil de la *remissio mercedis* y gestión del riesgo. *Aestimatio litis*, restablecimiento del equilibrio prestacional y apertura a las reglas de la resolución del contrato. § 1. La casuística: D. 19, 2, 15, 3; D. 19, 2, 15, 4; D. 19, 2, 15, 5; D. 19, 2, 15, 7; C. 4, 65, 8. § 2. *Oportere ex fide bona, aestimatio litis* e imputabilidad del evento sobrevenido. Afr. 8 *quaest.* D. 19, 2, 33. § 3. Reglas precisas en caso de destrucción de la obra: *vitium soli* y *vitium operis*. *Aprobatio* y carga de la prueba. Lab. 1 *pith.* D. 19, 2, 62; Lab. 5. *post.* D. 19, 2, 59. **5.** La problemática en materia de *navis instructa*. *Custodiam praestare* y *salvum fore recipere*. La sobreposición de instrumentos procesales: *actio ex locato*, *actio ex recepto* y el límite de la *vis maior*. § 1. *Receptum salvum fore* o cláusula de garantía. § 2. La articulación de los casos en ocasión de la pérdida del bien materia del transporte marítimo. **6.** Conclusiones del análisis romanístico. **7.** *Casus cui prevederi non potest* y *vis cui resisti non potest*: La *materia periculi* en el sistema medieval. § 1. *Periculum* en la tradición precedente, en especial la influencia del derecho germánico. § 2. *Periculum* en la interpretación de la Glosa. § 3. La tipicidad del sistema de las fuentes, en particular sobre la *locatio conductio* y la *emptio venditio*. Relevancia de la *natura contractus*. § 4. En particular sobre la elaboración de los comentaristas: distribución del riesgo y *natura contractus*. § 5. Enunciación de la regla del riesgo. § 6. *Periculum* en el nascente derecho comercial moderno, en especial sobre la *conditio assecurationis* en el transporte marítimo. **8.** La disciplina del riesgo en la doctrina del derecho común. § 1. Continuidad de la tipicidad del sistema de las fuentes. § 2. El problema del riesgo dentro de la nueva categoría general del contrato: ruptura parcial con el sistema típico de las fuentes. § 3. Consolidación del principio general del efecto liberatorio o modificativo de la obligación por fuerza mayor o caso fortuito: *periculum* en sentido técnico. **9.** El fundamento de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* en la interpretación medieval de *Africanus Quaestionum libro VII*. D. 46, 3, 38 pr. § 1. Contexto originario. § 2. El problema de los eventos sobrevenidos y sus efectos en términos de *conventio* tácita. § 3. El dato canónico. § 4. Baldo y la extensión a todas las *promissiones*, el potencial dogmático del criterio. § 5. La difícil argumentación de la cláusula. Determinación de los presupuestos iniciales y su rechazo en la Codificación.

1. Premisa. *Periculum*: ¿problema del riesgo contractual?.-

Encontrar en la moderna doctrina y jurisprudencia, así como en los códigos modernos y los proyectos de unificación del derecho, instrumentos acabados para la gestión del contrato en caso de alteración de su equilibrio económico a causa de eventos sobrevenidos, no es tarea difícil, empero, sí lo es cuando se pretende identificar en el derecho romano una disciplina general – a lo que hoy estamos acostumbrados- para la gestión de los riesgos sobrevenidos. Las reglas en materia se encuentran distribuidas en la inmensa variedad de casos en los que las fuentes se refieren a la incidencia de eventos extraños a la relación contractual e irresistibles para las partes, evidencia de una paulatina formación de los criterios para distribuir los riesgos por la pérdida fortuita de la cosa debida, como el concepto de *vis maior*, la ampliación del *praestare*, el *casus a nullo praestantur*, o la superación del *praestare dolum et culpam*. Nuestra pretensión ahora no es explicar el complejo sistema de atribución del riesgo en la jurisprudencia clásica, cuya revisión nos conduciría a los distintos contratos en los que se aplica cada regla en concreto, alejándonos del objeto de nuestro estudio, resulta entonces necesaria una inmediata delimitación del área de análisis, de lo que surge un cuestionamiento inicial válido para señalar el camino a seguir: Si el objeto de nuestro estudio son los efectos de eventos sobrevenidos no imputables a las partes y que hacen, no ya absolutamente imposible, sino más onerosa la ejecución de la prestación respecto de lo acordado, dentro del panorama del derecho romano, ¿en cuál tipo contractual se presentaría esta problemática?, a ello se agrega, ¿hasta qué punto las reglas de la imposibilidad sobrevenida son aplicables a los casos de *difficultas* económica causada, en general, por *vis maior*? ¿tenía ésta dificultad algún reconocimiento? ¿se revisaban los contratos en estos casos?, en últimas, ¿cuál es la importancia de emprender un estudio también de las fuentes romanas? En cuanto al primer cuestionamiento, debe tenerse presente que la problemática que nos ocupa surge evidentemente en los contratos cuya duración se prolonga en el tiempo, en el derecho romano, el único, emblemático y multifacético contrato de *locatio-conductio*; la segunda pregunta encuentra una evidente respuesta, no siempre la *vis maior*, divina, extraña, o, en fin, *cui resisti non potest* anula completamente la obligación, si se piensa por ejemplo en aquella parte de la prestación que todavía puede cumplirse, el principio lógico es que del *casus* o la *vis a nullo praestantur*¹, consecuencia de ello debe ser el (re)equilibrio cuando el contrato puede

¹ Esto se induce especialmente de la lectura de dos fuentes del Digesto, la primera bajo el título *De administratione rerum civitates pertinentium* es un pasaje de Ulpiano (D. 50, 8, 2, 7) constitutivo de una definición del caso fortuito: *Si eo tempore, quo nominatus est, idoneus, postea lapsus facultatibus damnum debitae rei publicae dederit: quia fortuitus casus nullum humanum consilium providere potest, creator hoc nomine nihil praestare debet*; la segunda es también un pasaje de Ulpiano con expresa referencia a Servio (D. 19, 2, 15, 2), constitutiva de una noción de *vis* calificada como *cui resisti non potest*. Imprevisión e irresistibilidad son las características que sobresalen en estas dos fuentes, *casus* sería entonces aquel evento que *previderi non potest*, y la *vis* sería el evento *cui resisti non potest*. Este sugestivo binomio será insistentemente utilizado por los glosadores (*infra* 7) para definir los ámbitos del caso fortuito y de la fuerza mayor, sin embargo, la consecuencia es siempre la liberación del contratante desfavorecido, y la aparente distinción será recibida como sinónima en las codificaciones modernas en las que se habla de caso fortuito y fuerza mayor en sentido equivalente. Es importante señalar desde ahora la presencia en el sistema de las fuentes de las dos características de imprevisión e irresistibilidad predicadas de los eventos siempre extraños al riesgo de las partes y, como quiera, ajenos a su esfera de control, pues ellas dos serán varias veces mencionadas en este estudio y habrán de ser tenidas en cuenta a lo largo del análisis propuesto.

todavía alcanzar el fin estipulado; al tercer cuestionamiento, la respuesta es negativa, la mera dificultad económica del deudor no lo libera de su obligación; ahora bien, resulta improbable que no se hubiera presentado en el derecho romano una situación de lo que hoy llamamos excesiva onerosidad sobrevenida, precisamente buscar ese tipo de fenómeno es el objetivo, para establecer el cuarto interrogante, si procedía o no algún tipo de ‘revisión del contrato’, reconstruir la evolución de esas reglas y confrontarlas con la tradición, en especial aquella parte que ha pretendido justificar la disciplina que nos ocupa a la luz de criterios subjetivos, e igualmente para explicar el vacío normativo inicial en las codificaciones y su posterior reconocimiento, por todo esto es de gran importancia asumir el estudio a partir del *principium* del sistema con especial énfasis en el modelo contractual romano de larga duración, esto es, la *locatio conductio*.

§ 1. La distinción en materia de *periculum* en sentido técnico y su relación con el *commodum*.-

Ante todo, por cuestiones metodológicas y dadas las dimensiones de la materia, conviene aclarar que, como enseña BETTI², debe distinguirse entre: a) responsabilidad contractual típica de la relación obligatoria en cuestión; b) extensión pactada de tal responsabilidad, mediante asunción convencional de ciertos riesgos: asunción, esto es, de garantía en caso de verificación de las hipótesis; c) extensión automática de esa responsabilidad (traspaso del riesgo), operada por la mora del deudor; d) repartición del riesgo contractual (*periculum* en sentido técnico) según el criterio típico de la relación obligatoria en cuestión. BETTI explica que el criterio directivo en torno del orden lógico en que van examinadas las cuatro cuestiones, es la subordinación de la última a las tres precedentes, y de cualquiera de ellas a aquella que, en el orden arriba indicado, la precede³. Siguiendo el planteamiento de BETTI, la cuestión histórico-jurídica exige, al realizar la exégesis, tener claro en la mente que sólo después de haber excluido la imputabilidad del incumplimiento (esto es, después de haber resuelto las cuestiones a, b, y c), tiene sentido proponerse la cuestión del riesgo contractual, esto es, luego de haber excluido que el incumplimiento sea tal que una de las partes pueda requerir a la otra, ahora, y sólo ahora, puede proponerse la cuestión del riesgo (*periculum* en sentido técnico)⁴, y la problemática de su distribución. En este sentido, tal distribución del

² E. BETTI, <<Periculum>> *Problema del rischio contrattuale*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. I, Milano, 1956, 136, el maestro italiano llama la atención acerca de no olvidar que la responsabilidad típica, siendo propiamente responsabilidad por incumplimiento de la obligación y relacionándose con la imputabilidad del incumplimiento, se configura de distinta manera según el tipo de relación obligatoria de que se trate, o sea según la ‘lógica interna de la obligación’, obligación que puede ser, en su contenido, valorada a la luz de una *bona fides* o una *diligentia*; o puede ser una obligación de resultado (un *opus* o un *restituere* – como en la *locatio*); o puede ser una obligación de garantía (*praestari*).

³ E. BETTI, <<Periculum>>, *Problema del rischio contrattuale*, cit., 135.

⁴ E. BETTI, <<Periculum>>, *Problema del rischio contrattuale*, cit., 136, También debe tenerse claro que el examen de la cuestión presenta serias dificultades dado que, como dice Betti, en el estado de las fuentes, se aumenta el peligro de confusión entre uno y otro orden de la cuestión, por el hecho de que en textos en los que originalmente era tratada la cuestión de la responsabilidad contractual típica, los Bizantinos tienden a convertir tales cuestiones en cuestiones de riesgo y viceversa, textos que trataban de cuestiones de riesgo, van sometidos a una *duplex interpretatio* en el sentido que, para el derecho justiniano, aquélla (cuestión riesgo) se convierte en una cuestión de responsabilidad contractual, por ejemplo, la responsabilidad contractual del arrendatario hasta la aprobación de la obra se configura como

riesgo debe observarse a la luz del criterio de una rigurosa interrelación entre las prestaciones correlativas de las partes⁵; cuando se incumple la obligación, desde uno u otro aspecto del negocio, se da un incumplimiento en principio imputable al deudor, y más allá de la responsabilidad por culpa o custodia, hablamos de *periculum*, esto es, cuando las consecuencias del incumplimiento de la prestación por imposibilidad sobrevenida deben ser asumidas por una de las partes de la relación contractual⁶.

En general, se observa un binomio *periculum-commodum* cuando la obligación tiene como objeto una cosa individualmente determinada (*species*), resulta importante identificar si la carga del riesgo al cual está sujeta (*periculum*) y el derecho de aprovechar el aumento de valor u otros beneficios que ella produzca (*commodum*), corresponden al deudor o al acreedor; en este sentido pueden establecerse tres reglas generales: 1. El *commodum* corresponde a quien tiene el *periculum*, esto es, *secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda* (Paul. 3 *ad sab.* D. 50, 17, 10; C. 4, 49, 12; Inst. 3, 23, 3); 2. El *periculum* está a cargo del acreedor pues en razón del principio *casus a nullo praestantur* el deudor se libera de su obligación, si por causa a él no imputable la cosa perece; 3. En los contratos bilaterales, el contratante que se libera por *casus*, conserva el derecho a exigir la prestación recíproca, si el contrato tiene como fin transferir la propiedad, pero no cuando tiene por objeto el goce de la cosa misma (D. 18, 1, 6; D. 18, 5, 5, 2; Inst. 3, 23, 3)⁷. En efecto, sucede a menudo que quien soporta el riesgo por la pérdida de una cosa es quien tiene derecho a obtener los beneficios de ella, acorde con la regla *commodum eius esse debet, cuius est periculum* (Ulp. 6 *ad sab.* D. 23, 3, 33), no obstante, la doctrina ha señalado que esta regla no puede considerarse un principio absoluto y que la razón del derecho al *commodum* no se encuentra en la distribución del *periculum*, aunque esto parezca

cuestión de riesgo en D. 19, 2, 36 pr., a la vez que en I. 3, 23, 3 la responsabilidad en una de sus obligaciones parece observarse como cuestión de riesgo (siguiendo a Betti, al igual que nosotros, A. ALEMAN MONTERREAL, *Arrendamiento de servicios en el derecho romano*, Universidad de Almería, 1996, 101. A ello se suma también el argumento según el cual la jurisprudencia clásica valoró el comportamiento debido, tanto en la compraventa como en la *locatio rei*, a la luz de la *diligentia*; en todo caso una demostración a profundidad sobre este asunto supera nuestras intenciones; para SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, 523, el derecho clásico referente al riesgo fue el siguiente: en la locación de casa, si A tomaba en arriendo por 1 año y transcurridos 6 meses, la casa era destruida por un incendio, el inquilino tenía que pagar solamente el alquiler de medio año, por tanto '*periculum est locatoris*'; para M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, en *Seminarios complutenses de derecho romano*, VII, Madrid, 1995, 219, un dato es cierto, el término *periculum* asume en las fuentes romanas el significado de riesgo en sentido genérico, respecto de la persona sobre la cual recaerá, en definitiva, la incidencia económica, el daño derivado de un evento, independientemente del modo en que jurídicamente tal incidencia pueda darse, lo que hace según el a. más compleja la valoración de las fuentes, introduciéndoles un ulterior elemento de incerteza.

⁵ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. secondo parte prima, Padova, 1962, 426.; cfr. M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, cit., 219, quien afirma igualmente que el esquema conceptual que distingue el problema del riesgo del problema de la responsabilidad se explica así: hay un problema de responsabilidad cuando se discute sobre la imputabilidad del incumplimiento con la consecuencia que el deudor a cargo del cual se recae tal imputabilidad es llamado al resarcimiento del *id quod interest*; hay por el contrario un problema de riesgo cuando, hecha imposible una de las prestaciones por hecho no imputable al deudor, se determine la suerte de la obligación de la contraparte, todavía posible o ya ejecutada, estableciendo si tal prestación deba o no considerarse todavía debida.

⁶ A. ALEMÁN, *Arrendamiento de servicios en derecho romano*, cit., 108 afirma, sin embargo, que los supuestos de imposibilidad de la prestación son, sin duda, complejos; que no existe un principio o regla de aplicación general, y, que el tipo de obligación juega un papel decisivo en su determinación; cfr. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, Deventer – Boston (1990), 369 ss.

⁷ G. RONGA, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1899, 35.

decirse en algunas fuentes⁸. De estas observaciones emerge con evidencia que razonar en términos de distribución del riesgo con relación a las soluciones jurisprudenciales romanas puede resultar en extremo complejo, en especial si se quiere evitar la sobreposición al pensamiento de los juristas clásicos y a las categorías por ellos utilizadas, de la articulada elaboración de los modelos en la tradición jurídica occidental⁹.

§ 2. Ausencia de una teoría general del riesgo.-

El dato importante que debe recordarse es que el derecho romano no elaboró una teoría unitaria y orgánica de lo que hoy entendemos por riesgo contractual¹⁰, se indicaba

⁸ Cfr. ARNDTS, *Trattato delle Pandette* (trad. it. F. Serafini), vol. III, Bologna, 1873, 121 con cita de Th. MOMMSEN, *Comm. sul diritto delle obblig.* I, Brunswick, 1859.

⁹ Cfr. L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella 'locatio conductio'*, en *Iuris Vincula Studi in onore di Mario Talamanca VIII*, Napoli, 2000, 250, para quien, además, la idea según la cual los juristas romanos elaboraron las soluciones al problema del incumplimiento exclusivamente en la perspectiva de la responsabilidad subjetiva y no en aquella de las consecuencias del incumplimiento sobre la relación contractual sinalagmática, es el fruto de un equívoco debido al planteamiento de la cuestión en términos cercanos a la normativa y la dogmática modernas, que distinguen de manera clara la acción dirigida a obtener el cumplimiento y la acción dirigida a obtener la resolución del contrato; cfr. acerca de la sobreposición del lenguaje dogmático en este caso, W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn, 1990, 101.

¹⁰ La expresión *periculum* presenta una gran variedad de significados, en general cfr. la voz '*Periculum*' en el HEUMANN / SEHEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9ª ed. (revisada), Gustav Fischer ed., Jena, 1926, 420 y 421: **Periculum, 1) (Gefahr [peligro-riesgo], a) im allgemeinen** [en general]: *Peric. praesens, instans, imminens, futurum* (ley 1 D. 4, 2; leyes 2, 6, y 35 § 4 D. 49, 6); *peric. reae suae famitiaris* (ley 18 pr. D. 5, 1); *peric. capitis* (ley 16 pr. y 38 pr. D. 38, 1; ley 28 § 1 D. 48, 19); *adversas periculum naturalis ratio permittit se defendere* (ley 4 pr. D. 9, 2); *peric. esse, ne* etc. (Gai. IV, 98; ley 12 D. 3, 5; ley 56 D. 7, 1); *actoris peric. nullum est* (Gai. IV, 57); *plus petenti peric. non intervenit* (Gai. IV, 68); *modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo* (Gai. IV, 162. cfr. 165); **b) Nachteil [desventaja], Schaden [perjuicio]**: *peric., quod culpa contigit, praestare debere* (ley 5 § 7 D. 13, 6); *pactus aliquis, ut ex causa depositi omne peric. praestet* (ley 7 § 15 D. 2, 14); *deposui apud te decem, portea permisi tibi uti transit peric. ad euro, qui mutuam, rogavit, et poterit ei condici* (ley 9 § 9 D. 12, 1); *periculum sustinere; periculo se subicere; peric. pertinet, respicit, spectat ad aliquem* (ley 3 pr. D. 4, 9; ley 5 § 7 y 14, ley 10 § 1 D. 13, 6; ley 1 pr. y § 1, ley 4 § 1, leyes 5, 8 pr. y 16 D. 18, 6; ley 11 § 12 D. 43, 24; ley 14 pr. y § 17 D. 47, 2; ley 9 § 4 D. 48, 13); *corpora, quae non sunt hereditaria, quorum tamen peric. ad heredem pertinet* (ley 19 pr. D. 5, 3); *peric. navis, mancipiorum, praestare* (ley 62 pr. D. 6, 1; ley 60 § 6 D. 36, 1); *peric. nominum, praestare* etc. (ley 36 § 1 D. 3, 5; ley 35 D. 12, 1; ley 3 D. 12, 6; ley 7 § 6, ley 39 pr. y § 14 D. 26, 7; ley 77 § 18 D. 31, 1; ley 60 § 1 D. 36, 1; ley 96 § 2 D. 46, 3); *peric. custodiae subire, praestare* (ley 40 D. 19, 2; ley 1 § 4 D. 47, 5); *periculo alicuius esse* (ley 47 § 1 D. 10, 2; ley 4 pr. D. 12, 1; ley 34 pr. D. 17, 1; ley 18 pr. D. 39, 2; ley 14 § 16 D. 47, 2; ley 11 § 2 D. 48, 13); *communi periculo vasa utenda* (ley 21 § 1 D. 13, 6); *fide et periculo alicuius dare* (ley 24 D. 46, 1); *periculo alicuius credere* (ley 12 § 13 D. 17, 1); *stipulari* (ley 45 § 7 eod.); *periculo et inpendiis actoris perferenda res — suis sumptibus et periculo exhibere* (ley 11 § 1 D. 10, 4. cfr. ley 12 § 1 D. 16, 3); *periculo suo rem habere* (ley 4 pr. D. 12, 1); *exactionem nominum facere* (ley 41 D. 26, 7); *constituere adiutorem tutelae, nominare collegam* (ley 13 § 1 D. 26, 1; ley 28 D. 26, 5); *in una tutela duplex peric. sustinere* (ley 28 cit.); *periculi societatem excipere* (ley 38 pr. D. 26, 7); *peric. tutelae* (ley 60 pr. D. 23, 2); *administrationis* (ley 2 C. 11, 34); *creationis* (ley 1 eod.); *nominati successoris peric. Fideiussorem nominantis non tenet* (ley 17 § 14 D. 50, 1); *varietate status non mutabitur periculi causa* (ley 19 § 1 D. 14, 3). — **2) Bericht [informe]** (ley 3 C. Th. 12, 7). — **3) richterlicher Antwort [respuesta judicial], Konzept [concepto]**: *sententiae ex periculo recitandae* (rubr. C. 7, 44); *ex periculo promatur sententia* (ley 2 C. Th. 4, 17).

en las mayoría de los casos con el término *periculum*, pero también con el término *damnum*, coherentemente con el concreto modo casuístico de afrontar los problemas, y si bien la dificultad, no puede negarse que en el pensamiento de los juristas romanos era clara la distinción dogmática que hoy llamamos entre ámbito de riesgo y ámbito de responsabilidad¹¹, y que precisamente el problema del riesgo en sentido técnico comienza allí donde termina aquel de la responsabilidad por incumplimiento. Así, no debe confundirse la problemática derivada del riesgo contractual en sentido técnico con aquella de la responsabilidad, si bien es cierto que en caso de riesgo contractual se procede a establecer la afectación del patrimonio de una de las partes, a la manera en que se hace en el resarcimiento del daño por incumplimiento, en el caso de riesgo por pérdida de la cosa debida tal desplazamiento patrimonial no deriva de la responsabilidad por incumplimiento que pueda imputarse al deudor, sino de la necesidad de restablecer el equilibrio en la posición de los contratantes, según los criterios de funcionalidad de las relaciones negociales¹².

Determinar el límite entre uno y otro ámbito supone establecer el alcance mismo de la responsabilidad derivada del contrato, en efecto, como señala NEME VILLAREAL¹³, en el marco de un profundo estudio sobre el contenido del deber de *praestare* del deudor frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación contractual a su cargo y de las diversas soluciones acuñadas por los juristas romanos, la moderna doctrina¹⁴ ha establecido una progresiva ampliación del *praestare*, inicialmente ligado a la regla de los *veteres* de la *perpetuatio obligationis*, aplicable en relación con obligaciones de *dare* un bien de especie cuando el incumplimiento se debía a un *factum promissoris* calificable como culpa y luego a las conductas omisivas y directamente causantes de la pérdida de la cosa¹⁵. De esta manera, cuando resultaba que al deudor no le era imputable la imposibilidad sobrevenida – por lo que la situación no podía ser resuelta dentro del ámbito de la responsabilidad – surgía necesariamente el problema de la repartición de los riesgos; así, en eventos en los que la pérdida de la cosa derivaba de una *vis externa cui resisti non potest*, emerge una regla según la cual resulta imposible cargar de la pérdida al deudor no propietario de la cosa¹⁶.

La regla que se deduce de las fuentes se formula en términos de *damnum domini*, así por ejemplo el arrendador que en su calidad de *dominus* ‘responde’ al arrendatario incluso por caso fortuito que dañe la cosecha (D. 19, 2, 15, 2); el transportador de mercancías que se pierden durante el naufragio (D. 19, 2, 31); el caso de pérdida de la cosa prendada en manos del acreedor prendario como consecuencia de una fuerza mayor (D. 13, 7, 30); la muerte del esclavo entregado en comodato que corre a cargo del dueño (D. 13, 6, 5, 7). CARDILLI explica cómo la *ratio* que se encuentra en la base de la

¹¹ M. SARGENTI, *voce* <<rischio>> (dir. rom.), en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, 1126.

¹² M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 668.

¹³ *Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*, en *Roma e America*, 21 / 2006, 200.

¹⁴ El argumento ha sido sometido a una profunda y acreditada revisión por parte de R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II Sec. a.C. – II Sec. d.C)*, Milano, 1995, 508.

¹⁵ R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 508.

¹⁶ La pérdida de la cosa objeto de una relación contractual que no implique un intercambio definitivo, cuando no sea imputable a la obra o a la voluntad del hombre, corresponde necesariamente al *dominus*, no en cuanto moralmente equitativo, sino en cuanto coherente con un orden natural de las cosas que la *aequitas* impone: cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 428.

regla *damnum domini* y de la atribución del *praestare* al *dominus*, radica en una acentuación de la relación de *dominium* que vincula al contratante con la *res*, y es la valoración del *oportere* en términos de *fides bona* la que en estos casos viene a impedir, de un lado, que el contratante *non-dominus* se haga cargo de ciertos peligros, y de otro, a permitir que de ellos se haga cargo el *dominus*¹⁷, mitigando, como bien lo señala NEME, la regla *periculum emptoris*¹⁸. Veamos brevemente la distribución del riesgo en la compraventa antes de tratar el único contrato de duración en el derecho romano, la *locatio conductio*.

§ 3. *Periculum* en la compraventa romana. La protección del *synallagma* contractual. Método y diversidad de las soluciones. Breve enunciación Afr. 8 *Quaestionum*. D. 19, 2, 33. Paulo 33 *ad ed.* D. 18, 6, 8 pr.-

Como toda relación obligacional que supone el intercambio de prestaciones recíprocas, en la compraventa el problema del riesgo está ligado al momento decisivo para determinar la distribución del riesgo del deudor en caso de pérdida de la cosa, esto es, en general, el momento de la *traditio*¹⁹, hasta la cual el riesgo por pérdida de la cosa era del vendedor (*periculum est venditoris*). Un pasaje que muestra el pensamiento de los juristas romanos de finales de la república hasta la edad de los Severos, se encuentra en Paul. 3 *Alfeni epitomi*. D. 18, 6, 13 (12) y 15 (14) pr. PAULO considera el caso de una mercancía dejada sobre la vía pública luego de la venta, por lo que el edil procedió a su destrucción; bien sea ALFENO, o posteriormente PAULO, concuerdan en afirmar que << *si traditi essent emptori aut per eum stetisset quos minus traderentur, emptoris periculum esse placet (...)* Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit >>, se observa que la *traditio* se equipara a la mora interrumpida por el comprador al retirar la mercancía; igualmente ocurre en el caso que la materia *empta* haya sido robada, si el robo fue *post quam tradita esset*, el riesgo es del comprador, de lo contrario permanece del vendedor²⁰. Otro pasaje significativo no solo porque se trata de una solución en materia de *locatio* que se enlaza con aquellas de la compraventa, sino porque marca los límites entre el *periculum* y la responsabilidad, es D. 19, 2, 33, donde AFRICANO²¹, considerando el caso de venta

¹⁷ R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 311.

¹⁸ M. L. NEME VILLARREAL, *Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*, cit., 202.

¹⁹ Al criterio de distribución del riesgo basado en la *traditio*, se sustituía en algunos casos la consideración de otras situaciones de hecho, en las que se verificaba una posibilidad anticipada de control efectivo de la cosa por parte del comprador, o bien una asunción implícita del riesgo acorde con la naturaleza del negocio: v. M. SARGENTI, voz << *Rischio* >> (dir. rom.), cit., 1127. Sin embargo, D. 18, 5, 2 confirma que el criterio general para decidir sobre la distribución del riesgo en la compraventa era siempre, incluso para un jurista innovador como Juliano, el de la *traditio*.

²⁰ M. SARGENTI, voz << *Rischio* >>, cit., 1127.

²¹ *Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis; nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non*

de un fundo expropiado *priusquam vacuus traderetur*, afirma sin reparo que el vendedor está, sin embargo, obligado *ex empto*, pero agrega, <<*quod hactenus verum erit, ut pretio restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*>>, enfatizando así que el riesgo del vendedor por la imposibilidad sobrevenida de la prestación a él no imputable consiste en la pérdida de la contraprestación, y no se extiende al resarcimiento del interés positivo del comprador, como ocurriría en caso de responsabilidad por incumplimiento (imputable). Todavía a finales del siglo III d. C. se mantenían los criterios que dominaron el pensamiento jurídico romano en materia, esto es, la necesidad de utilizar el momento de la *traditio* para la atribución del riesgo al comprador, la neta distinción entre el problema del riesgo y el de la responsabilidad que gravaría al vendedor por la mora en la *traditio* o por los eventuales vicios de la cosa vendida²².

El cuadro general no puede excluir la posición contraria, esto es, la atribución del riesgo al comprador. Se trata de una transformación radical en materia de compraventa que llevó a cambiar el principio general que atribuye el riesgo para el vendedor hasta el momento de la *traditio*, planteando la nueva regla *periculum est emptoris*. La justificación dogmática de esta solución quizás se encuentra en la doctrina de la *emptio perfecta* enunciada por PAULO 33 *ad ed.* D. 18, 6, 8 pr.²³. Según esta interpretación, el *periculum* grava al comprador desde el momento de la celebración del contrato, esto es, cuando se hayan determinado la *res quae venit* y el *pretium*, sin tener importancia el momento de la *traditio*²⁴. Sin embargo, quizás esta visión constituye sólo la aceptación parcial de un nuevo modo de comprender la naturaleza del contrato, en efecto, el carácter adyecticio de esta doctrina resulta evidente del hecho que en el mismo texto PAULO, si bien la enuncia inicialmente, parece luego ignorarla en el desarrollo del discurso, en el cual el traspaso del riesgo está relacionado con el momento de la

fuerim; nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis (Si hubiera sido confiscado el fundo que me hubieres dado en arrendamiento, estás obligado por la acción de conducción a que me sea lícito disfrutarlo, aunque en tí no consista que no me cumplas esto. A la manera que, dice, si hubieses dado en arrendamiento la edificación de una casa, y se hubiese hundido el solar, estarás, sin embargo, obligado; porque también si me hubieres vendido un fundo, y antes que se me entregase libre hubiere sido confiscado, te obligarías por la acción de compra. Lo cual será verdad solamente para que restituyas el precio, no también para que me cumplas esto, si me importara más, que aquel se me entregara libre. Así, pues, opino, que se ha de observar lo mismo también respecto a la conducción, para que me restituyas el alquiler que yo hubiere pagado, por supuesto, de aquel tiempo en que yo no hubiere disfrutado; y no serás obligado a responder de más por la acción de conducción. Porque también si a tu colono se le prohíbe disfrutar el fundo por tí, o por uno a quien tú puedas impedirle que lo haga, le responderás de tanto cuanto a él le hubiere importado disfrutarlo, en lo que se comprenderá también su lucro; pero si se le impidiere por uno a quien tú no pudieres prohibírselo por su mayor fuerza o poder, no estarás obligado a nada más que a condonarle la pensión, o a devolvérsela).

²² Según M. SARGENTI, voz << *Rischio* >>, cit., 1128, el principio se encuentra claramente afirmado por la cancellería imperial en el siglo III, como resulta de un rescripto del emperador Alejandro Severo en el año 223: C. 4, 48, 2.

²³ *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio...*

²⁴ En la doctrina vide *amplius* M. BAUER, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998, 27 ss.

celebración del contrato²⁵; esto ha hecho pensar que se trataría de una formulación escolástica poco elegante que habría quedado en la compilación como fruto de una imperfección en la tarea de coordinación, y que si bien los compiladores parecen acoger el nuevo principio *periculum est emptoris*, la habrían aislado adoptando la referencia correcta a la *emptio contracta* como momento traslativo del riesgo²⁶.

En la elaboración de la *emptio venditio*, coexisten ciertamente soluciones que están basadas en un principio de sinalagmaticidad de las prestaciones mediante la consolidación de una regla particular para la atribución del riesgo al comprador en determinados casos de pérdida de la cosa vendida. La regla *periculum emptoris* es una de las más complejas y controvertidas en la doctrina incluso reciente, a causa de la estructura heterogénea de las soluciones expuestas por los juristas clásicos, y por la probable intención de los comisarios justinianos de introducir una disciplina uniforme para el régimen de la distribución del riesgo por pérdida de la cosa²⁷. La problemática ha sido revisada en su integridad por un importante romanista, que señaló la necesidad de ir en búsqueda de los testimonios o las huellas de una interpretación que de todas maneras presentará una gran diversidad, lo que es sin duda acorde con el método casuístico de los juristas y con el *ius controvertium*, y sobre un plano distinto, tiene en cuenta el paso de las fuentes en un largo arco de tiempo además del gran valor casuístico de la *bona fides* que permite un tratamiento según las características singulares de cada caso y cada tipo contractual. Este estudioso italiano identificó en las fuentes una línea evolutiva que se manifiesta en una concepción tardo-republicana que emerge con ALFENO en el sentido de *periculum venditoris*, concepción que se habría mantenido prevalente en el ámbito de la escuela sabiniana hasta el siglo II d. C., y que se encuadraría fácilmente en un sistema que da mayor relevancia al sinalagma condicional, sin poder afirmar con certeza la consciencia del uso de tal criterio. A esta concepción se ligan, a partir de LABEÓN, soluciones que emplean la regla *periculum emptoris* en caso de muerte del esclavo vendido; estas decisiones habrían sido generalizadas en el ámbito de la escuela proculeyana, en un proceso de difícil reconstrucción de las motivaciones de las soluciones de los juristas y que aparentemente terminó con la afirmación del principio *periculum emptoris*²⁸.

2. Ulp. 32 *ad edictum*. D. 19, 2, 15, 2 y el modelo serviano de la gestión del riesgo: la ampliación del *praestare* y alea normal del contrato.-

Ulp. 32 *ad edictum*. D. 19, 2, 15, 2:

<< *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori <hoc nomine> aliquid praestare debeat, videamus. <et refert [Pomponius?]> Serviu[s] <m> omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere [ait] <existimasse>, ut*

²⁵ Cfr. las *Institutiones* justinianas, que al exponer la cuestión del *periculum emptoris* en 3, 23, 3a, no hablan de *emptio perfecta* sino de *emptio contracta*.

²⁶ M. SARGENTI, voz << *Rischio* >>, cit., 1130.

²⁷ Cfr. M. BAUER, *Periculum emptoris*, cit., 33 ss., 203; W. ERNST, *Neues zur Gefahrtragung beim Kauf?*, en ZSS, 121, 2004, 364 ss.

²⁸ M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, cit., 292 ss.

puta fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed ed si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse; idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit >>²⁹.

Hemos considerado oportuno revisar el problema del riesgo por eventos sobrevenidos en la *locatio conductio*, ya que como señalamos al inicio, es el modelo de contrato de duración en el derecho romano, modelo propenso al cambio de las circunstancias iniciales, y hemos decidido iniciar con un pasaje que sin duda resulta emblemático dada su nutrida casuística y su argumentación por distinción. El punto de partida es un fragmento de ULPIANO introducido por los compiladores en el título II de *locatio conductio*, libro XIX del Digesto. El título II contiene 62 fragmentos³⁰ y está construido con base en comentarios al edicto, fundamentalmente de ULPIANO y en los que también éste a su vez cita a otros juristas, entre los cuales sobresale Servio Sulpicio RUFO por la calidad de su *responsum* en materia de arrendamiento, también en el título prevalecen las opiniones de LABEÓN, ALFENO, AFRICANO, GAYO y PAULO. La referencia es de ULPIANO, tomada de sus comentarios *ad Edictum* libro 32, en donde trataría de los *bonae fidei contractibus*³¹ referido en este caso a la *actio conducti*; por su parte, la cita de Servio habría sido tomada de los *libri ad Brutum*³², al jurista

²⁹ Si hubiere sobrevenido fuerza de tempestad calamitosa, veamos si el arrendador deberá garantizar algo al arrendatario.[Pomponio?] <refiere que> Servio [dice] <estimaba>, que el propietario debe ser responsable al colono de toda fuerza a la cual no pudiese resistirse, como por ejemplo ,aquella de los ríos, de los grajos, de los estorninos, y si alguna otra cosa semejante hubiere acontecido, o si se hiciera incursión de enemigos; pero que por el contrario si algunos vicios nacieran de la misma cosa, estos son en daño del colono, por ejemplo, si el vino se hubiere avinagrado, o si la cosecha fuese destruida por gusanos o yerbas. Pero también si hubiera acaecido una tormenta, y hubiere destruido toda la cosecha, el daño no es del colono, para que sobre el daño ya sufrido de la simiente perdida no sea constreñido a pagar el arrendamiento del campo; pero también si el tizón hubiere corrompido el fruto de los olivos, o esto hubiere sucedido por calor del sol no acostumbrado, el daño habrá de ser del propietario. Pero si verdaderamente no hubiere acontecido nada contra la costumbre, el daño es del colono; y lo mismo se ha de decir, si un ejército de paso quitó frívolamente alguna cosa. Pero también si por derrumbe se hubiere arruinado el campo, de modo que nada quede, es en daño del propietario; en realidad el campo debe ser garantizado al arrendatario de modo que pueda disfrutarlo.

³⁰ Tengase en cuenta que buena parte de estos 62 fragmentos ha sido puesta bajo la crítica interpolacionista, vide *amplius* G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, en *Studi in Onore di Vincenzo Arangio – Ruiz*, 680 ss.; R. FIORI, *La definizione della Locatio-Conductio*, Napoli, 1999, 80 ss.; G. LONGO, *Disciplina giustiniana della locatio conductio*, en *Studi B. Biondi*, 2, 1965, 283; WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, Clarendon Press, 1965, 63 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 244 n. 82; ID., “*Periculum problema del rischio contrattuale ecc...*” cit.; G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella <<locatio – conductio rei>>* en *Studi in Onore di Vincenzo Arangio – Ruiz*, cit. pág. 379 ss. Se sospechan interpolados del tit II, lib. XIX: fragmentos 8; 8, 1; 9, 6; 10; 15, 2; 15, 4; 15, 7; 19, 3; 19, 4; 19, 5; 24, 4; 27, 1; 28, 1 y 2, 30; 29; 33; 55, 2; 60 entre otros.

³¹ O. LENEL, *Pal. II*, Ulp. 929, *ad Ed. liber XXXII de bonae fidei contractibus*; cfr. ID. *Das Edictum Perpetuum*, Scientia Verlag Aalen, 1985, tit. 106 a 112, *De bonae fidei iudiciis*.

³² Cfr. O. LENEL, *Pal. II*, Serv., 27.

republicano atribuidos. Téngase en cuenta que Servio no está citado directamente en ninguna *inscriptio* del Digesto, sus opiniones son traídas por otros juristas o por sus alumnos, de estos especialmente ALFENO VARO, quien en esencia reproduce el pensamiento de su maestro, fuera de la compilación se resaltan las referencias que de Servio hacen CICERÓN y GELIO.

Servio Sulpicio RUFO fue ya uno de los más importantes juristas del siglo I a. C., cónsul en el 51 a. C. muere en el 43 a. C., la historia lo presenta como opositor de Quinto Mucio SCAEVOLA quien según POMPONIO (*Enchiridion*) fue el primero que *ius civile constituit generatim in libros decem et octo redigendo*. Tal oposición parece haber surgido de un comentario que Servio hiciera a un *responsum* a él dado por Quinto, de modo que éste habría contestado poniendo en duda el conocimiento jurídico de Servio sobretodo siendo un patricio, a quien señala de *orator* más que de jurista; ciertamente Servio se habría dedicado primero a la oratoria y luego habría asumido el estudio del *ius* como meta personal luego de ser colocado en duda³³. Escribió cuatro obras, los *Reprehensa Scaevolae capita* o *Notata Mucii*, en donde criticaba la doctrina de Q. Mucio; un *liber singularis de dotibus*, al menos dos *libri de sacris detestandis* y dos *libri ad Brutum*, ésta última de gran importancia pues con ella inició Servio la serie de comentarios al edicto del pretor³⁴. El pensamiento de Servio fue ampliamente difundido por sus alumnos, entre ellos los más conocidos NAMUSA, OFILIO y ALFENO VARO, éste último sobretodo da noticia en sus *Digesta*³⁵, y le encontramos también en materia de *locatio*.

Domicio ULPIANO, proveniente de Tiro, hizo parte del *consilium* pretorio y luego se convirtió en *adessor* del *praefectus praetorio* PAPIANO, además, desempeñó su cargo junto a PAULO; estamos ya en el periodo de Los Severos y estos tres juristas fueron los más sobresalientes; fuera de saber cuál fue el más importante, los compiladores citan indistintamente uno y otro con amplia predilección. ULPIANO recopila literalmente cláusulas del edicto, textos de leyes y senadoconsultos, escritos jurídicos anteriores, lo que lo hace atractivo a los compiladores del Digesto; fue exiliado por HELIOGÁBALO en el 222 d. C., y llamado nuevamente a Roma por ALEJANDRO SEVERO quien lo nombró *magister libellorum*, lo admitió en su *consilium* y en fin, llegó a ser *praefectus praetorio*³⁶; sus principales obras entre otras fueron los *Libri LXXXI ad edictum praetoris*, *libri II ad edictum aedilium curulium*, los *Libri LI ad Masurium Sabinum*, los *Libri II responsorum*, los *Libri X disputationum*, los *Libri II institutionum* y los *Libri VII regularum*³⁷.

³³ La referencia al episodio entre los dos juristas se encuentra en Pomponio, *Enchir.* 43: *Servius autem Sulpicius cum in causis organdis primum locum aut pro certo post Marcum Tullium (Cicerone) optineret, traditur ad consulendum Quintum Mucium de re amici sui pervenisse cumque eum sibi respondisse [de iure Servius parum intellexisset], iterum Quintum interrogasse et a Quinto Mucio responsum esse nec tamen percepisse...*

³⁴ Pomponio, *Enchir.*, 44: *Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit...*; Cicerón, *de Leg.* 1, 5, 17: *non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc...hauriendum iuris disciplinam putas.*

³⁵ M. BRETONI, *La tecnica del responso serviano*, en *Labeo*, 1, 1970, 9 n. 6.

³⁶ A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Tomo I, Napoli, 1968, 234; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., Torino, 1965, 400 ss.

³⁷ Ver L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, Napoli, 1992, 553 ss.; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, cit., 234; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., 400 ss.

§ 1. Proposición de la *quaestio*.-

El problema afrontado por ULPIANO en su comentario es el de la *vis* en una locación de fundo, el jurista hace su comentario a la *actio conducti*, que procede en favor del *conductor*, diríamos generalmente, si por motivo a él no imputable se disminuye o anula la posibilidad del *uti frui licere*. En el *principium* del pasaje se afirma que al *conductor* corresponde la *actio conducti*, en el párrafo 1 se plantea cómo en general procede la acción si *frui ei non liceat*, ya el en el párrafo 2, que nos compete, el jurista entra a examinar, desde el punto de vista de la acción, si en caso de una *vis tempestatis calamitosae*, deberá o no el *locator aliquid praestare* al *conductor*. A este punto, ULPIANO (o tal vez POMPONIO)³⁸, reclama la opinión de Servio que se encuentra en la base de la cuestión. Sin embargo, debe decirse que no es éste el único caso en el que se acude al pensamiento de Servio en el título II libro XIX, su *responsum* recorre todo el título en materia de *locatio*, concedor de la actividad agrícola³⁹, Servio contribuyó a definir los rasgos estructurales del contrato de locación, haciendo distinciones valiosísimas que fueron retomadas por juristas posteriores, e introducidas en el Digesto, y cuya esencia se mantiene aún en el momento actual de la elaboración del sistema, esto es, la influencia del *responsum* y la solución que supone en los códigos modernos.

§ 2. La distinción serviana como punto de partida para la distribución del riesgo en la locación de fundo.-

Se presenta una distinción entre *vis cui resist nonipotest* y *vitia quae ex ipsa re oriantur*, de aquí la doctrina romanista ha considerado⁴⁰ una *vis* irresistible y unos *vitia* resistibles, o, una *vis* externa y unos *vitia* internos, o puede también pensarse en una distinción entre eventos normales y eventos anormales⁴¹ que inciden en el contrato, o

³⁸ Cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 81, especialmente notas 53 y 54, siguiendo en sustancia la hipótesis de Arangio-Ruiz acerca del *et refert Pomponius*. Dejando de lado lo relacionado con intervenciones posteriores en el *responsum* original de Servio, esto es, lo que ha dicho la doctrina romanista a la luz del Papiro de proveniencia egipcia del IV siglo en el cual figura la primera parte del párraf. 2, y según el cual sería otro jurista el que citaba el pensamiento de Servio, ¿tal vez Pomponio?, resulta evidente que nada cambia en cuanto al centro del *responsum* serviano.

³⁹ Cic., *De orat.* 3, 33, 133: *ad quos olim et ita ambulantis...*; v. al respecto P. PINNA PARGAGLIA, *Vitia ex ipsa re, aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983, 9 ss.; cfr. con D. 50, 16, 77 de Paulo.

⁴⁰ Vide R. FIORI, *La definizione della locatio-conductio*, cit., 85 especialmente notas 71 y 72; este es el análisis que acogemos. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, cit., 63 ss., plantea la alternativa según la cual el *dominus* soportaría el *damnum* cuando intervenga una *vis* irresistible, pero no cuando los *vitia* se desarrollen *ex ipsa re*; SEAGER *of Vis and Weeds*, en SDHI, 31, 1965, 330, considera que la *vis* sería siempre *extraria*, y habría de distinguirse en *vis cui resisti non potest* y *vis cui resisti potest* (ésta última no mencionada en el pasaje, pero fue seguramente tenida presente por Servio); los *vitia*, extraños al problema, habrían sido adjuntados para indicar los efectos de la *non-external vis*. Por lo demás, resulta interesante resaltar la postura de WATSON, *The law of obligations*, cit., 63 ss., para quien el *tamen* del pasaje en comento no indica una antítesis entre los dos términos, y que en el segundo criterio se reproduce de algún modo también el primero.

⁴¹ BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 240 ss., encuentra razón en la locación de fundo rústico para distinguir entre riesgos previsible, esto es, aquellos que entran en el *alea* normal del contrato, y riesgos imprevisibles, de carácter extraordinario, que sobrepasan el *alea* normal. En este sentido, dice: << las decisiones de los clásicos acerca de la incidencia del riesgo presuponen la distinción, aunque no se de una formulación dogmática >>. El maestro italiano en “*Periculum problema del rischio contrattuale ecc...*”, cit., observa riesgos que dependen de eventos extraordinarios imprevisibles cuando no disminuyen la

también en un criterio de previsión e imprevisión que, por lo demás, está conectado en las fuentes más a la noción de *casus fortuitus* como evento que *nullum humanum consilium providere potest* (cfr. D. 50, 8, 2, 7) y no a la *vis*, que si bien pueda ser previsible, en todo caso *resisti non potest*. Es la distinción inicial la reproducción del pensamiento serviano⁴², en el contexto de la *actio conducti* y el sinalagma *merces uti frui*, precisamente la distinción entre *vis cui resisti non potest* y *vitia ex ipsa re*⁴³ debe ser el punto de partida que muestra el criterio de distribución del riesgo en el pensamiento de Servio⁴⁴. Por otra parte, cuando las hipótesis no se encuadran en la

posibilidad de ulterior cultivo del fundo, estos son a cargo del *locator* cual acreedor del canon, en el sentido que la falta de cosecha legitima al arrendatario a solicitar la *remissio* o remisión de la *merces agri* correspondiente.

⁴² Aparentemente, en el pasaje los dos criterios no son homogéneos: la *vis* se califica como irresistible y los *vitia* como internos, de tal forma que queriendo pensar en una antítesis entre *vis* y *vitia*, sería conveniente pensar en una *vis* irresistible contrapuesta a unos *vitia* resistibles para el colono (es decir, evitables con el empleo de una diligencia normal), o, una *vis* externa contrapuesta a unos *vitia* internos. Esta es la postura de Fiori, quien resalta el valor de la distinción serviana. El mismo autor expresa que, <<examinando nuevamente los términos del problema, se debe resaltar que la expresión *vis cui resisti non potest* no debe ser considerada sospechosa >>. Para I. MOLNAR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht*, en IURA 32 (1981) la expresión debe ser atribuida a Servio, << ella es acorde con locuciones del lenguaje retórico que se observa en Cicerón, y con la terminología de juristas un poco posteriores; no debe pensarse necesariamente en sustituir la expresión por otras como *vis maior* o *vis extraria*, pues aquella tiene un insustituible valor semántico >>. De la confrontación con otros pasajes se comprende que para Servio, en este tipo de figura, el término *vis* tiene *per se*, sin especificación ulterior, el valor de la *vis extraria* (externa); de tal manera que la expresión de la que hablamos debe ser interpretada como fuerza externa (*vis*) irresistible (*cui resisti non potest*), una fuerza que no solamente no se reconduce al colono, sino que no puede ser evitada >>: FIORI, *La definizione...*, cit., 86. En relación con la terminología vide Cicerón *Inv.* 2, 170: *cui nulla vis resisti potest*.

⁴³ E. COSTA, *Locazione di cose nel diritto romano*, Edizione anastatica, Roma, 1966, 50 ss. observa en los *vitia ex ipsa re* los vicios del fundo (más general de la *res conducta*; otros hablan de vicios de los frutos del fundo mismo; en la misma postura de COSTA, *Locazione di cose cit.*, 50 ss. están, según FIORI, *La definizione...*, cit., 92 n. 102: NICOSIA, *La Responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, en RISG 92 (1957-1958), 407 n. 18; KASER, *Periculum Locatoris* en ZSS, 74 (1957), 169 n. 47; ANKUM, *Remissio mercedis* en RIDA s. III, 19 (1972), 225; también sostiene Fiori que en la interpretación de vicios de los frutos del fundo mismo se encuentran W. SELL, *Ueber die remissio mercedis*; SINTENIS, *das prectische gemeine Civilrecht*, en *Arch. F. Civ. Prax.* 20 (1837), 188 ss.; SEAGER, *Of vis and Weeds*, en SDHI, 31 (1965), 331; MIQUEL, *Periculum Locatoris*, en ZZS, 81 (1964), 178.

⁴⁴ Es claro que en la *distinctio* del pasaje en comento (D. 19, 2, 15, 2), el perfil de la resistibilidad tiene un relieve al menos implícito, pues si solo los casos de fuerza irresistible son atribuibles al *locator*, es evidente que los casos de vicios resistibles recaen en la esfera del *conductor*; se trata de la que para R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, Deventer – Boston (1990) puede describirse como *vis* no-externa (*...sia quam tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si...raucis aut herbis segetes corruptae sint*: D. 19, 2, 15, 2); considera Zimmermann que respecto del daño de la simiente perdida a causa de insectos o hierbas, nos encontramos tratando con un tipo de riesgo que está íntimamente relacionado con el proceso de cultivo, por lo mismo que deberá soportarlo la persona responsable de dicha labor de cultivo, esto es, el conductor, considera además (p. 370 ss.), que los compiladores posclásicos adhirieron mas casuística para ilustrar la distinción entre dos esferas de riesgo; dice Zimmermann acerca de D. 19, 2, 15, 2, acorde con ERNST, (1988) 105 ZZS, 560 s.s., que hubo cambios significativos en el análisis posclásico de la distribución del riesgo, no se basó más en el ‘contenido fundamental’ del contrato de *locatio conductio* y en el ‘concepto básico’ de *vis maior*; el enfoque sería ahora sobre la posición económica del arrendatario. Para R. CARDILLI, *Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico*, en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, II, Universidad Externado, Bogotá, 2001, 279, no es una casualidad que la escritura más antigua (aquella para entendernos que se remite a Servio) acentúe, precisamente, el estado socio-económico de las partes, en términos de *dominus* y *colonus*, mientras aquella más reciente (¿Pomponio? y Ulpiano) las posiciones

distinción originaria, probablemente por requerimientos prácticos se abre paso la idea de una distribución de los riesgos con base en el desarrollo normal de los acontecimientos ligados a la producción agrícola, en este sentido se explica el inciso *'si nihil extra consuetudinem acciderit damnum coloni esse'*, de manera que con la celebración del contrato, no solo con base en la reciprocidad de las prestaciones, sino también según la función económico-social que las partes desarrollan, estas asumen implícitamente algunos riesgos que se consideran 'típicos', 'habituales' o 'normales' en el contrato celebrado, surge así en el sistema el ámbito de la llamada 'alea normal del contrato' (cfr. *infra* 18 § 4. 3).

Desde el punto de vista exegético-gramatical, resaltan comentarios significativos acerca del pasaje, me detengo especialmente sobre la estructura argumentativa, sobre aquello que más llama la atención, esto es, lo que tiene que ver con el *sed et si*, que se repite en tres ocasiones en el texto, y el uso de los conjuntivos *orientur* y *coacuerit*. Con respecto al *sed et si*, no parece armónico si se piensa que la parte que va desde *sed et si labes facta sit* hasta el final, pertenece aún al *responsum* serviano, empero, si se piensa en la expresión *damnum* que se lee en el texto, en la contraposición entre *dominus* y *colonus*, o en el constante uso del conjuntivo que se observa de principio a fin, puede llegar a creerse que existe una armonía argumentativa y que el texto no habría sido manipulado. Por otra parte, se resalta el uso del conjuntivo *orientur* en el sentido de propio origen físico de los *vitia*, que se refleja en el *si vinum coacuerit*; además, el uso del conjuntivo *acciderit* señala la dimensión del evento sobrevenido que, extraño a los riesgos propios del contrato, genera un desequilibrio de las prestaciones. En cuanto al adjetivo *calamatosae*, no veo por qué debiera ser posclásico⁴⁵.

§ 3. Ampliación del *praestare* y fundamento del *actione teneri*. Perspectiva procesal y explicación de la *quaestio* desde el punto de vista del *synallagma merces-uti frui*.-

Así, ULPIANO se plantea el problema de la fuerza sobrevenida en la locación de fundo, el goce se ha hecho imposible y a partir de ello se cuestiona sobre el *praestare* del *locator* respecto del *conductor*, debido a la imposibilidad del *uti frui* de éste a causa del evento externo. ULPIANO -o mejor Servio- se mueve en la perspectiva del *praestare rem uti frui liceat*, precisamente reclama el pensamiento de Servio, quien tal vez estaría tratando en su *responsum* la temática de los vicios que nacen de la cosa misma, a la luz de la actividad agrícola, y habría querido establecer los casos en que los vicios pudiesen nacer (*orientur*) de la *ipsa res*⁴⁶, seguramente Servio tendría en mente el proceso de

contractuales en términos de *locator* y *conductor*. Para una casuística vide *Ulp.* en D. 19, 2, 19, 6; *Alf.* en D. 19, 2, 30 pr.; *Alf.* en D. 19, 2, 27 pr.; *Lab.* en D. 19, 2, 60 pr.

⁴⁵ Vide Cic. *Verr.* 4. 144; Cic. *Sest.* 7; Sen. *Ep.* 98. 6; Cic. *Mur.* 59.

⁴⁶ La hipótesis reconstructiva de F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, en *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 337 n. 16 y L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998, 218, se refiere a que con *vitia ex ipsa re* Servio aludía a los riesgos intrínsecamente conexos a la naturaleza de la actividad agrícola; FIORI, *La definizione...* cit., 92, cree seriamente que el término *res* no indica, en la locución, el fundo, sino la entera actividad del *conductor* sobre el terreno; ésta interpretación supera la asimetría de los ejemplos servianos para comprender la lógica de la distinción, distinción que para este agudo estudioso italiano, se desarrolla en el sentido de una exposición entre fuerza (externa) irresistible y vicios internos (resistibles). A cada término se le daría un atributo explícito y uno implícito, resultante el primero del concepto mismo de *vis* (siempre extraña), y el otro de la oposición lógica con el primero. E. BETTI, <<*Periculum*>> *Problema del rischio contrattuale*, cit., 190 ss., y los autores citados, leen todos los ejemplos según el esquema de la

formación de los vicios contemporáneamente con la formación de los frutos y en especial relación con la cosecha dañada debido a yerbas o insectos⁴⁷.

La perspectiva procesal suministra elementos valiosos para la exégesis y la interpretación del *responsum* serviano, esto es, claramente Servio es consciente de que define ámbitos de riesgo, es precisamente ello lo que se pretende (bien sea Servio mismo o sean los compiladores) con la ilustrativa casuística del pasaje, y dentro de esa delimitación, el jurista tiene presente que el *conductor* se ve perjudicado por la *vis*, que no debe *praestare mercedem* (aunque no se dice en el pasaje), que se trata de un riesgo (téngase en cuenta que usa la expresión *damnum* y no aquella de *periculum* que es más técnica) que produce un daño que alguna de las partes debe asumir; pero, no de otra forma podrá el *conductor* hacer valer tal situación sino mediante la *actio conducti*, por lo que encuentra plena razón la ubicación dentro de los comentarios de ULPIANO a dicha acción. Servio razona en términos de *vim praestare*, pero en el derecho romano no se puede pensar desligándose del proceso, de la *actio* y del *oportere* concebido como *prius*. Servio observa la situación y la fundamenta desde el punto de vista del *praestare* del *locator*, una concepción amplia del *praestare*, pero no se plantea en el fondo como un problema de responsabilidad sino como uno de riesgo y su equitativa distribución⁴⁸ argumento que se confirma al excluirse toda valoración del *id quod interest*⁴⁹ justificando la intervención a favor del afectado puesto que no debe ser llamado a sufrir el daño de la simiente y además a cumplir su prestación⁵⁰. La aparente perplejidad surge si se considera el *praestare* en este caso como un criterio de responsabilidad a la luz de la dogmática moderna, es decir, que el *locator* es responsable contractualmente, lo que no se justifica ya que la acción no versa sobre el *id quod interest* sino más bien sobre la

normalidad- excepcionalidad del evento. Según A. THOMAS, *Remissivo mercedis*, en *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, III, Milano, 1973, 1271 y ss., la validez de la distinción serviana se confirma en D. 19, 2, 35 pr. de Africano; cfr. con Afric. 8 *Quaestionum*. D. 19, 2, 33: <<...si vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere proptem vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis >>, que se integra con Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19, 2, 34: <<perinde ac latronum incursu id acciderit >>.

⁴⁷ P. PINNA PARGAGLIA, *Vitia ex ipsa re, aspetti della locazione in diritto romano*, cit., 9 ss. Cfr. R. CARDILLI, <<Bona fides>> *Tra storia e sistema*, Torino, 2004, 173 ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., 371 n. 197; E. BETTI, *Istituzioni...*, cit., 426; para FIORI, *La definizione...*cit., 91, es claro que el hecho de avinagrarse el vino, o haberse estropeado las mieses a causa de insectos o yerbas, puede en abstracto ser determinante de la negligencia del colono, sin embargo, para el a. no parece concluirse de las respuestas servianas que un perfil como este haya tenido efectivamente relevancia; debe agregarse respecto de la interpretación de la locución, que no hay justificación que lleve a interpretar la expresión en el sentido de vicios provocados por la actividad del colono.

⁴⁸ El *locator* parece no estar eximido del *praestare vim* en la medida que, de todos modos, debe procurar el *uti frui licere*, aun en ausencia de un explícito *pactum* y de la individualización de una *culpa praecedens*. Puede pensarse aquí que esta argumentación estaría en contradicción con la llamada regla del *casus a nullo praestantur* incluida en Ulp. 29 *ad sab.* D. 50, 17, 23, pero ciertamente no es así, ya que el criterio en la sustancia es el mismo, la regla es expresión del fundamento del *responsum* serviano en cuanto al tratamiento de la *vis*, desarrollándose el criterio y planteándose la regla: cfr. R. CARDILLI, *Imprevisión y peligros contractuales*, cit., 280. No debe pensarse que el enfoque procesal dado por Servio y mantenido en la compilación niegue un carácter sustancial a la solución del problema. Cfr. con C. 4, 65, 1: *Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur*, que revela la subsiguiente elaboración; cfr. con I. 3, 24, 5: *...quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituendo ea non tenebitur*.

⁴⁹ Cfr. F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, cit., 333.

⁵⁰ De donde se explica que en D. 19, 2, 33 de Africano, el *teneri* del *locator* no implica una responsabilidad por incumplimiento '*teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*': vide M. SARGENTI, voz <<rischio>> (dir. rom.), *Enciclopedia del diritto*, cit., 1128.

exención de pagar el canon; no se trata de ‘responsabilidad’ en los términos modernos, es evidente que estamos frente a un criterio de repartición de los riesgos contractuales entre las partes. El *locator* está obligado a *praestare* el *uti frui licem*, pero si éste se interrumpe por una *vis* no imputable a las partes, el *locator* no debe resarcir el daño sino que pierde la pensión, en efecto, a causa de la repartición del riesgo por la *vis* no imputable. Aquí surge una difícil constatación a la luz de las categorías modernas, en efecto, si se acepta la distinción betiana sobre el riesgo en sentido técnico, ¿cómo se explica entonces el *praestare* de la distinción serviana? Sin duda, no parece lógico que el *praestare* en la referencia de Servio (D. 19, 2, 15, 2) tenga que ver con la ‘responsabilidad por incumplimiento’ en los términos que hoy utilizamos, pues como se ha señalado, el *locator* no está llamado al *id quod interest* del *conductor*, aquel soporta el riesgo de la *vis* y pierde entonces la *merces*, pero no debe el resarcimiento del daño; por otra parte, tanto se trata de distribución del riesgo que el *conductor* también asume parte de ese riesgo de la *vis*, él pierde el *uti frui*. Si no hay resarcimiento del daño, lógicamente no hay una responsabilidad imputable a las partes como se desprende de D. 19, 2, 15, 2, en este sentido la distinción betiana es procedente, el error interpretativo de quienes contrastan la distinción betiana está en observar el *praestare* a la luz del concepto moderno de ‘responsabilidad’, en efecto, si así se razona, aparentemente la distinción betiana se rompe, no obstante, si en realidad se tratase de un problema de ‘responsabilidad’ ¿por qué no hay resarcimiento del daño?, al máximo, siempre en términos modernos, Servio habría observado el problema desde el punto de vista del ‘incumplimiento’, pero un ‘incumplimiento no imputable’, esto es, que en el fondo no implica ‘responsabilidad’. La distinción betiana se basa en la imputabilidad del incumplimiento, ella no excluye el problema de fondo de D. 19, 2, 15, 2, y, además, en términos modernos se confirma en el pensamiento de SABINO y GAYO en el sentido que el *casus*, la *vis divinam* o *cui resisti non potest, a nullo praestantur*. Esto para quienes pretendan a la luz de la única referencia al *praestare vim*, desvirtuar la distinción betiana que, para aquellas anomalías no imputables derivadas de imposibilidad absoluta o de dificultad relevante, habla de *periculum* en sentido técnico, esto es, riesgo contractual en sentido técnico, o mejor, en sentido estricto.

Servio, sin duda, colocaba las bases para una ulterior elaboración sustancial; en este caso, ULPIANO resalta el valor del contexto práctico del *responsum* serviano. A mi modo de ver, el criterio serviano se evidencia, como lo reveló ya THOMAS⁵¹, en la problemática de la *remissio mercedis*, ejemplo prístino de gestión de los eventos sobrevenidos durante el curso de la ejecución del contrato, respuesta a la incidencia del *periculum* y modelo de adaptación de las prestaciones. Por otra parte, la concepción serviana a partir del *praestare* pareciera contradecir el planteamiento de SABINO en la llamada regla del *casus a nullo praestantur* reportada en de Ulp. 29 *ad sab.* D. 50, 17, 23⁵², no obstante ello, parece más una depuración del criterio, en el sentido que ‘*omnem vim cui resisti non potest*’, ‘*a nullo praestantur*’, el *praestare* deja de ser entonces el único fundamento de la acción en caso de eventos sobrevenidos e irresistibles⁵³. La

⁵¹ *Remissio mercedis*, en *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, Inst Ed. Cisalpino, Milano, 1271 ss.; en contra F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, cit., p.343 n. 38.

⁵² *Animalium vero casus, mortisque, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*. La contradicción aparente con 19, 2, 15, 2 radica en que en éste último se observa la solución desde el punto de vista del *praestare* del *locator*, y conforme a la regla citada el *praestare* se anularía. Acerca de la *regula* de D. 50, 17, 23, vide S. TAFARO, *Regula e ius antiquum en D. 50, 17, 23*, Bari (1984).

⁵³ Nótese por ejemplo la elaboración en C. 4, 65, 28: *In sudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constant*.

elaboración sobre la base de la *remissio* en sí como consecuencia del *periculum* y su distribución, y no del *praestare* del *locator*, se observa en los *Scholae Basilicorum* 20, 1, 15, 2 que reproducen el *responsum* serviano con dicientes variaciones⁵⁴; también se observa en las *Siete Partidas* V, tit. VIII ley XXII, donde resultan llamativos los ejemplos iguales a D. 19, 2, 15, 2 y en todo caso el arrendatario no paga la *merces*, se establece que en caso de *vis* el arrendatario pierde la simiente y el dueño pierde la merced, y en caso de vicios de la cosa el riesgo será para el arrendatario.

3. *Praestare* y *actione teneri*. La elaboración de Labeón y el dualismo *fides-aequitas*. Ulp. 14 *ad ed.* D. 4, 9, 3, 1; *lex Iulia de bonis cedendis*; Suet., *Claud.* 18, 2.-

Debe pues destacarse que la actividad jurisprudencial de Servio y sus *auditores* indica una apertura respecto de los criterios tradicionales de dolo y culpa, el camino señalado por Servio no sólo se continúa en el pensamiento de LABEÓN, sino que se modifica profundamente pues se llega a superar la razón de ser del contenido del *praestare* como única condición de sujeción al *actione teneri*. LABEÓN construye así un modelo de *praestare* que permite superar su rol central como único fundamento de la acción, afirmando que el concepto de *praestare* sólo responde a una parte de las cuestiones referidas al *actione teneri*, esto es, que los daños por el incumplimiento pueden imputarse a una de las partes no sólo como consecuencia del *praestare* sino también de la ocurrencia de eventos no imputables a título de responsabilidad, se distingue así claramente el *dolum et culpam praestare* del *periculum*, sin que ello represente una concepción unitaria del problema⁵⁵. LABEÓN propone un modelo complejo y articulado que supera el ámbito tradicional atribuyendo riesgos a ciertos deudores *non domini*, en atención a la interpretación típica de la actividad que se proponen realizar con el contrato, así como la modalidad y los intereses implícitos de la operación económica⁵⁶; se trata sin duda de una valoración del *oportere* a la luz de la *fides bona*, y por otra parte del dualismo *fides-aequitas* al interior del debate jurisprudencial sobre la eficacia justificante del evento irresistible definido como *vis maior*. Un indicio en tal sentido quizás se encuentra en el inciso << *non esse iniquum*>>⁵⁷, mediante el cual LABEÓN introduce y justifica el reconocimiento de una

⁵⁴ Resulta interesante llamar la atención en cuanto en Bas. 20, 1, 15, 3 no se dice *dominum colono praestare debere* como en D. 19, 2, 15, 2 sino que se dice *dominum agnoscere*, donde *agnoscere* explica el sentido de la distribución del riesgo y no del ámbito de responsabilidad. PINNA PARGAGLIA, *Vitia ex ipsa re...*, cit., 9s.s. afirma que la *scholia* repite los ejemplos y los describe desde el punto de vista del monto de la *merces*, cuya disminución provocan.

⁵⁵ R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 427 ss.; ID., *Imprevisión y peligros contractuales*, cit., 286 ss.

⁵⁶ Cfr. R. CARDILLI, *op. ult. cit.*, 393 ss.

⁵⁷ Ulp. 14 *ad ed.* D. 4, 9, 3, 1: *Ait Praetor: << nisi restituent, in eos iudicium dabo >>. Ex hoc Edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces intervenerit, et locato vel conducto; sed si tota navis locata sit, qui conduxit, ex conducto etiam de rebus, quae desunt, agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, et locato convenietur; sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agri potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles; nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in depositis dolum duntaxat praestatur. At hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res perierit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum*

exceptio a favor del *nauta* en caso de pérdida de la carga por *naufragium* o *vis piratarum*. La autenticidad de la cita de ULPIANO es indudable, luego de los intentos, en la primera mitad del siglo pasado, de negar su valor o tergiversar su sentido⁵⁸; en particular, el llamado a la *aequitas* ha sido atribuido de manera convincente a LABEÓN, cuya interpretación habría podido estar precedida o inspirada en una normativa que, si bien con fines y alcances limitados, habría reconocido la eficacia eximente de los eventos irresistibles⁵⁹. Se piensa a la llamada *lex Iulia de bonis cedendis* – que podría ser más bien un capítulo de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*⁶⁰–, que acogió, quizás por razones políticas, las peticiones de los deudores insolventes expuestos a la *venditio bonorum* y los admitió a una *cessio* menos grave siempre que hubieran probado que su situación de *decocti* se debía a una fuerza mayor.

En el mismo sentido de la disciplina atribuida a la *lex Iulia*, se encuentra de tiempo atrás un proveimiento del emperador CLAUDIO, cuya noticia nos llega por medio de Suetonio, *Claud.* 18, 2:

<<...*Nam et negotiatoribus certa lucra proposuit suscepto in de damno, ci cui quid per tempestates accidisset, et naves mercaturae causa fabricantibus magna commoda constituit pro condicione cuiusque...*>>

perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis maior contigerit (Dice el Pretor: << si no restituyesen, daré acción en contra de ellos >>. De éste edicto nace una acción modelada sobre el hecho. Pero resulta necesario ver si ella es necesaria, pues por esta causa se podrá actuar mediante acción civil: si en efecto intervino el pago de un canon, < se podrá actuar > con la acción de locación o con la acción de conducción, esto es, si fue arrendada toda la nave, el arrendatario podrá actuar mediante la acción de conducción incluso por aquello que respecta a las cosas que faltan; si por el contrario el armador asumió en conducción el transporte de las cosas, será responsable con la acción de locación; pero si las cosas fueron recibidas gratuitamente, Pomponio afirma que se habría podido actuar con la acción de depósito. Él se sorprende, pues, del hecho que haya sido introducida una acción honoraria cuando ya existían civiles, a menos que quizás – dice – el pretor entendiese dar a conocer su determinación frente a la represión de la deslealtad de este género de hombres, y por el hecho que en la locación-conducción se responde por culpa, en el depósito exclusivamente por dolo, mientras que con este edicto aquel que recibió < alguna cosa con el fin de ser salvaguardado > está obligado en todo caso, incluso si la cosa perece o se daña sin su culpa, a menos que no ocurra, por fatalidad, un evento dañoso. Por esto Labeón escribe que no es inicuo darle una excepción si alguna cosa pereció en un naufragio o por la violencia < del asalto > de piratas. Lo mismo debe decirse si ha intervenido fuerza mayor en una estación de cambio o en un albergue).

⁵⁸ O. MILELLA, <<Casus>> e <<vis maior>> in *Sen., Ben.*, 4.39.3.4; 7.16.3, en *Labeo* 33, 1987, 280.

⁵⁹ DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, en *Annali Bari*, 12, 1952, 88-91; MÉNAGER, <<Nautum>> et <<receptum rem salvam fore>>, en *RHDE*, 38, 1960, 407 n. 164; cfr. O. MILELLA, <<Casus>> e <<vis maior>>, cit., 281 n. 41, quien señala la frecuencia con la cual la opinión del jurista augusteo se introduce y motiva en el *aequum* (o bien, al *iniquum*, en la forma atenuada de la doble negación como en D. 4, 9, 3, 1, lo que confirma la cita de Ulpiano): D. 2, 14, 7, 10 (*iniquum esse*); D. 3, 5, 3, 9 (*aequissimum esse*, único ejemplo del uso de *aequum esse*); D. 10, 4, 15 (*non esse iniquum*); D. 39, 2, 24, 4 (*Labeo et rationem adicti, quo, si hoc non admittatur, iniquum erit*); D. 42, 8, 6, 6 (*iniquum esse*); D. 43, 12, 1, 12 (*non esse iniquum*); D. 43, 13, 1, 13 (*non est iniquum*); D. 44, 4, 4, 7 (*iniquum esse*); D. 47, 6, 6 pr. (*esse iniquum*); de esta manera la *aequitas* se eleva a principio del ordenamiento, del cual se sirve Labeón para justificar la eximente de responsabilidad.

⁶⁰ A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978, 42 y 121; en contra B. BIONDI, voz <<Cessio bonorum>>, en *NNDI*, III, Torino, 1959, 137; fuentes que relacionan la *lex Iulia* con la *cessio bonorum*: Gai. 3, 78; C. 7, 71, 4; Cth. 4, 20; *lex Rom. Burgund.* 38, 4; cfr. también GIUFFRÈ, *La c.d. <<lex Iulia>> de bonis cedendis*, en *Labeo* 18, 1972, 173-191.

En aras de mantener el suministro de la ciudad en época de carestía, el emperador se obligaba a garantizar *certa lucra* a los *negotiatores* y a reembolsarles los daños causados por las *tempestates*, esto es, les prometía aligerar las cargas que sobre ellos pesaban debido a eventos dañosos sobrevenidos, con el único objetivo de mantener la duración del suministro; éste es un claro ejemplo de adaptación y conservación del contrato a las nuevas circunstancias en materia de decisiones imperiales atinentes al interés público. La aparente distinción de la *lex Iulia* entre deudores desafortunados admitidos al beneficio de la *cessio* y deudores culpables excluidos del mismo, parecería encontrarse enunciada en una *Constitutio* de los emperadores GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO, incluida en Cth. 4, 20, 1⁶¹.

4. Perfil de la *remissio mercedis* y gestión del riesgo. *Aestimatio litis*, restablecimiento del equilibrio prestacional y apertura a las reglas de la resolución del contrato.-

Planteada la regla en la forma *periculum est locatoris*, es el *locator* quien asume el riesgo en el sentido que no podrá pretender la *merces*⁶², y podría tratarse de alguna manera de la consecuencia de la distribución del riesgo, o su efecto más importante. Debe advertirse que las fuentes referidas a la *remissio* han sido consideradas alteradas, que el instituto tendría origen posclásico⁶³ y ello se explicaría a causa de la crisis económica y financiera del siglo III d. C., además de que, como lo refiere ZIMMERMANN, la *remissio mercedis* imperial se ha visto tradicionalmente como un instrumento de política social destinado a ayudar a los arrendatarios en miseria, o como el producto de una política administrativa encaminada a impedir el declive de la agricultura italiana⁶⁴; si bien se trata de una *exigüitas fructuum*, la *remissio mercedis* sólo puede ser concedida debido a *vis maior*, por lo que una mala cosecha causada por *vis extraria* no es otra cosa que un ejemplo de menoscabo al *frui*, la *remissio mercedis* imperial no fue una institución separada o independiente, ella fue un ejemplo de

⁶¹ *Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. ad Basiliu, comitem sacrarum largitionum. Ne quis omnio vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque argento diversique mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur: nisi forte priorum dilapidationem bonorum aut latrocinis abrogatum aut fortasse naufragiis incendioque conflatum vel quolibet maioris inpetus infortunio atque dispendio docuerit adflictam. Proposita prid. id. octob. Romae Auxonio et Olybrio cons. (a. 379).*

⁶² En este sentido E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 245 n. 82, señala que en tal circunstancia no se trata de responsabilidad sino de una cuestión de riesgo, pues nos encontramos frente a la intervención de un hecho no imputable a ninguna de las partes; el riesgo lo asume el arrendador si el evento no es imputable a él, pues si lo fuera, sí sería una cuestión de responsabilidad y el *locator* se vería obligado a resarcir al *conductor* el daño en la medida del interés positivo, pues es su obligación procurar el *uti frui licere*.

⁶³ K. VISKY, *Locazione e crisi economica nel III secolo*, en *Studi Sanfilippo I*, 685, recuerda que la mayor parte de las fuentes jurídicas en las cuales se trata la remisión y la disminución del canon y las condiciones de dicha remisión, son del III siglo, y la razón de ser de ello se habría presentado a causa de la recesión económica que en el transcurso del mencionado siglo se encontraba *in crescendo*; M. SARGENTI, voz <<rischio>> (dir. rom.), *Enciclopedia del diritto*, cit., 1132.

⁶⁴ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., 371 ss., observa la *remissio* como una cuestión de la clemencia imperial, a la vez que reconoce estar tratando con dos institutos: *remissio* y *deductio*, términos estos que asegura no fueron usados con estricto rigor técnico, sin embargo, el autor explica que en particular, *remissio mercedis* puede referirse a ambos términos, la remisión completa y la remisión parcial de la renta.

*periculum locatoris*⁶⁵ y ello no habría mejorado sustancialmente la posición de los arrendatarios, no parece haber estado basada en motivos económicos y sería principalmente un asunto de procedimiento. No obstante, importantes fuentes literarias⁶⁶ confirman la idea del origen clásico de la figura, por lo que su consideración en época del principado no sería más que la continuidad y desarrollo de la misma⁶⁷. Veamos algunas referencias en el Digesto.

§ 1. La casuística: D. 19, 2, 15, 3; D. 19, 2, 15, 4; D. 19, 2, 15, 5; D. 19, 2, 15, 7; C. 4, 65, 8.-

En D. 19, 2, 15, 3⁶⁸ se observa una situación que se resuelve a la luz del auxilio (*subveniendum*) al colono⁶⁹, el incendio se presenta justamente como una hipótesis de *vis maior*, de donde la expresión *si praedium coluisti* resulta relevante dado que sólo si se ha cultivado el fundo y el incendio ha destruido los frutos, se plantea una cuestión de *remissio mercedis*, en sustancia, este caso parece seguir el principio enunciado en D. 19, 2, 15, 2⁷⁰. LONGO⁷¹ se refiere a D. 19, 2, 15, 4 y D. 19, 2, 15, 7, como pasajes que presentan alteraciones, al menos de manera basilar, el instituto de la *remissio mercedis* tiene raíces romanas. En el primer pasaje, D. 19, 2, 15, 4⁷², ULPiano refiere el

⁶⁵ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., 373 n. 214 y bibliografía allí citada, según el cual la *remissio mercedis* imperial estaría acorde con el régimen de riesgo posclásico más que con el clásico temprano, como lo expone Servio en D. 19, 2, 15, 2; cfr. DE NEEVE, (1983) 100 ZZS, 303, citado por ZIMMERMANN, cit. 373.

⁶⁶ Cfr. fundamentalmente, Plin., *Nat. hist.*, 18, 69; Plin., *Ep.*, 9, 37, 2 - 3; Col., *De re rustica*, 1, 7, 1.

⁶⁷ F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, cit., 354 ss.; igualmente A. THOMAS, *Remissio mercedis*, cit., 1274, y en p. 1275 se pregunta << *juristic law or imperial clemency?* >>; el a. busca demostrar el origen clásico de la figura a partir del *responsum* serviano citado en D. 19, 2, 15, 2.

⁶⁸ *Quum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: <<Si praedium coluisti, propter casum incendit repentini non immerito subveniendum tibi est >>* (Alegando cierto individuo el incendio de un fundo, y solicitando la remisión de la pensión, se le respondió por rescripto de este modo: <<Si cultivaste el predio, no sin razón se te ha de auxiliar por causa de accidente de incendio repentino >>).

⁶⁹ Acerca de la idea de una justificación al instituto que tratamos en la protección al colono, K. VISKY *Locazione e crisi economica del III secolo*, cit., 686, afirma – en sustancia lo que hemos dicho - que el receso de la situación económica llevaba consigo la aplicación siempre frecuente de ese principio que fija las condiciones de la remisión o de la deducción del canon; principio que, en el modo de ver del profesor húngaro, no está tanto en la protección de los arrendatarios, quienes habrían pertenecido a una clase social inferior, sino más bien en el mantenimiento de la producción agraria, esto es, que fuese asegurada la suficiente disponibilidad de los productos indispensables para la alimentación pública (debe decirse que aquí Visky sigue la argumentación de ANKUM, *Remissio mercedis*, en RIDA s.III 19 (1972) 225 y de F. SCHWIND, *Privatrecht*, vol. I, Wien, 1952, 71.

⁷⁰ F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, cit., 343; A. THOMAS, *Remissio mercedis*, cit., 1273.

⁷¹ G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, cit., 391.

⁷² *Papinianus libro quarto Responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono deberit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit abertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni, quo remisit, exigendam (...) Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur, etsi superiors uberes fuerunt, et seit locator, non debere eum ad computationem vocari* (Dice Papiniano al libro cuarto de las Respuestas, que si por un año hubiere concedido alguno a su colono la condonación de la pensión por causa de esterilidad, y después de los siguientes años hubo abundancia, en nada le perjudica al dueño la condonación, sino que se ha de exigir íntegra la pensión también del año en que la condonó (...) Pero ¿qué se dirá, si el año estéril, en el que se

pensamiento de PAPIANO respecto de la esterilidad, según este parecer, el *locator* podía percibir enteramente el canon si en los años siguientes a la esterilidad el rendimiento del fundo entregado en arriendo fue óptimo⁷³, se incluye también el caso del *agri vectigalis* para decir que se da el mismo tratamiento; no podrá exigirse el pago del canon si el año estéril fue el último así los anteriores hayan sido productivos⁷⁴. Resulta evidente que en esta fuente el motivo de la *remissio* resulta ser la *sterilitas*, pero, de hecho esta puede ser explicada como *vis cui resisti non potest*, pero también como evento *nihil extra consuetudinem*, e incluso puede ser debida a un mal cultivo, por lo que SITZIA⁷⁵ observa acá de difícil aplicación el modelo serviano ya comentado.

Por su parte D. 19, 2, 15, 7⁷⁶, en la opinión de LONGO⁷⁷, sería una total inserción de los compiladores en aras de subrayar la naturaleza de la *remissio*, que en su derecho no tiene función de resarcimiento de los daños (*non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata sed*). El arrendatario no consigue lo que le importa por resarcimiento del daño, ello debe quedar claro, no se trata de *id quod interest*, no es un asunto de responsabilidad sino una cuestión de riesgo⁷⁸, y aún así, en la amplitud del *praestare* que propone Servio, como se dijo, no parece en últimas revelarse un problema de *id quod interest* del *conductor*.

En D. 19, 2, 15, 5⁷⁹, el jurista, para decidir la cuestión, trae a colación un rescripto del emperador ANTONINO PÍO (138-161), se entiende que cuando la exigüidad de la cosecha dependa de la constitución del fundo, ella no justifica una remisión. VISKY asegura la presencia en el rescripto de una nueva máxima jurídica (*nova res*), y la

hubiere remitido la pensión, era el último? Se dirá con más verdad, que aunque los anteriores fueron abundantes, y lo sabe el arrendador, no debe ser llamado aquél a hacer computación); para LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, cit., 392 el texto estaría interpolado de *quid tamen hasta vocari*.

⁷³ En este sentido, K. VISKY, *Locazione e crisi economica del III secolo*, cit., 682, según el cual para el año 298 el mismo principio se encuentra en un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano acotado en C. 4, 65, 18, principio que se observa también en C. 4, 65, 8 rescripto del emperador Alejandro, casi un siglo antes.

⁷⁴ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit. 375 n. 217, piensa que no existe razón para asumir que la solución contenida en D. 19, 2, 15, 4 haya sido aplicada sólo a la *sterilitas* o con relación a la *remissio mercedis* imperial.

⁷⁵ *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, cit. 345, además, resulta interesante observar que este autor pone en consideración fuentes literarias (Plin., *Nat. hist.*, 18, 69; Plin., *Ep.*, 9, 37, 2-3; Col., *De re rustica*, 1. 7, 1) en las que se evidencia la relación entre *remissio* y *sterilitas*, lo que, entre otras, confirma el origen clásico de la figura.

⁷⁶ *Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata, supra denique damnum seminis ad colonum pretinere declaratur* (Mas cuando por las causas arriba mencionadas se tiene cuenta de la condonación, el arrendatario no consigue lo que le importa, sino el descargo de la pensión a prorrata; y por último, arriba se declara, que la pérdida de la simiente pertenece al colono).

⁷⁷ G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, cit., 392, quien afirma que este pasaje es un complemento de la exposición hecha por el jurista en el párrafo cuarto del mismo fragmento. Realizando una lectura en conjunto de los pasajes del fragmento 15 del libro 19 tit. 2, se observa la lógica de la exposición que el jurista – o mejor los compiladores- pretende hacer de la figura en comentario.

⁷⁸ Cfr. E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 427. Este argumento, en nuestra opinión, confirma lo ya comentado, la relación entre la *remissio* y el *periculum*; éste es el riesgo, aquella el efecto de su incidencia, una necesaria consecuencia.

⁷⁹ *Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi antonini continetur, item alio rescripto ita continetur: Novam res desideras, ut propterea vetustatem vinearum remissio tibi detur*. Véase también D. 19, 2, 15, 3 y C. 4, 65, 8; para ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., 372, D. 19, 2, 15, 5 muestra que la *remissio mercedis* imperial no va más allá de los confines de la regla del riesgo.

decisión imperial parece estar fundada en que el arrendatario al tiempo de la estipulación del contrato pudo observar la condición del viñedo y los rendimientos que ciertamente no percibiría⁸⁰. Para THOMAS⁸¹, este caso sería otra aplicación del principio encontrado en D. 19, 2, 15, 2.

Ya en época tardía, las fuentes hablan de otros casos en los cuales el producto de los frutos esperados se destruía a causa de la inclemencia del tiempo. Una demanda para la disminución del canon se examina en un rescripto imperial acotado en C. 4, 65, 8⁸², el postulante era probablemente de una provincia oriental del imperio, idea que se desprende de la lectura del pasaje en cuanto referido al uso válido en la región (*mos regionis postulat*), el *conductor* puede – según el rescripto - solicitar la remisión de una parte de la pensión, en el caso que se haya obligado a pagarla con una cierta cantidad de productos de la tierra, a menos que en el contrato las partes hubiesen estipulado o fuese el uso en la región que el daño acaecido después de la inclemencia del tiempo o una causa similar fuese a cargo del arrendatario; de todas maneras, deberá observarse que el daño acaecido sobre los rendimientos a causa de la esterilidad no sea compensado de los rendimientos de los mejores años⁸³. En este orden de ideas, la remisión del canon significaba una notable disminución de los ingresos del arrendador, por lo que el derecho imperial estableció como condición más importante que el canon debía ser pagado al *locator*⁸⁴ cuando en el futuro el producto de los frutos fuese productivo, todo ello debido a la crisis económica y financiera del siglo III⁸⁵, sin embargo, esto nada dice en contra de que, como afirma SITZIA⁸⁶, la *remissio mercedis* es fruto de una larga elaboración jurisprudencial que había adecuado a las exigencias de la praxis y de la economía agrícola, los principios fijados por Servio en orden a la distribución del riesgo en las locaciones de fundos rústicos.

⁸⁰ Cfr. K. VISKY, *Locazione e crisi economica del III secolo*, 29 s.s.; también E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 427, para quien la diferencia de trato entre riesgos que entran en el alea normal del contrato y riesgos que le exceden, se observa claramente en D. 19, 2, 25, 6 referido a la *vis divinam*; para LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, ob. cit., 392 el pasaje contenido en D. 19, 2, 25, 6 estaría interpolado desde *alioquin hasta partitur*.

⁸¹ *Remissio mercedis*, cit., 1274.

⁸² *Licet certis annuis quantitibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis, vel alea coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerant, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensate non probaduntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur.*

⁸³ K. VISKY, *Locazione e crisi economica del III secolo*, cit., 30; cfr. G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, cit., 392, quien se manifiesta a favor de la presencia de una interpolación; cfr. F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, cit., 357, quien considera una cierta voluntad innovativa en el rescripto, sin embargo, no necesariamente a favor del colono si se le confronta con D. 19, 2, 15, 4.

⁸⁴ Cfr. K. VISKY, *Locazione*, cit., 687.

⁸⁵ Según ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., 373, << las reglas romanas relativas a la *remissio mercedis* se aplicaron a través de la historia del *ius commune* >>; sin embargo, siempre será dudoso si ellas fueron o no observadas como emanaciones naturales del régimen del riesgo contractual.

⁸⁶ *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, cit., 360.

§ 2. *Oportere ex fide bona, aestimatio litis* e imputabilidad del evento sobrevenido. Afr. 8 *quaest.* D. 19, 2, 33.-

Otro pasaje de gran importancia es Afr. 8 *quaest.* D. 19, 2, 33, que presenta una aproximación a las reglas de la compraventa:

Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis; nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim; nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.

Se trata de una *locatio operis* para la construcción de un edificio cuya ejecución fue imposible a causa del hundimiento del terreno destinado a tal fin; no resulta claro cuál evento específico produjo el hundimiento (*solum corruisset*), pero se da por descontado que no depende de un vicio *ex ipsa re*, y este es el único elemento que se constata de la solución. Debe suponerse también que la obra no había sido aun iniciada ya que el texto habla sólo del suelo y nunca de la obra, esto será determinante para explicar el aparente contraste con otras soluciones en materia⁸⁷. La articulación de la solución se observa en la distinción del jurista entre casos en los que el deudor puede ser obligado sólo a la restitución de la prestación pecuniaria ya recibida, o casos en los que está obligado también al resarcimiento del daño, en otras palabras, que esté obligado a restablecer el equilibrio entre las prestaciones, o bien deba también reparar la pérdida por la falta de satisfacción de la expectativa de cumplimiento. AFRICANO cita el parecer de JULIANO, éste afirmaba que cuando el fundo hubiese sido expropiado, el arrendador debería considerarse obligado *ex conducto* aunque el incumplimiento no le fuera imputable, en analogía con el caso de una *locatio operis* para la construcción de un edificio en determinado suelo, el terreno hubiere cedido; igualmente ocurre si el fundo fue vendido y la expropiación ocurrió antes de la *traditio*, pues el vendedor queda obligado *ex empto*. La solución inicial que prevé la responsabilidad del arrendador en caso de imposibilidad sobrevenida debido a la *publicatio* del fundo, habría sido motivada por JULIANO análogamente a aquella adoptada para la imposibilidad de la prestación debido a causas naturales (*solum corruisset*) en la *locatio operis*. La analogía estaría en que en ambos casos el *locator* está obligado *ex conducto* no obstante que su imposibilidad de procurarle al *conductor* el *uti frui licere* del fundo no le es imputable, además, en ningún caso está obligado al resarcimiento del daño ya que en una hipótesis se obliga a restituir la prestación recibida y en la otra a pagar igualmente la *merces* por la obra pactada. Si se observan las soluciones desde el plano de la sinalagmaticidad de las prestaciones y de la distribución del riesgo, ellas parecerían inspirarse en criterios

⁸⁷ C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano*, Milano, 1969, 223.

opuestos, además, no deja de ser extraño que Juliano haya motivado la solución en materia de *publicatio* mediante una analogía con la solución de un caso que parece estructuralmente distinto.

Ahora bien, la distinción de AFRICANO no es una distinción conceptual entre responsabilidad y atribución del riesgo, o como distinción entre las consecuencias de una acción por la responsabilidad del incumplimiento y una acción por la resolución del contrato a causa de imposibilidad sobrevenida, sino que es una distinción encaminada exclusivamente a individualizar los criterios para la determinación del *quidquid dare facere praestare oportere ex fide bona*, distinguiendo entre la *aestimatio* del daño en relación con la causa del incumplimiento en los distintos casos. La naturaleza de las obligaciones supone una interdependencia entre ellas, así, en determinados casos la imposibilidad de una de las prestaciones no extingue la obligación del deudor que permanece sujeto a la acción, incluso si el incumplimiento no depende de su propia conducta, por ello las consecuencias pecuniarias de la acción por incumplimiento deben ser determinadas de forma distinta según que dicha imposibilidad haya o no derivado de un evento que el deudor habría podido impedir si su conducta hubiese estado acorde con el modelo requerido para ese particular tipo de obligación⁸⁸. A la luz de éste planteamiento no parecería apropiado pensar que la perspectiva del pasaje se enuncia en términos de atribución del riesgo al deudor en el caso en que él está obligado a restituir la contraprestación si bien no le es imputable el evento causa de imposibilidad; estas reglas empleadas por los juristas romanos quizás podrían equipararse a la moderna distinción en el ámbito de los contratos con prestaciones correlativas entre la resolución por imposibilidad sobrevenida y la resolución por incumplimiento imputable a la conducta del deudor. Elemento de gran relevancia destaca el análisis apenas enunciado, puesto que los principios utilizados para llegar a la solución surgen, conforme a los cánones de la *bona fides*, en el contexto de la determinación del contenido patrimonial de la condena; de este modo, en caso de imposibilidad sobrevenida la *aestimatio* de la condena debe tener en cuenta la imputabilidad o no del evento sobrevenido, ello precisamente abrió el camino al diseño de las reglas para la resolución del contrato, que buscan en cierta medida restablecer el equilibrio entre las prestaciones en caso de imposibilidad sobrevenida, quedando salva la obligación de resarcir el daño cuando la imposibilidad sea imputable al deudor⁸⁹. No obstante, debe decirse que la solución al problema es de elevada complejidad considerara la brevedad de la referencia, lo que impide identificar con certeza las características específicas del supuesto y las consecuencias exactas, a la luz de la *litis aestimatio*, de la solución que concede la *actio ex conducto* no obstante la inejecución de la obra.

La solución atribuible a JULIANO supone que si antes de iniciar los trabajos la ejecución de la obra se hizo imposible por un evento relacionado exclusivamente con la materia provista por el *locator*, éste queda igualmente obligado *ex conducto* a cumplir su obligación de pagar la *merces* mientras que la obligación del *conductor* se extingue; como señala VACCA, si esta es la interpretación correcta, resulta evidente que aquí la solución para distribuir el riesgo prescinde de la tutela a la sinalagmaticidad de las prestaciones y afirma el principio opuesto, esto es, que el *conductor* tiene derecho a la *merces* incluso cuando su obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida⁹⁰.

⁸⁸ Vide *amplius* L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione...*, cit., 260 ss.

⁸⁹ L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione...*, cit., 260 ss.

⁹⁰ L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione...*, cit., 266.

§ 3. Reglas precisas en caso de destrucción de la obra: *vitium soli* y *vitium operis*. *Aprobatio* y carga de la prueba. Lab. 1 *pith.* D. 19, 2, 62; Lab. 5. *post.* D. 19, 2, 59.-

Un pasaje que ha sido objeto de gran discusión es Lab. 1 *pith.* D. 19, 2, 62: *Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.* A partir de la interpretación de esta fuente la doctrina ha señalado un principio opuesto (*periculum conductoris*) al enunciado por AFRICANO en sus *Quaestiones*, sin embargo, la solución es distinta pues distintos son los presupuestos de la cuestión. Se trata de un canal ya construido cuya estructura se derrumba antes de su aprobación (*probatio*); en efecto, *rivum labes corrumpit*, no es el suelo que cede, es la obra misma que se destruye y por ello el *conductor* pierde su derecho a la contraprestación. PAULO aprovecha la *ratio* de LABEÓN y pone así en evidencia una distinción entre *vitium soli* y *vitium operis*, por tanto en cada caso la distribución del riesgo será distinta. Esta decisión parece contrastar con una solución de SABINO citada por JAVOLENO en Lab. 5 *post.* D. 19, 2, 59: *Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concusum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.* Se trata igualmente de la destrucción de una obra antes de su aprobación y SABINO apela a la *vis naturalis* para atribuir el riesgo al *locator*. La doctrina tradicional ha explicado la aparente contraposición en el hecho que para LABEÓN incluso la *vis maior* antes de la aprobación de la obra sería a cargo del *conductor* y sólo la jurisprudencia sucesiva habría enunciado la regla opuesta a partir del pensamiento de SABINO⁹¹. La cuestión es acerca de la naturaleza del evento que produce la destrucción, esto es, si la referencia a la *labes* que causó la *corruptio* de la obra en la solución de LABEÓN se refiere o no a una *vis maior*, la doctrina tradicional piensa que sí, pero en realidad podría suponerse también que la *labes* fue causada por un vicio de la obra, de manera que el *conductor* no cumpliría con su obligación de entregar un *opus perfectum* (obligación de resultado) y por tanto es suyo el *periculum operis*; en la solución de SABINO, entonces, *labes* se refiere a un *periculum vis maior* y en la solución de LABEÓN el alcance de la expresión es general aludiendo a la simple destrucción del *opus*⁹² antes de su aprobación presumiblemente por un vicio en la construcción, corresponderá así al *conductor* probar que se trató de una *vis maior*. De esto se podría deducir que el *conductor* se libera de su obligación con la *adprobatio* de la obra o a causa de una imposibilidad sobrevenida, es decir, el principio que atribuye al *conductor* el riesgo por daño de la obra antes de la aprobación es una regla de responsabilidad y el principio que carga al *locator* con el riesgo del daño por *vis maior* es una regla de *periculum* en sentido técnico.

Corresponde ahora interpretar el sentido de la distinción de PAULO en D. 19, 2, 62 entre *vitium soli* y *vitium operis*. A primera vista la doctrina ha sugerido que PAULO habría sustituido la distinción entre *periculum vis maioris* y *periculum operis* con su propuesta entre *vitium soli* y *vitium operis*, pasando por alto que la falta de idoneidad del suelo debió ser señalada por un constructor experto, sin embargo, del texto no parecen deducirse circunstancias externas y ajenas al control de las partes, esto es, constitutivas de *vis maior*. En todo caso, como señala la doctrina, no puede excluirse

⁹¹ KASER, *Periculum Locatoris*, cit., 188.

⁹² Cfr. C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, cit., 224 ss.; ID. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, en Iura, 1992, 87 ss.

que la distinción de PAULO haya sido el resultado de una interpretación tardía – quizás a partir de JULIANO (cfr. D. 19, 2, 33)- que amplió la regla *periculum locatoris* en caso de pérdida o destrucción de la *res locata* también a la construcción de obras⁹³. Dos son las fuentes que en este sentido se citan, los conocidos casos del *calix diatretum* y de la *gemma includenda aut insculpenda* en Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 29⁹⁴ y Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 13, 5⁹⁵. Veamos si en realidad estos casos reflejan la problemática de fondo. En el caso del *rivum PAULO* se refiere a dos nociones, el suelo y el *opus*, para distinguir cuándo la destrucción o pérdida se deba a vicios inherentes a uno u otro, en cambio, en los comentarios de ULPIANO se contraponen la materia y la actividad del *artifex* para establecer si la destrucción de la primera fue causada por imperfecciones propias (*vitia ex ipsa re*, si se quiere, para acudir a la distinción serviana) o por una conducta negligente en la segunda; el problema que está en la base de uno y otro caso es diferente, en D. 19, 2, 62 se trataba de atribuir el *periculum operis*, esto es, si el conductor tenía o no derecho a la *merces*, por el contrario, en D. 9, 2, 7, 29 y D. 19, 2, 13, 5 se discutía sobre el eventual resarcimiento a cargo del *artifex*. Si bien los presupuestos son distintos, se observa que ambas hipótesis plantean la cuestión de los límites de aplicación de la regla que atribuye al *conductor* el riesgo por los eventos inherentes a la construcción de la obra, un *vitium operis* que para la doctrina no puede ser sino el efecto, considerado objetivamente, de una impericia del constructor; esto justificaría la distinción, en el interior de la regla ya consolidada, entre los eventos que pueden típicamente considerarse evitables por el *conductor* experto y por ende a su riesgo, y eventos inevitables (*cui resisti non potest* en la distinción serviana) y por lo mismo a cargo del *locator*⁹⁶.

5. La problemática en materia de *navis instructa. Custodiam praestare y salvum fore recipere*. La superposición de instrumentos procesales: *actio ex locato, actio ex recepto* y el límite de la *vis maior*.-

Distinta es la cuestión a la luz de los casos relacionados con el transporte marítimo, en efecto, la responsabilidad del vector por la entrega del objeto del transporte es uno de los argumentos más complejos y controversiales dada la superposición de los remedios procesales en edad clásica⁹⁷. En este caso la atención se dirige hacia el edicto pretorio que agrupa bajo el nombre de *recepta* tres figuras que sólo tienen en común la denominación y su encuadramiento en el seno del mismo⁹⁸ (D. 4, 9 de *nautae*,

⁹³ Esto habría sido posible gracias a la tendencia sistemática de Paulo, en el intento por transferir al caso de construcción de obras los principios introducidos en el ámbito de la responsabilidad del *artifex* como se verá en seguida: cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, cit., 241 ss.

⁹⁴ *Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas potest esse excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusdem materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.*

⁹⁵ *Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit non erit ex locato actio, si imperitia facientis erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex recipiant: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.*

⁹⁶ L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione...*, cit., 274.

⁹⁷ MIQUEL, *Periculum locatoris*, cit., 182 ss.

⁹⁸ << L'insufficienza stessa dei principi rigidi della *bona fides* condusse ben presto all'introduzione, nei rapporti in esame, di un "receptum" a simiglianza dei molti altri rapporti che importavano, potremmo dire

caupones, stabularii ut recepta restituant, en general para las tres figuras el pretor afirma que << *si alguno de estos no restituyese lo que de cualquiera hubiese recibido para que esté a salvo, dará acción contra ellos* >>⁹⁹. El parentesco entre los distintos *recepta* no es fácil de detectar a primera vista ya que no se da entre ellos una total uniformidad, no existe, por tanto, similitud funcional; por otro lado, no está claro mediante cuáles actos las obligaciones comienzan a existir¹⁰⁰, no obstante, la denominación es uniforme y tal uniformidad se explica en el sentido mismo que al verbo *recipere* le atribuyen en general las fuentes, que no es otro que el de la asunción de una obligación¹⁰¹.

Nos interesa aquí la figura de los *recepta nautarum*. En la práctica (*cotidianum usus*), podríamos decir que se encomendaban cosas bajo la custodia de los *nautae* en razón de su labor, nadie podría entonces considerar gravoso lo establecido contra ellos pues está en arbitrio de los mismos no recibir en custodia. Este edicto fue necesario puesto que de lo contrario se concertarían con los ladrones en contra de aquellos de quienes recibían (D. 4, 9, 1 pr.; 1, 1).¹⁰² En D. 4, 9, 1, 3, la cuestión se plantea de manera interrogativa, ¿qué es determinante para la asunción de la obligación de custodia o de garantía? ¿es la consignación de las cosas enviadas a la nave o bien el hecho mismo de ser enviadas a la nave aún sin consignación?; ULPIANO señala que el hecho mismo de introducir las cosas en la nave manifiesta la voluntad del naviero de asumir la responsabilidad, tal compromiso es vinculante, haciéndole responder tanto de la conducta de sus dependientes como de la de los pasajeros¹⁰³.

En la nave se encuentran aquellas personas encargadas de acarrear las cosas en su interior, son los llamados guardas de las naves y los despenseros, estas personas están bajo la dirección del *magister navis*, la acción está dirigida contra él << *porque éste que los coloca en tal cargo permite que en ellos se confíe...* >> (D. 4, 9, 1, 3). En la referencia del pretor en el edicto << *lo que de cualquiera que hubiesen recibido para que esté a salvo* >>, debe entenderse bien una cosa cualquiera bien una mercancía, sin

in generale, ampie facoltà di apprezzamento per gli incaricati: si chiedeva, insomma, che colui al quale era affidata la gestione temporanea dei beni altrui, o al quale fosse stata affidata la cura di persone o animali, garantisse esplicitamente che avrebbe tutto reso, allo scader del rapporto, integro come aveva ricevuto, o che si impegnasse, in sostituzione, a pagarne l'equivalente o a risarcire i danni verificatisi a cosa o persone a lui affidate >>, así E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (año académico 1957-58), ed. "Ricerche", Roma, 1958, 167.

⁹⁹ Ulp.14 *ad ed.* D. 4, 9, 1 pr.: *Ait praetor: "nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eso iudicio dabo"*.

¹⁰⁰ M. LÓPEZ-AMOR, "*Receptum argentarii*": *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*", en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, 721.

¹⁰¹ LÓPEZ-AMOR, cit., 721 ss.

¹⁰² En este sentido, I. DE FALCO, << *Diligentiam Praestare* >> *Ricerche Sul'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli, 1991, 70 ss. afirma que la reconstrucción jurídica planteada, no encuentra naturalmente correspondencia con los partidarios de la tesis que vé al *nauta* constreñido necesariamente a una responsabilidad por custodia, sugestionados por una posible correspondencia entre unidad de la noción de *locatio* y unidad del criterio de responsabilidad. Tal paralelismo es peligroso y artificioso: peligroso porque impone un límite demasiado rígido y apriorístico de la búsqueda del criterio atributivo de la responsabilidad; artificioso, porque no tiene en algún punto la extrema ductilidad del esquema *locatio conductio* y por consiguiente el diverso comportamiento que de la obligación se deriva, con las consecuencias naturales en materia de responsabilidad.

¹⁰³ Vide M. LÓPEZ-AMOR, "*Receptum argentarii*": *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*", cit., 723, para quien el concepto central del edicto *salvam fore recipere* determina que el *receptum* es fuente sólo de una obligación de garantía. La obligación de restituir las cosas entregadas << *sanas y salvas* >> señala una extrema responsabilidad en cuanto es indicativa de cualquier tipo de pérdida.

embargo, VIVIANO señala que el edicto corresponde también a aquellas cosas que se asemejan a las mercancías, << como los vestidos que se usaron en las naves, y las demás cosas que tenemos para el uso cotidiano >> (D. 4, 9, 1, 6); no interesa que las cosas entregadas sean ajenas, con tal que importe que estén a salvo, en todo caso deben ser pagadas en caso de pérdida a quien las entregó y no a sus dueños¹⁰⁴. Se duda acerca de cuándo se entienden recibidas las cosas para mantener a salvo: ¿cuando fueron enviadas y entregadas? o, en cambio, ¿cuando fueron enviadas pero no entregadas? A la cuestión responde el jurista así: << Y opino que él recibe la custodia de todas las cosas que se llevaron a la nave, y que debe responder del hecho no sólo de los marineros, sino también de los pasajeros >> (D. 4, 9, 1, 8)¹⁰⁵.

§ 1. *Receptum salvum fore* o cláusula de garantía.-

Al margen de las dudas en doctrina, resulta verosímil que el *iudicium ex recepto* habría estado inicialmente subordinado en el edicto a la intervención de una respectiva cláusula de garantía (*salvum fore recipere*), no obstante, la doctrina señala que en la evolución jurisprudencial durante el curso de la edad clásica, la asunción del riesgo que derivaba de dicha cláusula, de elemento accidental habría pasado a ser uno natural¹⁰⁶. La interpretación de la cláusula *receptum salvum fore* por parte de la jurisprudencia clásica habría servido entonces para relacionar una responsabilidad amplia con la asunción expresa de garantía considerada como un *naturalia negotii*, así, el *receptum* habría sido considerado como el simple acto de recibir las cosas para transportar (*recipere*)¹⁰⁷. Aquí asume especial importancia un texto de ULPIANO que señala el concurso entre la *actio ex locato* y la *actio ex recepto*¹⁰⁸ y la función precisa de dicha

¹⁰⁴ Esto parece encontrar sustento en D. 4, 9, 1, 7: <<Y por esto, si yo hubiere recibido mercancías por el importe del flete, más bien a mí que al deudor estará obligado el marinero, si de mi las tomó a su cargo.>>

¹⁰⁵ En Gai. 5 *ad edictum*. D. 4, 9, 5 pr., se observa que los *recepta* responden de la custodia por la acción de locación, no obstante a ellos no se les paga por la custodia, sino para que ejecuten un trabajo relacionado con su oficio (<< *pro parte mercedem accipiunt* >>); ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1984, 117 n. 2, señala que en la responsabilidad en examen, incurren todos aquellos obligados que, en interés propio, detentan una cosa ajena con la voluntad de su dueño.

¹⁰⁶ En época gayana no era necesario un pacto expreso sobre los riesgos de las cosas recibidas por el *nauta*, la responsabilidad en los límites de la custodia se había constituido ya como un *naturale negotii*, al igual de cuanto inicialmente establecido para la *locatio operis faciendi* del *fullo* y del *sarcinator*, en efecto, tanto éstos como el *genus hominum* en D. 4, 9, 3, 1, se encuentran sobre un plano idéntico frente a sus respectivos comitentes: v. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, cit., 164, 170 ss.; DE ROBERTIS, *D. 19, 2, 31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, en SDHI, 31, 1965, 92 ss.

¹⁰⁷ En realidad, acá el significado del verbo *recipere* es doble, BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, cit., 170 señala que la expresión significa al mismo tiempo 'recibir para el transporte' (si la hipótesis de D. 4, 9, 3 pr. es auténtica), y 'empeñarse a conducir las mercancías y a entregarlas íntegras en el lugar de destino', el *nauta* asume entonces todos los riesgos, salvo aquellos más frecuentes del naufragio y de la incursión de piratas; en época clásica, puesto que la custodia se había convertido en la medida normal de la responsabilidad del *nauta*, Ulpiano en 14 *ad ed.* D. 4, 9, 3, 1 no usaba el verbo en sus dos significados, además, el criterio de la custodia se observa implícito en su comentario.

¹⁰⁸ Ulp. 14 *ad ed.*: *Ait praetor: "nisi restituent, in eos iudicium dabo". ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si*

cláusula de garantía (*salvum fore*); el jurista imperial afirma que la utilidad de la acción específica está en el hecho que mientras en la *locatio conductio* se responde por culpa, o en el depósito por dolo, *ex recepto* se responde en forma independiente de la responsabilidad subjetiva¹⁰⁹. Puede entonces aceptarse que esta cláusula de garantía, luego de LABEÓN que sugiere la concesión de una respectiva *exceptio*¹¹⁰, encuentra siempre el límite de la *vis maior*¹¹¹. Por otra parte, ULPIANO no hace referencia a una responsabilidad por custodia del *nauta*, ella resulta en cambio mencionada por GAYO¹¹² de manera análoga al *custodiam praestare* del *fullo* y del *sarcinator* (Gai. 3, 205), y constituiría en el periodo clásico una prueba del concurso entre la responsabilidad *ex locato* y la responsabilidad *ex recepto*, por ende la superposición de los remedios procesales. Esto ha permitido a la doctrina suponer que antes de la intervención de LABEÓN la responsabilidad *ex recepto* era un criterio de imputación que prescindía del límite de la fuerza mayor, y que no obstante la recepción de la *exceptio* labeoniana la responsabilidad del vector se habría configurado naturalmente con tal límite, en otras palabras, que también la responsabilidad contractual en ámbito de *locatio*, suponiendo el *custodiam praestare*, atribuía al *nauta* una responsabilidad por la falta de restitución de la mercancía que tenía como límite, bien el principio de auto-responsabilidad, bien la *vis maior*¹¹³. Algo es seguro, la función de la cláusula fue establecer en el transporte

gratis res susceptae sint, ait pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

¹⁰⁹ Una probable interpolación al texto en esta parte que se refiere a la *culpa* y al *dolus* como criterios de responsabilidad subjetiva en la *locatio* y en el depósito, y el respectivo límite del *damnum* fatal, ha sido señalada por G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*. I. *La responsabilità per custodia*, Milano, 1938, 176. En materia de *locatio* de nave – como se verá más adelante – no resultan textos que pongan la cuestión de la procedencia de la *actio ex conducto* en caso de pérdida o destrucción de las mercancías, esto ha inducido a la doctrina también a considerar que la referencia de Ulpiano a la *actio ex conducto* (*sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest*) no sería auténtica, cfr. L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione...*, cit., 282 n. 66 con cita de I. MOLNAR, *Verantwortung und Gefahrtragung bei der 'locatio conductio' zur Zeit des Prinzipats*, en ANRW, II. 14, Berlin-New York, 1982, 593 ss.

¹¹⁰ Una vez obligado con el *receptum*, el *nauta* debía, en el orgien, responder de todas las hipótesis de *casus*, precisamente porque la justificación del empeño asumido estaba en ofrecer todas las garantías posibles al comitente (deber de cooperar), incluso hasta asumir la pérdida de la mercancía en los muelles antes del embarque (Pomp. D. 4, 9, 3 pr.); no obstante, evidentes motivos de equidad llevaron a Labeón a proponer la admisibilidad de una *exceptio* a favor del *nauta* demandado para eximirlo de la responsabilidad por la pérdida o el daño causado por *vis maior*: cfr. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, cit., 168.

¹¹¹ Vide *amplius* L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione...*, cit., 280 ss.

¹¹² Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4, 9, 5 pr.: *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.*

¹¹³ Cfr. *amplius* la reconstrucción de G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, cit., 155 ss., en contra CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*. I, Milano, 1966, 105 ss., para quien esta interpretación no es aceptable y durante toda la edad clásica las dos formas de responsabilidad habrían permanecido separadas – como señala el texto de Ulpiano –, siendo la responsabilidad *ex recepto* responsabilidad general con el límite de la *vis maior*, oponible sólo por vía de excepción, y la responsabilidad por custodia responsabilidad por eventos típicos

marítimo de mercaderías una auto-responsabilidad para el *nauta* mitigada sólo por la *exceptio* labeoniana y más amplia que aquella de la *locatio conductio*, en un primer momento la asunción del riesgo específico habría estado vinculada con una explícita promesa de garantía, sucesivamente fue considerada un elemento natural del contrato de transporte y vinculada ahora con el simple hecho de *recipere* las mercancías.

rigurosamente determinados; en este sentido, la responsabilidad *ex recepto* como responsabilidad general con el único límite de la fuerza mayor reclamado mediante una excepción, comprende también la responsabilidad por custodia – esto justifica la referencia de D. 4, 9, 5-, que en época de Marcelo se extendía sólo a ciertos eventos típicos (*furtum* y *damnum iniuria datum*) y encontraba igualmente su límite en la *vis maior*. Pero quizás todas estas reconstrucciones están invadidas por los conceptos de la doctrina moderna y el viejo dogma de la voluntad, en efecto, el *custodiam praestare* fue definido por la doctrina del s. XIX como una responsabilidad objetiva, o como una garantía tácita o expresa, pero ello es verdaderamente lejano de la dogmática clásica que más bien pone en evidencia un principio de autoresponsabilidad. Aquí nos remitimos a la infalible autoridad de E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, cit., 121 ss., en una amplia crítica con su acostumbrado estilo el jurista de Camerino afirmó: << Entro certi limiti – per vero molto ristretti- possiamo dire che i giuristi del sec. XIX videro nella custodia una dottrina classica. Così, il Baron, nell'*Archiv für die civilistische Praxis* intese la custodia come responsabilità limitata solo dalla forza maggiore; e ritenne che fossero tenuti a rispondere di essa tutti coloro cui fosse stata affidata una cosa, tanto se ne avessero ricavato un vantaggio, quanto se si fossero volontariamente assunti il rischio, e partiva, ad ogni modo, dalla considerazione dei brani gaiani delle Istituzioni, per delimitare le fattispecie tipiche della custodia. Ma, infine, questo giurista, alla ricerca di un criterio che dal punto di vista sistematico potesse spiegare i limiti della custodia, altro di meglio non seppe fare, che parlare di una responsabilità oggettiva incombente sul consegnatario. Incombente, proprio: che invero non si comprende come la qualifica di "oggettiva" data alla responsabilità possa riescere a dar conto della viva considerazione della realtà che pure ispirò la giurisprudenza classica nell'elaborare il criterio di imputabilità chiamato custodia (...) Già abbiamo detto del criterio dell'autoresponsabilità che a nostro avviso è l'unico che possa consentire allo storico del diritto di spiegare le pur diverse dottrine classiche in tema di imputabilità dell'inadempimento. Ogni altro criterio, invero, non è altro che finzione scolastica, sconosciuta non solo al pensiero classico, ma anche, ci si consenta, al buon senso. È così, ad esempio, dei tentativi di spiegare il criterio del '*custodiam praestare*', fondati sull'accettazione supina del dogma pandettistico della volontà. Ci riferiamo in specie ad uno studioso contemporaneo, Max Kaser. Egli, infatti, per cercar di spiegarsi la *ratio* del criterio in esame, altro di meglio non ha saputo dire se non questo: che la scienza giuridica classica imputava la custodia ad una delle parti contraenti, in quei rapporti caratterizzati dall'affidamento d'una cosa, presupponendo a carico dell'accipiente una assunzione di garanzia per il felice esito della sorveglianza sulla cosa affidata. Appunto il mancato rispetto di codesta garanzia avrebbe condotto il consegnatario a rispondere per culpa del danneggiamento della cosa affidatagli (con l'escusione, ben s'intende, dei casi di forza maggiore). Secondo il Kaser, insomma, i classici si sarebbero fondati su un'assunzione di garanzia espressa o tacita, intesa siccome obbligazione accessoria, della quale il *iudex* avrebbe dovuto tener conto al momento della sentenza, ove fosse stata convenuta la parte inadempiente. Codesta maniera di ragionare, tuttavia, è tanto lontana dalle vedute classiche, quanto lo può essere – anche al di fuori dei rapporti in esame – il feticismo per il dogma della volontà, che ha ispirato le tratteggi della Pandettistica. Il parlare, infatti, di assunzione di garanzia implicita nell'accettazione della cosa affidata significa presupporre sempre una data volontà delle parti rivolta a conseguire un dato effetto giuridico. Il che, è bene dirlo senza mezzi termini, è quanto di più falso possa affermarsi nel procedere ad una ricostruzione storica: per giustificare un dato effetto giuridico non occorre punto postulare una volontà *vôlta* a perseguirlo, dato che l'intento normal delle parti è ben lontano dal voler perseguire un determinato effetto giuridico, e nemmeno hanno l'onere di esserne consapevoli: chi realizza un dato assetto d'interessi ha un solo scopo immediato, quello, appunto, di provvedere nel modo migliore a regolare i propri interessi concreti nei confronti di altri consociati; laddove è compito precipuo dell'ordine giuridico attribuire a determinati comportamenti specifici effetti tecnico-giuridici (...) Niente responsabilità oggettiva, dunque, e niente garanzia tacita o espressa assunta dal consegnatario, ma solo "custodia", intesa come obbligo per l'accipiente di sorvegliare e restituire integra la cosa ricevuta per il fatto medesimo che essa gli fu affidata >>>.

§ 2. La articulación de los casos en ocasión de la pérdida del bien materia del transporte marítimo.-

Aquí las fuentes presentan una casuística bien articulada y con presupuestos distintos a los hasta ahora enunciados. La atención se concentra en la distinción entre casos en los que la pérdida o destrucción del objeto está a cargo del *conductor*, de aquellos en los que está a cargo del *locator*. Las opiniones de los juristas frente a la pérdida de la cosa transportada señalan además una distinción entre casos relacionados con la locación de nave o parte de ella, y casos en los que se acordó solamente el transporte de la mercancía hasta un lugar determinado; en estos textos surgen dos aspectos, uno es la procedencia de la *actio ex conducto* o *ex locato* para el pago de la *vectura*, otro es la procedencia de la *actio ex locato* para exigir el valor de la cosa transportada. Un pasaje de LABEÓN¹¹⁴ enuncia los presupuestos, frente a una obligación de transportar esclavos, si uno de estos muere durante el transporte, no puede exigirse el pago de la *vectura*; la solución labeoniana es sucinta y la referencia no permite conocer todos los elementos necesarios para el análisis, no sabemos cuál fue la causa de la muerte del esclavo, o si era imputable o no al transportador, sin embargo, una reciente y autorizada doctrina observa que, en la perspectiva de la *quaestio*, para la proposición de la solución específica *vectura tibi non debetur*, la imputabilidad del evento parece irrelevante en cuanto LABEÓN habla de una *locatio mancipium vehendarum* y afirma que no se debe la *vectura* al *nauta* por el esclavo muerto *in nave*¹¹⁵. De este modo, cualquiera que sea la causa de la muerte del esclavo, la inexigibilidad de la *vectura* mediante la *actio ex conducto* está vinculada a la circunstancia objetiva del incumplimiento del transportador, que no tiene derecho a la remuneración ya que respecto del esclavo muerto no habría prestado el *opus* y no se habría obtenido el resultado acordado, en otras palabras, el *conductor* soporta el *damnum* causado por la *mors mancipii* pues no ha dado cumplimiento -aunque sin culpa- a su prestación de conducir el esclavo a destinación, en consecuencia no recibe la *vectura*¹¹⁶. FIORI señala

¹¹⁴ Lab. 1 *pith. a Pulo epit.* D. 14, 2, 10 pr.: *Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectur tibi non debetur. Paulus immo quaeritur, quid actum est, utrum pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.*

¹¹⁵ En este sentido y en relación con la exégesis del fragmento, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'...*, cit., 131 señala que << i problemi relativi all'effettiva rispondenza del testo al pensiero labeoniano, si pongono non tanto rispetto al sospetto di interpolazioni giustinianee – che sono generalmente escluse- quanto rispetto alla fedeltà dell'epitome paolina al testo originario. In generale, la dottrina è ormai per lo più convinta non solo del fatto che Paolo avesse a disposizione un originale dell'opera, ma anche di una sua rigorosa fedeltà al testo, determinata dalla natura stessa della critica da lui portata e dalla necessità di evitare l'accusa di aver manipolato il pensiero di Labeone al fine di meglio criticarlo. Tuttavia, il fatto di poter contare su un testo verisimilmente originale – o, almeno, assai vicino all'originale- non deve far dimenticare che il frammento è pervenuto all'interno di un'epitome 'critica': in altre parole, la genuinità (percosi dire 'interna') del passo esime dalla necessità di valutare il pensiero labeoniano sempre nello spirito dell'opera originale di Labeone così come filtrata dalla riduzione e dal commento ('esterno') di Paolo >>.

¹¹⁶ Esto es cuanto acontece en D. 19, 2, 15, 2 (cfr. supra 2), donde la razón por la cual el *locator* soportaba el *damnum* causado por la *vis cui resisti non potest* era el hecho de no haber cumplido –igualmente sin culpa- su prestación de consentir el *uti frui*, en consecuencia perdía la *merces*. En efecto, la *merces*, que en la distinción serviana está condicionada por el *uti frui*, en la solución de Labeón está condicionada por el transporte del esclavo a su destino; desde un punto de vista estructural podría afirmarse que en una

que la única consecuencia dañosa para el *conductor* es que pierde la *merces*, esto induciría a pensar que la hipótesis del caso constituye lo que en doctrina moderna llamamos propiamente un riesgo, de modo que la *mors mancipii* podría ser calificada mejor como *vis* ya que sería inverosímil, en el caso de referencia, pensar que la *mors mancipii* hubiese sido atribuida a la *culpa* del *conductor* y que éste sólo haya perdido la *merces*¹¹⁷. Ahora bien, esto pareciera no corresponder con las reglas vistas en el ámbito de la construcción de obra donde el riesgo de la fuerza mayor resta a cargo del *locator*, además, LABEÓN excluyó también la responsabilidad *ex recepto* mediante la concesión de la *exceptio*; esto conduce a pensar que LABEÓN atribuyó en este caso al *conductor*, no el riesgo de la *vis maior*, sino el riesgo propio de su actividad profesional, un *periculum operis* análogo a D. 19, 2, 62¹¹⁸, y la eventual responsabilidad del *nauta* por la *mors mancipii* será entonces determinada conforme a la buena fe y los criterios de la *actio ex locato*¹¹⁹.

El planteamiento breve del caso deja una obvia incertidumbre, y si bien la solución de LABEÓN fue citada por PAULO en su epítome, la lacónica referencia habría sido transcrita en su integridad¹²⁰, en todo caso PAULO resalta el centro de la cuestión en el pensamiento labeoniano: ¿qué fue lo acordado en concreto (*quid actum est*)?¹²¹, ¿si la *merces* fue dada en proporción a los esclavos cargados (*impositi*) en la nave o respecto de aquellos que llegaran a destinación (*deportati*)?, si lo primero, bastará al *nauta* probar que el esclavo fue cargado para así tener derecho a la contraprestación, si lo segundo será suyo el riesgo de los que mueran durante el transporte. El *distinguo* de Paulo refleja una dificultad que con seguridad era común en la práctica, esto es, calificar el acuerdo específico dentro del marco de los contratos típicos y por ende dentro del ámbito de la tutela concreta de una específica *actio*, frente a la dificultad de probar si el acuerdo se hizo en la forma de *locatio rei* o de *locatio operis*; la cuestión habría sido de particular importancia para determinar entonces las obligaciones de las partes y la eventual responsabilidad del demandado¹²².

locatio mancipiorum vehendorum, el resultado del transporte está en el mismo plano del *uti frui* de la *locatio fundi*: R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* ..., cit., 134.

¹¹⁷ R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* ..., cit., 133.

¹¹⁸ Cfr. en la doctrina más reciente R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 347 ss.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* ..., cit., 133; L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione* ..., cit., 284 n. 69 in fine.

¹¹⁹ Si hay culpa del transportador en la pérdida o destrucción de la materia del transporte, quedará obviamente obligado al resarcimiento del daño, cfr. Lab. 1 *pith. a Paul. epit.* D. 14, 2, 10, 1; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 13, 1.

¹²⁰ R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* ..., cit., 132 precisa que no debe olvidarse cómo la solución de Labeón conserva las características típicas de los fragmentos de los *pithana*, esto es, una cierta tendencia a la abstracción respecto del caso concreto y la ausencia de cualquier motivación.

¹²¹ No es este el lugar para tratar la cuestión del *id quod actum est*, cfr. para el uso de la expresión en el Digesto: Marc. 2 *reg.* D. 34, 5, 15; Ulp. 47 *ad sab.* D. 46, 4, 6; Ulp. 45 *ad sab.* D. 50, 17, 34; Ulp. 2 *de omn. trib.* D. 2, 1, 15; Ner. 3 *membr.* D. 2, 14, 58; Ulp. 9 *ad ed.* D. 3, 3, 39, 7; Ulp. 49 *ad sab.* D. 18, 4, 2, 1; Gai. 1 *de form. hypoth.* D. 20, 1, 4; Gai. 1 *de form. hypoth.* D. 22, 4, 4; Ulp. 32 *ad sab.* D. 24, 1, 3, 10; Ulp. 32 *ad ed.* D. 27, 9, 7, 3; Ulp. 39 *ad ed.* D. 37, 1, 3, 7; Ulp. 10 *ad l. iul. et pap.* D. 37, 14, 16 pr.; Paul. 12 *ad sab.* D. 45, 1, 35, 2; Ulp. 50 *ad sab.* D. 45, 1, 41 pr.; Ulp. 80 *ad ed.* D. 46, 8, 12, 2; Proc. 5 *epist.* D. 50, 16, 125; Ulp. 45 *ad sab.* D. 50, 17, 34. En la doctrina romanista vide Fr. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, en ZSS 78 (1961), 29.

¹²² Nada en el fragmento induce a pensar que la valoración labeoniana de la muerte del esclavo como *vis* haya sido cambiada por Paulo, en realidad, la solución parece influenciada por la tendencia de relacionar los casos de *vis* con hipótesis de *vitium*, como en D. 19, 2, 15, 2: vide *amplius* R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* ..., cit., 137.

La solución labeoniana se confirma en otro caso que trata de un contrato de transporte configurado como *locatio operis*, esta vez un rescripto¹²³ estableció la repetición de la *vectura* en un caso de pérdida de la nave, la motivación expresa fue que *munere vehendi functus non sit*, y al igual que en la solución de LABEÓN el *conductor* pierde la *merces* pero no responde por el *id quod interest*, esto señala nuevamente los efectos de una *vis*, solo que la regla aquí es más delicada, parece tratarse más bien de un *periculum operis* que asume el *conductor* experto en su *ars*.

En caso de *locatio navis* la solución es distinta pues el acuerdo no establece la obligación de transportar la mercancía al destino final, sino sólo la obligación de cargarla en la nave y procurar el uso y goce de ésta, por ello el *dominus mercium* queda todavía obligado a pagar la *vectura* aunque si la mercancía no llegó al destino¹²⁴. En el caso se tomó en arriendo una nave, puesta ella a disposición del *conductor* para su respectiva carga, durante el viaje fue secuestrada en un puerto y la mercancía confiscada, el jurista sostuvo que el *locator* tenía derecho a exigir la *vectura*¹²⁵. El caso es particular, el *locator* pone a disposición toda la nave para su carga y uso, y con ello agota su obligación, si bien el evento sobrevenido es extraño para ambas partes, la frustración de la expectativa del *conductor* no puede cargarse sobre el *magister navis* que probablemente ha perdido la disposición de su nave, y, pensar que además pierda la *vectura*; es importante señalar que precisamente el secuestro de la nave o de su carga en un puerto intermedio es, en el comercio internacional actual, una típica causa de *force majeure* (cfr. *infra* 28), y no debió ser menos en el derecho romano, solo que la configuración del contrato en el caso particular implica una distribución del riesgo más refinada, así en D. 19, 2, 15, 6 se atribuye el riesgo de los eventos - sin duda constitutivos de *vis maior*- al *conductor*, por ello SCAEVOLA *respondit* que la *vectura* podía ser de todas maneras exigida pues los eventos son de aquellos que están fuera del control del *locator* que ha cumplido ya su obligación, el riesgo es pues para el *dominus mercium* y el *periculum* queda así distribuido con propiedad en el caso concreto, aunque si bien en las fuentes sobre transporte marítimo no se usa la expresión *periculum*.

Las decisiones mencionadas reflejan el problema de la exigibilidad de la *vectura*, por ende de la existencia de la obligación del *locator* en la *locatio mercis vehendarum*, o del *conductor* en la *locatio navis*, al pago de la contraprestación cuando eventos sobrevenidos no imputables a las partes frustran la expectativa de una de ellas; además señalan la dificultad para encuadrar dentro de una figura contractual típica la particular modalidad de las obligaciones convenidas y determinar el instrumento procesal idóneo para su respectiva tutela. En efecto, el *locator navis* no era responsable del éxito de la navegación y de la llegada de la *merx* a su destino, de manera que la suerte de esta estaba a cargo del *conductor* que en todo caso quedaba obligado y sólo podía utilizar su acción frente a un incumplimiento del *locator* en la puesta a disposición de la nave; mayor efectividad tenía la *actio ex locato* en caso de *locatio mercium vehendarum*, ya que la obligación del *conductor operis* era de resultado, además comprendía el

¹²³ Ulp. 71 *ad ed.* D. 19, 2, 15, 6: *Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperas, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vectura repeterere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.*

¹²⁴ Scaev. 7 *dig.* D. 19, 2, 61, 1: *Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensis Aquileiam navigaret oleis metretis tribus milibus impositis et frumenti modis octo milibus certa mercede: sed evenit, ut, onerata nave in ipsa provincia novem mensibus retinetur ut onus impositum commisso tolleretur. Quaesitum est, an vecturas quas convenit a conductore secundum locationem navis exigere possit. Respondit secundum ea quae proponeretur posse.*

¹²⁵ Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* ..., cit., 146 n. 64.

custodiam praestare, de este modo en caso de pérdida de la mercancía a él imputable quedaba obligado a resarcir el daño, pero si su incumplimiento no le era imputable perdía sólo la *vectura*. De importancia fundamental y que no puede olvidarse, es el hecho que la estructura del *iudicium bonae fidei* permitía siempre al juez tener en cuenta todos los matices de la relación y valorar conforme a equidad los distintos intereses de las partes.

6. Conclusiones del análisis romanístico.-

La elaboración jurisprudencial que se observa en algunos pasajes en materia de *emptio venditio* y de *locatio conductio* pone en evidencia en estos tipos contractuales la exigencia equitativa de distinguir las consecuencias, para afectos de la *aestimatio litis*, de los casos en que la imposibilidad del cumplimiento se atribuye a la conducta del deudor y los casos en que dicha imposibilidad no le es imputable (que en la doctrina civil moderna se refleja en las reglas *casum sentit creditor* y *casum sentit debitor*); así, emergieron las reglas para la resolución del contrato, en otras palabras, la eliminación de los efectos del contrato con la consiguiente restitución o la inexigibilidad de la prestación ejecutada. De esto se deducen apropiadamente dos aspectos: primero, la buena fe no permite que una parte en un contrato bilateral esté obligada a ejecutar una prestación que no se encuentra justificada en una contraprestación (fundamento objetivo de la resolución), o que la parte que no ejecuta su prestación pueda enriquecerse indebidamente de la contraprestación (esto se confirma en la regla, proveniente de otro contexto, *bono et aequo non conveniat aut lucrare aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*); y segundo, que en los distintos casos de imposibilidad de la prestación la cuestión está en determinar en qué medida sea tutelable la pretensión del actor mediante la acción contractual en estrecha relación con el contenido y la naturaleza de la obligación del demandado y las circunstancias causa del incumplimiento.

El conjunto de opiniones jurisprudenciales, aunque si resulta complejo determinar un proceso de construcción dogmática unitario, permite en todo caso señalar una *ratio* común: la necesidad de garantizar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el éxito de su expectativa, lo que implica una tutela objetiva en caso de no realizarse la causa sinalagmática incluso allí donde no hay responsabilidad del deudor, acorde con criterios típicos y en atención a cada singular obligación. Estos criterios se consolidaron mediante la valoración de las distintas situaciones y la jurisprudencia extendió su ámbito de aplicación a casos nuevos gracias a la analogía con casos resueltos y tutelados acorde con una determinada *ratio decidendi*, sin dejar de llegar a soluciones distintas cuando la estructura del caso presentara elementos diversos y contrastantes.

La casuística en materia de *remissio mercedis* parece estar fundamentada en una necesidad de tutela del interés del arrendador de fundo rústico en la percepción de los frutos, hecho relevante desde el punto de vista de la causa contractual; diversamente pasa en la *emptio venditio*, donde el interés tutelado como típicamente relevante para la causa sinalagmática es el de la pacífica y definitiva disponibilidad del bien principal. Por otra parte, el modelo de la *remissio mercedis* explicado fundamentalmente a partir de la distinción serviana citada por ULPiano en D. 19, 2, 15, 2, se muestra, en mi sentir, como elemento prístino en materia de gestión del riesgo contractual y la consecuente

adaptación de las prestaciones a la realidad que surge a causa de la *vis extraria* sobrevenida, una fuerza que debe ser siempre *cui resisti non potest* y por lo mismo no imputable a la parte que pretende excusarse del cumplimiento de su obligación; sin embargo, la incidencia del riesgo no supone solamente tal excusa, implica además la distribución equitativa de las cargas que cada parte debe asumir al interior de la relación obligatoria debido a esa misma problemática, en aras de la salvación del contrato si ello es todavía posible.

Actualmente, la *vis maior* es considerada una causa eximente de la responsabilidad, especialmente en los casos de la que llamamos imposibilidad sobrevenida absoluta de la prestación, y ha sido considerada también, en cierta medida, como elemento integrante de algunos modelos actuales para la gestión de los efectos de eventos sobrevenidos, en especial cuando estos no hacen absolutamente imposible la ejecución de la prestación sino que la hacen ‘excesivamente onerosa’ para quien debe cumplirla, siempre a causa de la incidencia de una *vis extraria* que, diríamos, ha generado un cambio en las circunstancias que gobernaban la relación obligatoria al momento de establecer las prestaciones, es decir, al momento de la celebración del contrato, y siempre que las partes no hayan pactado correr con las consecuencias de la circunstancia sobrevenida. Todo ello nos conduce a una problemática mayor: ¿qué debe ser considerado fundamentalmente, el hecho objetivo del cambio en las circunstancias iniciales?, ¿el evento que genera dicho cambio?, ¿la previsión o no que las partes tuvieron o debían tener del mismo?¹²⁶, ¿la resistibilidad o no del evento?, o que el cumplimiento sea excesivamente oneroso?, además, ¿cuál sería la *ratio* de esto, la buena fe en la ejecución de las obligaciones?, la voluntad de las partes que desean que las circunstancias permanezcan?, o la equidad que reprocha un desequilibrio en las prestaciones?, o todos estos aspectos forman parte de la misma problemática?, aunado a ello, ¿cuál debe ser la solución definitiva?, ¿la resolución del contrato?, ¿su revisión?, y quién debe estar autorizado para ello, ¿el juez?, ¿las partes?, ¿un tercero?; todo ello pertenece a la dimensión actual del problema de la revisión del contrato a causa de imposibilidad, específicamente aquella que incide siendo todavía posible el cumplimiento de la obligación pero en circunstancias que resultan evidentemente inicuas para la parte afectada respecto de aquellas que normalmente debían ser.

Corresponde ahora enunciar cuál fue la suerte de las reglas sobre el riesgo y la *vis maior* en la tradición medieval y el derecho común, observar los aspectos más relevantes en los que el fenómeno de la imposibilidad sobrevenida confluye históricamente con la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. Establecer dónde estuvo el desvío de la tradición, en una aparente contaminación de las reglas propias para la gestión de la imposibilidad sobrevenida, será el objeto de la reconstrucción crítica en las páginas que siguen.

¹²⁶ Acerca de la dificultad de identificar, en la vertiginosa actualidad, qué puede ser ‘imprevisible’ cfr. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 775.

7. *Casus cui prevederi non potest* y *vis cui resisti non potest*: La *materia periculi* en el sistema medieval.-

Como ha señalado un estudioso italiano, hay una tendencia difusa que sostiene deba privilegiarse la enseñanza de la historia contemporánea, el pasado próximo, cercano como es, sería más importante e idóneo para estimular el interés de los jóvenes; y esta argumentación, en general, es válida en lo que respecta a la historia política e institucional, pero no lo es para la historia del derecho. En efecto, no sólo el periodo antiguo, en particular el romano, sino también el periodo ‘intermedio’ entre antigüedad y edad moderna-contemporánea – que usualmente llamamos ‘medieval’-, tuvieron un papel de gran importancia en la historia del derecho, no en vano el vocabulario jurídico del que somos herederos¹²⁷.

Cuando el derecho romano renació en Bolonia, se difundió con una luz nueva y amplia en toda Europa, si bien las condiciones de los pueblos fuesen ciertamente distintas, la civilización que lo había desarrollado originariamente superaba en gran medida aquella de los pueblos en los que ahora estaba penetrando, esto permitió seguramente que el sistema medieval aceptara con facilidad las reglas romanas, en particular aquellas sobre las obligaciones -considerado que la disciplina de las obligaciones romanas ha sido la que más ha perdurado en la tradición secular-¹²⁸; no obstante esa aceptación, en efecto, el sistema medieval no renunció a su individualidad, por ello, el producto del nuevo descubrimiento tuvo sin duda una importante carga de la *Weltanschauung* de los nuevos intérpretes, que además debían tratar con las particulares condiciones de su tiempo y la necesidad de introducir nuevas relaciones de obligación con reglas propias, en especial para hacer frente a las nuevas exigencias del comercio¹²⁹. El derecho se manifestaba con multiplicidad y diversidad entre las distintas, villas, *gau*, *civitates*, no faltó un particularismo jurídico encaminado a impedir las influencias externas, sin embargo, la ductilidad del derecho, su fluidez y estructuras compactas favorecieron su adaptación a los nuevos tiempos¹³⁰.

La Escuela medieval comentaba la experiencia glosando los textos, de aquella registraba los momentos, de éstos planteaba la óptica, todo era filtrado a través de los tipos negociales recibidos de la Compilación¹³¹; se trata, parafraseando la terminología del análisis pictórico, de un hiato entre la sensualidad cromática del pensamiento del observador y sus necesidades científicas, entre la gravedad de la sustancia negocial y una enrarecida especulación lógico-matemática, entre presencia y sistema, entre el evento y la estructura del contrato¹³². Novedades de gran relevancia introducidas en los

¹²⁷ M. ASCHERI, *Il diritto dal tardo impero romano all'alto medioevo*, Torino, 2007, XIII.

¹²⁸ PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 1892-1903, ristampa, Bologna, 1965-66, IV, 611 ss.

¹²⁹ PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, cit., 449.

¹³⁰ Cfr. E. BESTA, *Fonti del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano sino ai tempi nostri*, 2° ed. ris., Milano, 1962, 13 ss.

¹³¹ S. CAPRIOLI, voz <Rescissione> (storia), en ED XXXIX, Milano, 1988, 941.

¹³² Argumentos a favor se encuentran en la *ratio* empleada por los *doctores* para la extensión del remedio rescisorio por *laesio enormis* también al comprador, una igualdad, si se quiere, geométrica, estuvo en la base de la simetría vendedor-comprador que amplió el ámbito de acción de la figura; en este sentido S. CAPRIOLI, voz <Rescissione> (storia), cit., 949 afirma que << la Scuola giungerà ad una simmetria che non lascia prevalere i verba sulla vis della norma; e commisurerà le prestazioni scambiate sugli effetti che esse hanno prodotto nei patrimoni: legittimato alla domanda di rescissione sarà perciò il venditore che risulti amittere nello scambio più che medietatem rei sue, il compratore che si trovi ad amittere più che medietatem pecunie sue; cioè il venditore che abbia alienato un bene il cui valore supera il doppio del

principios de las obligaciones se explican seguramente con la influencia del derecho canónico¹³³, que permitió la exaltación en el campo jurídico de los valores de la ética cristiana¹³⁴. En este sentido, para los medievales toda promesa debe ser mantenida, para que con esto se obligue más la palabra del hombre que la disposición de la ley; frente a la nueva concepción desaparecía en consecuencia la distinción entre contratos y pactos, comenzó a prevalecer así la centralidad y la suficiencia del nudo pacto¹³⁵. De gran importancia fue igualmente una concepción adicional, acorde con los preceptos evangélicos, conviene tener en cuenta sólo la intención de los contratantes de manera que ninguno de ellos resulte perjudicado por el rigor del derecho¹³⁶; fue necesario entonces mitigar el rigor del *strictum ius* suprimiendo la distinción entre contratos de derecho estricto y contratos de buena fe¹³⁷, la justificación de la operación interpretativa encontró su base en la emblemática noción de equidad de los doctores medievales, que en todo contrato llamaba a los jueces a servirse de las exigencias de una buena fe correctiva, una *aequitas* distinta a la romana, pero que en todo caso *in omnes contractus servanda*, para corregir toda máxima *iniquitas*¹³⁸. Que en el sistema iniciaba a circular

corrispettivo ricevuto, il compratore che abbia pagato un prezzo che supera il doppio del valore della cosa ricevuta...>>; esta será la interpretación aparentemente iniciada por Martino y que encontrará oposición pues el rescripto se refiere a la mitad y no al doble. Pero hablar de simetría no basta, la Escuela no fue acorde en modular esa igualdad, y en atención a requerimientos contrarios fue constreñida en el debate a construir con rigor el instituto y a darle una interpretación menos ingenua.

¹³³ Acerca de la presencia jurídica de la Iglesia a partir del siglo XIII en adelante, las ilustrativas páginas de P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004, 115 ss., se trata del llamado derecho canónico clásico, momento de aguda consciencia, de construcciones dogmáticas, de definiciones, de manifestación plena y madura.

¹³⁴ Y no habría sido de otra forma, la aproximación al conocimiento por parte de los medievales estaba precedida del *timor Domini*, *initium* de toda sabiduría (Prov. 1: 7 *Initium sapientiae timor Domini*).

¹³⁵ *Summa ad c. 1 y 3 X. de pactis* (l. 25): *Pacta quantumcumque nuda servanda sunt*; BALDUS, *De Pactis* n. 18, 33; B. STRACCA, *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium auctorum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, Ludgduni, 1610 reestampa, Bottega d'Erasmus 1971, de contrat. Mekan. N. 1 con cita de Baldo y Bartolo: Ansaldo, *De comm. Disc.* 34 num. 12; DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Neapoli: ex typographia Lucae Laurentii, 1758, *de credito disc.* 74: << *Etiam ex pacto nudo competit actio inter negotiatores inter quos non attenduntur iuris apices, - quoniam inter eos proceditur de bono et aequo. Et demum de iure novo cessat difficultas, attenda aequitate canonica, per quam etiam ex pacto nudo actio competit* >>.

¹³⁶ Cfr. *Thess.* I, 4,6: <<...que ninguno agravié ni engañe en nada a su hermano; porque el Señor es vengador de todo esto...>>; cfr. también J. NIDER, *Compendiosus tractatus de contractibus mercatorum* en *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium auctorum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, cit., 617 num. 11: << *Omnia talia prohibet Apostolus d.c.I. ad Thess.4, Haec est voluntas Dei: ne quis circumveniat, ne superegre diatur in negotio fratre suum* >>.

¹³⁷ << *Ego puto, quod de aequitate canonica omnes contractus mundi sunt bonae fidei, non quantum ad titulum actionis, sed quo ad mentem et substantiam intentionis* >>: BALDUS, en c. 9 *de plus petit*.

¹³⁸ Vide J. NIDER, *Compendiosus tractatus de contractibus mercatorum* en *De Mercatura Decisiones cap. I*, 532, 617 num. 9: << *Cum tam secundum Theologos quam per Philosophos in omni contractu aequalitas debeat servari. Et autem aequalitas nihil aliud quam aestimatio mutua voluntaria bona fide facta: qua nec intenditur inaequalitas, nec inesse cognoscitur* >>; vide acerca del punto, L. MAGGIO, *La epieikeia aristotélica y la equidad romana*, en *Prudentia iuris* 35 (1994), 138-139. El lenguaje era el mismo, bastaba solamente dar un contenido espiritual a los hechos invocados por los civilistas, y así fue: la equidad canónica constituyó el edificio que nació de las piedras acumuladas por los boloñeses, piedras cimentadas y compuestas en una arquitectura compleja que las transfigura por completo. La equidad canónica toma para su construcción estímulos y materiales provenientes del análisis jurídico laico pero los desnaturaliza según sus finalidades típicas: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 213. Se trata de la que F. SCHULZ, *Principles of roman law*, Clarendon Press, Oxford, 1936, 210, llamó: humanización del derecho privado bajo la influencia del sentimiento cristiano, sentimiento que reclama la

una fuerza nueva: la *aequitas*, y que la doctrina era consciente de ello, lo prueban las fuentes¹³⁹; pero, en realidad, la cuestión de la equidad tiene un alcance todavía mayor y raíces más profundas, hasta que el problema no se trató desde el punto de vista de la sola técnica hermenéutica, fue siempre un enigma, o quedó reducido a mero canon de interpretación, hasta el momento en que se manifestó como correctivo benigno del *rigor iuris*¹⁴⁰.

No hay duda que la doctrina medieval merece aun mayor atención, al margen de si la historiografía jurídica está en mora de adelantar mayores estudios sobre ese periodo de tiempo en el que surgieron las universidades y renació el estudio del *ius*, llamado comúnmente ‘derecho intermedio’¹⁴¹, lo cierto es que el estudio del riesgo contractual en el sistema medieval presenta una gran dificultad, no solo porque en el derecho romano no se encuentra fácilmente enunciado un principio general para el riesgo en las obligaciones, sino también por la amplitud de los debates en la doctrina medieval al respecto¹⁴²; todo ese material fue filtrado por la sistemática de la pandectística y por la Codificación en pocas reglas generales, el producto de esa filtración de la tradición precedente, en especial en materia de *periculum*, integra la teoría moderna del riesgo contractual, sin embargo, la experiencia medieval en ámbito de riesgo está lejos de ser explicada simplemente a partir de los axiomas *res perit domino, res perit creditori o res perit debitori*¹⁴³.

§ 1. *Periculum* en la tradición precedente, en especial sobre la influencia del derecho germánico.-

En la doctrina medieval el término *periculum* indica en general el daño causado por dolo, culpa o fatalidad (Cujas a D. 19, 5, 17 y 47, 2, 79), y las fuentes alto medievales señalan tan solo sutilmente las características que el riesgo asumía en los distintos tipos contractuales a la luz de cada específica estructura negocial. Quizás producto de las alteraciones justinianeas, ya en el alto medioevo el límite entre riesgo y responsabilidad contractual se hizo más sutil, esto hacía que las cuestiones de riesgo se resolvieran fácilmente en un problema de responsabilidad, o de liberación de ésta, a causa de

unidad entre los seres humanos, el deber y la necesidad de ayudar al débil. Sobre la tensión entre *aequitas* y *strictum ius*, vide M. ASCHERI, *Lezioni di storia del diritto nel medioevo*, Torino, 2007, 147.

¹³⁹ En este sentido, bajo la autoridad de F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune* (ristampa), Milano 1970, 166 ss., quien además se pregunta << che cosa è l'*aequitas*, che nelle glosse, nei commentari, nei trattati cozza a ogni istante col dettato delle leggi? Problema, che il giurista medievale sente fino alla sofferenza; attorno al quale, oggi, il ricostruttore si aggira perplesso >>.

¹⁴⁰ F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, cit., 166 ss.

¹⁴¹ Cfr. I. BIROCCHI, voz <<*Rischio*>> (dir. interm.), en ED XL, Milano, 1989, 1133.

¹⁴² Que no se encuentre en las fuentes un principio expreso en materia, lo único que indica es sólo una dificultad para su búsqueda: v. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 78 ss. Pretender encontrar una definición completa e inequívoca de la noción de caso fortuito en el pensamiento de los glosadores, sería una empresa vana, así como lo sería la pretendida reconstrucción unitaria de la concepción medieval del *casus*: cfr. D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milano, 1957, 11.

¹⁴³ I. BIROCCHI, voz <<*Rischio*>> (dir. interm.), cit., 1133, señala que se trata de un mito, el de la búsqueda de un único principio regulador que, alimentado por la previsión de disposiciones generales como aquellas contenidas sea en los códigos iusnaturalistas sea en el BGB, han orientado la doctrina hacia “ilusiones metafísicas”.

eventos fortuitos¹⁴⁴; este es el problema que está en la base de la moderna teoría del riesgo contractual, que se cuestiona sobre la responsabilidad del deudor por el equivalente o la obligación del acreedor al cumplimiento de la contraprestación¹⁴⁵. Será la escuela de bolonia la que planteará una aproximación teórica al problema del riesgo, durante el periodo precedente no se encuentra una disciplina del riesgo por eventos fortuitos en los principales contratos, además, la fusión de distintos institutos bajo un concepto genérico como el de *res praestita* complica aun más la tarea de identificar fundamentos ciertos¹⁴⁶.

En época precedente, diríamos alto medioevo, si bien la resistencia del derecho germánico a la recepción de las reglas romanas, no pudo permanecer totalmente aferrado a su propia tradición, y dio paso a un complejo producto entre *ius nativum* y *ius receptum*. Es por esto que la unidad del derecho germánico no puede ser sino hipotética, como hipotético resultaría cualquier intento reconstructivo¹⁴⁷. Al margen de este argumento, interesa observar que en los pueblos germánicos, tanto en ámbito civil como penal, se procedía con extremo rigor al valorar la responsabilidad de un individuo cada vez que se produjera un daño, en efecto, estas reglas eran más severas que las romanas: cuando un contratante detentaba una cosa ajena en beneficio propio, era responsable no solo de la pérdida o deterioro a él imputables, sino también de los eventos fortuitos. Estos principios encontraron aplicación también en el depósito y en el comodato, pero no sin modificaciones que evocan los textos romanos. En cuanto al depósito, en las fuentes bárbaras se observa cómo el depositario que no recibe precio alguno por la custodia de la cosa ajena, no responde sino de su negligencia en el cumplimiento del encargo, en cambio, aquel que sí recibe contraprestación, es responsable incluso de eventos fortuitos¹⁴⁸; el rigor aumentaba en caso de robo de la cosa, en efecto, en este caso no se distinguía si el depósito era gratuito o remunerado, esto porque seguramente se consideraba que el robo se producía debido a la falta de suficiente cura en la custodia por parte del depositario, cura que derivaba del contrato mismo. De la misma forma se presumía la negligencia del depositario cuando amenazadas sus cosas y las ajenas por un peligro como la inundación o el incendio, se salvaran las suyas y se perdieran las otras¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Esta es una perspectiva que se extiende a la doctrina moderna: cfr. BETTI, *Problemi*, en *Ius*, 1954, 333.

¹⁴⁵ I. BIROCCHI, voz <<*Rischio*>> (dir. interm.), cit., 1134.

¹⁴⁶ Cfr. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, 220 ss.; FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, en *Ius Romanum Medii Aevi*, Mediolani, 1974, pt. 2 29 ss.; VISMARA, *La prassi giuridica altomedievale*, en *Labeo*, XXII, 1976, 102.

¹⁴⁷ E. BESTA, *Fonti del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano sino ai tempi nostri*, cit., 13 ss.

¹⁴⁸ *Lex Romana Visigothorum* V, 5, 1: Si cualquiera debe la custodia de un caballo, o un buey, o un animal de cualquier tipo, a cambio de una cierta suma de dinero, si el animal muere, él dará algo igual a su valor; si la suma acordada era para la sola custodia del animal, o para el uso del mismo. Pero si quien tenía a cargo el animal no acordó recibir ninguna compensación, y debe demostrar que el animal estaba muerto, él no recibirá compensación, y nada se requerirá de él, por esta razón; cuando quien tenía a cargo el animal ha establecido por juramento que su muerte no era debida a su culpa o negligencia, ninguna obligación lo atará por lo mismo. La misma regla aplicará a propiedad que se ha prestado.

¹⁴⁹ *Lex Romana Visigothorum* V, 5, 3: Si cualquier oro, plata, ornamentos, o dinero que se han confiado a cualquiera en custodia o para ser vendidos, hallan de perderse o consumirse por el fuego, junto con la propiedad o la casa de quien los tenía a cargo, si el último da testigos, y una declaración escrita que especifique la propiedad que ha sido perdida, y jura que nada se ha salvado, él no incurrirá en la obligación, salvo el oro y la plata que no puede quemarse. Y si cualquier persona, mientras la casa se estaba quemando, bajo el pretexto de permitirse la ayuda, se apropie de cualquier cosa, el dueño hará la

Ahora bien, estos principios parecieron excesivos a los comentaristas de las leyes longobardas, y mientras unos los aplicaron estrictamente incluso a otros contratos, la mayor parte de los autores se dedicó a restringir en lo posible su aplicación; en este sentido no sólo se excluyó la aplicación para cualquier otro caso distinto del hurto, sino que se limitó al hurto mismo causado a hombres de la región longobarda y al depósito remunerado, junto con otros casos en los que también el derecho romano aumentaba la responsabilidad ordinaria¹⁵⁰. No faltó quien pretendiera sustituir completamente las reglas romanas que prevalecieron también en la época de la Compilación, de este modo algunos autores encontraron la vía para conciliar los principios romanos y los germánicos imaginando una culpa levisima al puesto del *casus* allí donde también el derecho germánico obligaba a responder, como en el depósito remunerado¹⁵¹. Las mismas reglas debieron seguramente valer también para el comodato, donde el comodatario, al obtener para sí toda la ventaja del contrato, debía responder del caso fortuito, sin embargo, razones de equidad natural llevaron a su exoneración cuando recibido en préstamo un animal, el caso fortuito que lo destruyó lo hubiera hecho igualmente en manos del comodante, todo esto con el fin de que no se convirtiera en fuente de daño aquello que esperaba le produjese un beneficio¹⁵².

En materia de compraventa, es probable que el impacto del derecho germánico en la tradición romana haya producido una modificación en su estructura, transformándola en contrato real¹⁵³, acorde con este cambio hay indicios de una regla de *periculum* que se separa de aquella de los textos justinianos¹⁵⁴; en particular un pasaje de la *Summa Perusina* (ad C. 4, 48, 2) pone el riesgo a cargo del vendedor luego de la celebración del

pregunta diligente, y, si descubrió, el culpable pagará cuatro veces el valor del artículo robado; y si cualquiera de la propiedad que se ha prestado deba encontrarse, se restituirá en seguida al dueño. Si se demuestra que el artículo en cuestión fue robado, un tiempo razonable se concederá para la persecución y arresto del ladrón; y si lo capturan, le obligarán a que restaure al dueño original la propiedad del último, y cualquier cosa puede obtenerse del ladrón, pertenezca a él o a quien la propiedad robada fue confiada. Pero si el ladrón no deba arrestarse dentro del tiempo designado, una suma igual a la mitad el valor de la propiedad prestada o contratada, se pagará al dueño por parte de quien tenía a cargo la misma, para que la pérdida pueda llevarse igualmente por ambos. Si, como consecuencia, el dueño de la propiedad halla de encontrarla en la posesión de aquel a quien fue confiada, y que había declarado que se había perdido o robado, cuando, de hecho, había sido fraudulentamente disimulado por él, sufrirá la multa para el robo como prescrito por la ley. Cfr. AZONIS, *Summa cod. IV, Depositum* n. 27.

¹⁵⁰ Cfr. D. 16, 3, 1, 35; D. 47, 2, 53, 3.

¹⁵¹ AZONIS, *Summa cod., de locato et cond.* N. 15.

¹⁵² Vide *amplius* PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Imperio romano alla codificazione*, cit., 613 ss.

¹⁵³ BENEDETTO, voz <<Vendita>> (dir. inter.), en NNDI XX, 1975, 601. En el derecho romano el esquema de la *emptio-venditio* se formó en edad clásica con lineamientos que correspondían a un alto grado de desarrollo económico del imperio y a la refinada elaboración jurídica de la época, la compraventa era un contrato consensual mediante el cual el vendedor promería ceder la cosa al comprador (*praestare emptori rem habere licere*) a cambio de la promesa del pago de un precio; del contrato derivaban sólo derechos personales, no era traslativo de la propiedad ya que según uno de los principios fundamentales del derecho romano ésta se adquiría solamente *traditionibus et usucapionibus*. Sin embargo, en los últimos tiempos de la *pars occidentalis* del imperio se observan síntomas de una tendencia a alterar el principio, bien con la creación de excepciones, bien con la introducción de mecanismos para evitar la necesaria *traditio* (cfr. C. 1, 2, 23): vide *amplius* LEICHT, *Storia del diritto italiano*, I, p. III *Le obbligazioni*, Milano, 1948, 112 ss.; cfr. *Lex Romana Burgundionum* 35, 2: *Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta; si vero post possessionem dierum aut mensium praecaria fuerit subsecuta, ut ille iterum rem videatur possidere, qui vindedit, documenti professio firmitatem praecariae possessionis obteneat.*

¹⁵⁴ I. BIROCCHI, voz <<Rischio>> (dir. interm.), cit., 1134.

contrato y hasta el momento de la entrega de la cosa¹⁵⁵. En general, la distribución del riesgo estaba ligada a la ventaja que las partes obtenían de la relación contractual¹⁵⁶.

Como se observa, se trata de un ámbito distante al de las fuentes romanas en materia de riesgo, sin duda nos encontramos frente a una sociedad en la que el peligro de verse despojados de la cosa propia imponía una responsabilidad severa a quien aceptara custodiarla o usarla para luego restituirla; la casuística de las fuentes son testimonio de un esfuerzo dirigido a asegurar las distintas formas de *periculum* a las que una cosa *in obligatione* podía verse expuesta¹⁵⁷.

§ 2. *Periculum* en la interpretación de la glosa.-

Si bien los medievales extraen de dos pasajes del Digesto¹⁵⁸ las nociones de *casus fortuitus* como evento imprevisible y de *vis maior* como evento irresistible, no se encuentra, sino aislada, alguna interpretación que induzca a pensar en una distinción consiente entre *casus fortuitus* y *vis maior*, las dos expresiones, quizás ya desde los juristas romanos, van empleadas indistintamente¹⁵⁹. En efecto, lo único que resulta posible afirmar es que el sistema medieval no ofrece una definición del *casus* o de la fuerza mayor, así como tampoco existen argumentos para pensar en una distinción entre ellas, de este modo, acorde con la tradición romanista, *casus fortuitus* y *vis maior* eran consideradas como *iustae causae* de la llamada imposibilidad por incumplimiento¹⁶⁰.

Los intérpretes glosadores traerían una nueva luz en materia de riesgo contractual, para ellos, el derecho justiniano contenía en sí un rompecabezas que para su concepción, quizás históricamente no tan aguda pero fundada en bases lógicas consistentes, debía ser resuelto¹⁶¹. Piénsese por ejemplo en las distintas soluciones que ofrecen las fuentes en caso de obligaciones de dar en los contratos innominados, a propósito del perecimiento de la cosa que el contratante-deudor habría debido entregar

¹⁵⁵ ARNÒ, *La Const. 2 Cod. 4, 48 nella <<Summa Perusina>>*, en *Arch. giur.*, 1902, IX, 429 ss. considera el texto de la *Summa Perusina* como indicio de la persistencia de una regla del *periculum venditoris*, vigente en época pre-justiniana; en contra BIROCCHI, voz <<*Rischio*>> (dir. interm.), cit., 1135, para quien los presupuestos de Arnò << non hanno avuto seguito e, in effetti, pare più appropriato considerare il passo della *Summa Perusina* come un indizio della trasformazione della compravendita >>.

¹⁵⁶ PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Imperio romano alla codificazione*, cit., 611.

¹⁵⁷ Cfr. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Torino-Firenze, 1909, 315 ss.

¹⁵⁸ D. 50, 8, 2, 7 y D. 19, 2, 15, 2.

¹⁵⁹ Cfr. *amplius* D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, cit., 14 ss.

¹⁶⁰ El uso de las dos expresiones en las fuentes medievales no es uniforme, se procede por definiciones y distinciones que con el pasar del tiempo serán más sutiles; unas veces se habla de << *casus fortuitus et vis maior item fatalitas* >> (FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, IV, 23. *De commodato*, § 6, 96), otras de << *vis maior et casus fortuitus et rei interitus* >> (FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, cit., IV, 24. *De pignoratitia actione*, § 4, 97), o de << *vis maior vel alia iusta causa* >> (FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, cit., IV, 57. *De locato*, § 8, 133), avanzando de esta manera una concepción objetiva de las dos nociones a la luz de su efecto liberatorio de la responsabilidad por incumplimiento, y así llegará a los Códigos.

¹⁶¹ Cuestionamientos iniciales y convenientes se plantea D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, cit., 12: ¿tuvieron los glosadores una concepción particular del caso fortuito? ¿se preocuparon por analizar el concepto en sentido jurídico, en especial en relación con la disciplina de las obligaciones? ¿fijaron sus características y componentes esenciales? ¿observaron, en últimas, en las expresiones *casus fortuitus*, *vis maior*, *fatalitas* y otras similares, conceptos distintos? ¿o las usaron indistintamente según las encontraban en las fuentes y las emplearon como sinónimos?

como contraprestación: las fuentes oscilan entre una solución que atribuye el *periculum* al acreedor de la prestación hecha imposible, y otra que, por el contrario, concede a quien hubiese ya ejecutado su prestación, el derecho de *repetere*¹⁶². También en materia de riesgo los glosadores desarrollaron una labor que en sentido lato puede definirse de sistematización, pero no de elaboración de teorías o principios generales; los intérpretes, en la tarea de comprensión y relación entre sí de las fuentes, llegaban a formas de síntesis a menudo originales¹⁶³, un ejemplo se encuentra en las consideraciones acerca del perfeccionamiento del contrato de compraventa (*emptio perfecta*), que constituía el momento determinante para la atribución del riesgo (cfr. D. 18, 6, 8 pr.). En cuanto a dicho perfeccionamiento se abrió camino una elaboración completada en la Glosa y retomada luego sin solución de continuidad hasta el siglo XVIII, según la cual en la compraventa se observan tres grados de perfeccionamiento: 1. El acuerdo sobre los elementos fundamentales del contrato, a partir del cual las partes no pueden ya *discedere*; 2. El traspaso del riesgo por pérdida de la cosa cuando la obligación no es condicional; 3. La ejecución de la obligación de dar (*traditio*) [ACCURSIO, gl. *post perfectam* a C. 4, 48, 1 *de periculo et commodo rei venditae, l. post perfectam.*].

§ 3. La tipicidad del sistema de las fuentes, en particular sobre la *locatio conductio* y la *emptio venditio*. Relevancia de la *natura contractus*.-

La Escuela trabajaba sobre un sistema contractual del cual percibían con sutileza el aspecto de la tipicidad, por esto no se encuentran teorías generales sobre el riesgo, los intérpretes medievales indagaban más bien en la *natura contractus* que en los principios que las fuentes establecían para cada singular negocio; de este modo, cuando se afirma que el principio general *res perit domino* se encuentra en la Glosa, se extrapolan detalles de la interpretación medieval a los que se atribuye un significado inexacto [ACCURSIO, gl. *alieno* a C. 4, 2, 11, *si certum petatur, l. incendium*, y gl. *pignus* a C. 4, 24, 9, *de act. pign., l. pignus*].

En cuanto al contrato de compraventa las reflexiones giran alrededor de la regla *periculum emptoris*, que ponía el riesgo a cargo del comprador desde el momento del perfeccionamiento del contrato; de este modo, la glosa, sobre la línea interpretativa precedente, señaló nueve condiciones para la operatividad de la regla [ACCURSIO, gl. *statim* a I. 3, 23, 3, *de empt. et vend., § cum autem*], que encontraba excepción, entre otras, en caso de expropiación del fundo, a partir de la interpretación del fragmento de AFRICANO en D. 19, 2, 33 que atribuía el riesgo al vendedor mediante una aproximación con las reglas de la *locatio* (cfr. *supra* 4 § 2). La interpretación que justificaba el riesgo a cargo del vendedor en caso de expropiación como una excepción a la regla general no fue pacífica, algunos autores señalaban una culpa del vendedor, otros, en particular BALDO, buscaban armonizar las dos posiciones¹⁶⁴. Por otra parte,

¹⁶² BETTI, *Problemi...*, en *Ius*, 1954, 333 ss.

¹⁶³ I. BIROCCHI, voz <<*Rischio*>> (dir. interm.), cit., 1136.

¹⁶⁴ *No. ex hac l. In principio, quod requiratur ad hoc ut emptio dicat perfecta, et gl. Hic sub verbo, periculo, ponit iura ponat lex, iste quod dicunt (...) hic regulam, perfecto periculo est emptoris ad ista perfectione requirit (...) et adverte, triplex est perfectio. Prima est, qui est locus prix nec distinguitur pute, vel sub conditione. Secunda perfectio est, quia nascitur obligatio et transit periculum, ut hic. Tertia et ultima quia est ventum ad executione facti, et ista producit hunc effectum quia non possit solo dissensu recedi, nisi interveniat actus retrosimilis: BALDI UBALDI, *Commentaria in quartum & quintum Codicis**

respecto de los dos fragmentos de PAULO en D. 18, 6, 13 (12) y eod. 15 (14) (cfr. *supra* 1 § 3) en los que el jurista posclásico atribuía el riesgo al vendedor cuando las cosas aún no *traditi* pero expuestas ya en la vía pública, hubieran sido destruidas por orden de los ediles, la glosa en este caso concebía el supuesto como una venta de género, y por ende el riesgo correspondía al vendedor hasta el momento de la exacta determinación de la cosa [ACCURSIO, gl. *lectos emptos* a D. 18, 6, 13 (12), *de periculo et commodo rei venditae, l. lectos.*] Al margen de los detalles sobre la elaboración medieval del riesgo en la compraventa, debe resaltarse la aproximación de la doctrina frente a la regla *periculum emptoris*, en efecto, en aras de evitar una excesiva severidad del principio que ponía a cargo del comprador el riesgo incluso antes de tener la disposición material de la cosa, los intérpretes desarrollaron la teoría de la custodia y de la responsabilidad por culpa levisima del vendedor¹⁶⁵. De esta manera, oscilando entre los límites del riesgo y de la responsabilidad, se atenuó la distancia entre las posibles soluciones para la atribución del riesgo en la venta, al acto del perfeccionamiento del contrato o al momento de la *traditio*.¹⁶⁶

Para la *locatio rei* valía la regla según la cual si el caso fortuito impedía el goce de la cosa (*uti frui licere*), el riesgo era para el *locator*, que perdía el derecho a exigir la contraprestación, considerado el sinalagma *merces-uti frui* (cfr. *supra* 2 § 3). Ya desde la época de los primeros glosadores se presentaron discusiones acerca de la aplicación del principio en la locación de fundo rústico, en particular su exclusión en ámbito de *colonia partiaria*, como se había establecido en el derecho romano. Las discusiones giran alrededor del significado de *sterilitas*: unos hablaban de *sterilitas* cuando la cosecha no superaba las semillas plantadas, otros en cambio opinaban que la determinación de la *sterilitas* debía hacerse acorde con la costumbre; en todo caso, la *sterilitas* de un único año producía sólo el efecto de la dilación en el pago del canon ya que para la *remissio* de éste resultaba necesario considerar la eventual compensación de los otros años de *ubertas*¹⁶⁷.

lib. Summo studio & labore collatis vetustissimis exemplaribus innumeris prope mendis purgata - Adnotationibus insuper Doctissimorum Iurisconsultorum illustrata. Communes opiniones ab authore citatae hoc signo praenotantur. - Lugdvni, 1585, a C. 4, 48, 6 pr., num. 1 et 3, fol. 138.

¹⁶⁵ TALAMANCA, voz <<Colpa>> (dir. rom. e inter.), en ED, VII, 517 ss.

¹⁶⁶ I. BIROCCI, voz <<Rischio>> (dir. interm.), cit., 1137.

¹⁶⁷ A partir de la lectura de D. 19, 2, 25, 6 y D. 19, 2, 15, 4 los medievales establecieron una disciplina para la remisión del cánón en caso de pérdida de los frutos, del sinalagma *merces-uti frui* se derivaba en general que la remisión del cánón procedía cuando el *casus* hubiese afectado el goce de la cosa misma. Los glosadores civilistas y canonistas se empeñaron en tratar esta problemática, pero, ¿cuándo podía hablarse de una disminución tal del goce que produjese el efecto de la remisión? ¿cuáles eran los criterios para determinar la *sterilitas* del fundo en el año considerado? ¿cuándo podía hablarse de compensación entre *sterilitas* actual y cosecha abundante (*ubertas*) de los años precedentes o posteriores?: a estos cuestionamientos responde el profundo y autorizado estudio de D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, cit., 72 ss. La cuestión que se plantean los glosadores es acerca de la definición de *sterilitas*, del momento en que ésta se produce y tiene como consecuencia una pérdida tal de los frutos que supone la remisión; unas veces se habla de *sterilitas* siempre que el *conductor* << non percipit ultra semen >>, otras veces la determinación se deja a la *consuetudo* del lugar. ¿Cómo se resuelve el binomio *sterilitas-ubertas*? ¿cuál es el criterio para determinar la *ubertas*?, esto es, ¿cuándo podrá afirmarse que la *sterilitas* de un año se compensa con la *ubertas* de los otros? Para unos la compensación se daba cuando el *conductor* << bis tantum habuit, quam solitus erat habere: ut si solitus erat habere viginti, habet quadraginta >>, para otros la *remissio* no tenía lugar cuando el *conductor* << tantum habuit in sequenti, quanti compensatione facta, neuter annus dicatur sterilis >> (cfr. AZONIS, *Summa*, rub. *De locato et conducto*, num. 35, Venetiis, 1584, col. 459).

Cuando el periodo de la Glosa llegaba a su fin, comenzaron a ser objeto de estudio, a medida que se formaban, las cinco compilaciones de *Decretales* que antecedieron a la colección oficial hecha por Gregorio IX¹⁶⁸. Ya en las *decretales* (III, 18, 3) de Gregorio IX se encuentra una disposición en la que el Papa ordena, sobrevenida una *sterilitas, vitio rei, sine culpa coloni seu casu fortuito*, que pueda hacerse remisión pro rata del canon a los colonos de las iglesias que habían soportado un *magnum incommodum*; en la Glosa a las *decretales* se observa la discusión de la doctrina acerca del *magnum damnum* que podía justificar la disminución. Estos gérmenes existentes ya en el derecho canónico fueron retomados y desarrollados por BARTOLO, que afirmó el derecho del *conductor* de fundo rústico a la disminución del canon por fuerza mayor¹⁶⁹. Numerosas excepciones a la regla de *remissio mercedis* en caso de esterilidad del fundo fueron introducidas por los comentaristas, mientras que a partir de BARTOLO se consolidó la doctrina que veía en la *sterilitas* la pérdida de más de la mitad del valor de los frutos que normalmente se obtenían¹⁷⁰.

En cuanto a la locación de servicios se dieron dos tendencias: la primera, liderada por IRNERIO y consagrada en la Glosa, afirmaba que cada una de las partes debía soportar el riesgo relacionado con su propia esfera de control; la segunda, encabezada por AZÓN, atribuía en general todos los riesgos al acreedor (*periculum creditoris*)¹⁷¹. Por su parte, en la *locatio operis* el riesgo se ponía fundamentalmente a cargo del *locator*; la Glosa especificó que la medida de la *merces* se debía en proporción al trabajo realizado hasta el momento de la pérdida o destrucción de la cosa, y que aun mediando cláusula de aprobación el riesgo era para el *locator* [ACCURSIO, gl. *ad locatorem* a D. 19, 2, 37, *locati conducti, l. si priusquam*].

§ 4. En particular sobre la elaboración de los comentaristas: distribución del riesgo y *natura contractus*.-

La problemática del riesgo ofrecía a los intérpretes una infinita serie de cuestiones, empero, una nueva manera de afrontar el problema se presentará en los comentaristas. En efecto, la elaboración precedente giraba alrededor de un complejo sistema de reglas y excepciones para tratar el *periculum* en la venta y la locación – contratos estos sobre los que se basaba la cuestión interpretativa del riesgo-, pero la disciplina parecía opuesta, mientras en la compraventa el riesgo se transfería al comprador antes que se hiciera propietario de la cosa mediante la *traditio* (*debitor speciei interitu liberatur*), en algunos tipos de *locatio* el riesgo estaba a cargo del propietario-arrendador (*res perit domino*). Estos dos principios no fueron desconocidos para los glosadores antes de ser empleados por los comentaristas, y luego, en el marco de un nuevo sistema contractual,

¹⁶⁸ Con la publicación de las *Decretales* de Gregorio IX, el Decreto de Graciano, si bien siguió formando parte de la enseñanza ordinaria, dejó de formar parte del fulcro de la cultura canonista; la atención se puso entonces sobre la legislación pontificia más reciente: v. E. BESTA, *Fonti del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano sino ai tempi nostri*, cit., 154 ss.

¹⁶⁹ P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, III, cit., 131 ss.

¹⁷⁰ I. BIROCCHI, op. cit., 1138, con cita de DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main, 1960, 209 ss.

¹⁷¹ I. BIROCCHI, op. cit., 1138 con cita de RÜCKERT, *Vom casus zur Unmöglichkeit und von der Sphäre zum Synallagma*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1984, 52.

por la escuela culta y el iusnaturalismo¹⁷². En todo caso, estos principios no fueron aplicados con rigor ni tampoco constituyeron la clave interpretativa del problema del riesgo¹⁷³.

Frente a la contrastante disciplina del riesgo entre la compraventa y la locación, BALDO, enfatizando en la *emptio-venditio*, señalaba que cuando se vendía alguna cosa <<*quod est in potestate emptoris consequi agendo, et tunc periculum est suum, interdum non est in potestate eius illud consequi, et tunc periculum non est suum*>>¹⁷⁴, este criterio, en la opinión del comentarista medieval, se aplicaba igualmente a la *locatio*: <<*et ista ratio potest assignari in locatione: quia non potest conductor habere fructus interim, sed solam patientiam domini. Fructibus vero separatis ab agro, omne periculum esset coloni*>>¹⁷⁵. De esta manera el medieval podía concluir la regla <<*periculum quod contigit ex natura contractus, vel ex natura personarum, semper sequitur emptorem scientiam quantitatem rerum et qualitatem personarum*>>¹⁷⁶, se trata de una solución en clave subjetiva, para decidir sobre el traspaso del riesgo el jurista medieval acentúa el momento en que la parte adquiere la *potestas* de obtener la cosa y, en últimas, el momento en que el sujeto conoce el contenido de la obligación. BALDO observa la cuestión del riesgo en la compraventa a la luz de la bilateralidad de las obligaciones¹⁷⁷, así, la situación que surgía de la liberación del vendedor a causa de la pérdida o destrucción de la *species*, y la permanencia de la obligación para el comprador de pagar el precio, solicitaba una explicación que justificara la distinta suerte de las obligaciones; sin embargo, el medieval no suministra una *ratio* de la regla que establecía la resolución sólo respecto del vendedor, tan solo se limita a registrar el problema quizás porque su interpretación está todavía basada en la búsqueda de la *natura contractus*¹⁷⁸.

§ 5. Enunciación de la regla del riesgo.-

Ahora bien, una regla se encuentra indudablemente afirmada: <<*casus fortuitus et vis maior item fatalitas non prestatur*>>, salvo que halla *pacto speciali* o *culpa* de la parte que alega la excusa, siempre que a la luz de la naturaleza del contrato, dicha parte *minuire possit*¹⁷⁹. Que el deudor no sea considerado responsable cuando la prestación se

¹⁷² Vide *amplius* LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli, 1893, 382 ss.

¹⁷³ I. BIROCCHI, *op. cit.*, 1138.

¹⁷⁴ BALDI UBALDI, *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib.*, cit., a C. 4, 48 rub. 8, fol. 142.

¹⁷⁵ BALDI UBALDI, *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib.*, cit., a C. 4, 48 rub. 8, fol. 142.

¹⁷⁶ BALDI UBALDI, *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib.*, cit., a C. 4, 48 rub. 9, fol. 142.

¹⁷⁷ *Interdum tollitur contractus: et tunc potest tolli, qui non tollatur hinc inde, et ita loquitur in contrarium. Interdum non tollitur contractus, sed altera obligatio evanescit secundum naturam contractus, puta per interitum, vel per solutionem, vel etiam per pactum, et non tollitur contractus, et remanet obligatio in altero extremo, in quo non reperitur causa obligationis tollendae*: BALDI UBALDI, *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib.*, cit., a C. 4, 48, 6, de *per. et comm. rei venditae, l. mortis*, fol. 143.

¹⁷⁸ La tratación de la noción de *natura contractus* supera por ahora el ámbito de esta investigación, considerada la complejidad de las fuentes y la extensión de la doctrina, sería superfluo cualquier elenco, acerca del punto nos permitimos remitir, *ex multis*, a G. ROTONDI, *Natura contractus*, en BIDR, 24, 1911, 5 ss.

¹⁷⁹ Así se lee en la *Summa Trecensis* a C. 4, 23, 1: <<...*casus fortuitus et vis maior item fatalitas non prestatur nisi ex pacto speciali (hoc ita, nisi aliquid horum culpa eius intervenerit). Ex pacto enim*

hace imposible por un caso fortuito sobrevenido, y que por el contrario responda sólo si mediante pacto o convención asumió el *periculum*, es una afirmación recurrente en las fuentes medievales, y una actividad cada vez más intensa en materia de pactos o cláusulas de garantía en caso de riesgos sobrevenidos se encontrará en el naciente derecho mercantil moderno. De este modo, *casus fortuitus*, *vis maior*, *fatalitas* producen la imposibilidad de la prestación y eximen al deudor de la responsabilidad por incumplimiento salvo pacto en contrario o cualquiera de las otras excepciones a la regla (riesgo propio del contrato [*natura contractus?*], culpa, o traspaso del riesgo por mora)¹⁸⁰, acorde con el pensamiento romanista tradicional.

§ 6. *Periculum* en el naciente derecho comercial moderno, en especial sobre la *conditio assecurationis* en el transporte marítimo.-

Argumentos adicionales provienen de los *Tractatus* de derecho comercial en la tradición posterior. En efecto, en ámbito comercial durante el derecho común se encuentra un llamado directo a los tribunales para dirimir las *causas mercatorum* acorde con la buena fe y la equidad, cuyo vigor debe siempre prevalecer¹⁸¹; para la tradición del derecho común, en línea con la interpretación medieval, la buena fe y la equidad deben prevalecer ante cualquier sutileza argumentativa, y siendo todos los juicios de buena fe, cobra especial importancia el *officium iudicis* en la ponderación de las circunstancias del caso a la luz de una *perfecta razione* que puede sólo derivar del reclamo a una equidad natural propia de la concepción medieval¹⁸². En este contexto, en el derecho mercantil, en particular en ámbito del transporte marítimo, el *eventum periculi* era a menudo objeto de cláusulas que preveían sus efectos sobre las obligaciones (hoy en día cláusulas de *force majeure* o de *hardship*, cfr. *infra* 29), se trata, como es obvio, de la *materia assecurationum*, o *pretium assecurationis* o *conditio assecurationis* para referir las expresiones usadas en las fuentes, una amplia regulación, si se quiere, sobre derecho de los seguros en el transporte marítimo. La costumbre mercantil – ya desde la época de la *lex Rhodia*- observada por todos los pueblos,

contractus augeri naturam suam et minui possunt. Pascisci enim possunt, ut omne periculum ad commodatarium pertineat, et econtra, ut culpam et diligentiam non prestet...>>: FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, cit., IV, 23, cit., 96. En ROGERII, *Summa Codicis* IV, 24. *De commodato* § 4 se lee: <<...*casus fortuitus non prestatur, nisi pacto speciali suscepit in se periculum...*>>; en IV, 25. *De pignoratitia actione*, § 2: <<*fortuitus casus non venit, nisi vel pacto convenit, vel in culpa fuit...*>>; en IV, 62. *De locato et conducto*: <<*vis maior et casus fortuitus non prestatur nisi ex conventionem speciali*>>¹⁸⁰ Se trata de ‘niveles’ que se van descartando hasta llegar así al *periculum* en sentido técnico como enseñaba Emilio BETTI, <<*Periculum*>>, *Problema del rischio contrattuale*, cit., 135. Vide los detalles sobre las excepciones a la regla en los distintos tipos contractuales durante el medioevo en D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell’età dei glossatori*, cit., 88 ss. y *passim*.

¹⁸¹ *Argumento: In curia mercatorum aequitatem sit in casis mercatorum. In Curia mercatorum aequitatem praecipue spectandam, ex bono et aequo causas dirimendas esse (...) in tribunalis mercatorum veritatem et aequitatem vigori prevalere*: B. STRACCA, *Mercatura*, cit., 516, num. 1.

¹⁸² En este sentido, y con expresa referencia a Baldo, F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis locati et conducti conventionibus in libros XXVII disperitae*, vol. I lib. I, tit. IX Genevae: Chouët M., 1861, 16, num. 10: *Unde etiam recte dicimus, in bonae fidei iudiciis tantudem officium iudicis valere, quantum in stipulatione nominatim euis rei factam interrogationem (...) et ideo in contractibus bonae fidei plus valet aequitas, quam nimia subtilitas vel dialectica argumentatio* [Bald. In const. 434. circa. Lib. I].

introdujo la posibilidad para los comerciantes marítimos de asegurar las *res quae deferunt per mare*, no por una sutileza del derecho sino por una exigencia de la equidad¹⁸³.

Como señala BIROCCHI, los horizontes se ampliaban, y aquella que tendía entonces a surgir como la cuestión del riesgo, debía resultar influida por las interpretaciones adelantadas en materia de sinalagma, de este modo, superada la fase del análisis atado las normas del *Corpus*, las distintas posiciones se desviarían en múltiples direcciones que enriquecerían la discusión; sin embargo, lejos de simplificarse, el problema del riesgo asumirá en la edad moderna una nueva complejidad¹⁸⁴. Un desvío que pretendemos aquí demostrar, fue precisamente aquella interpretación medieval que la tradición posterior exaltó como modelo para tratar el riesgo por eventos sobrevenidos y que encontró terreno fértil con la atenuación del clásico dogma de la voluntad, me refiero a la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. Y es que en este punto se habría dado una ruptura en la evolución interpretativa de las reglas sobre *vis maior*, lo que conducirá a una contaminación de nociones que sólo retrasará la concepción de un remedio adecuado para los casos de imposibilidad no-absoluta de la prestación, pero de esto más adelante (cfr. *infra* 9).

8. La disciplina del riesgo en la doctrina del derecho común.-

Una regla inicial encontró la doctrina del derecho común en las fuentes justinianeas, si la causa por la que se recibió, y no por culpa¹⁸⁵ del que recibe sino por un caso fortuito, no se pudo ejecutar, *non datur repetitio*¹⁸⁶. Sin embargo, esta regla no se aplica en caso de transporte marítimo si destruida por fuerza mayor una nave de propiedad del *locator* destinada al transporte, y por ello no pudo salir del puerto, ya que no podrá exigirse el precio y deberá restituirse si fue recibido¹⁸⁷. Por otra parte, un contraste con la *locatio operis* sirvió a la doctrina para precisar las reglas del riesgo en el transporte marítimo, en efecto, en la primera, cuando el impedimento en la ejecución de la prestación derivaba de un *vitio materiae*, el *locator operis* quedaba todavía obligado a pagar el precio por la *insula fabricandam*, en el transporte marítimo, en cambio, si se

¹⁸³ Con referencia, además, a la tradición precedente, P. LUSITANO, en STRACCA, *Mercatura*, cit., 867 num. 1: *Utile admodum erit intelligere materiam assecurationum, quod cum regulariter fiat circa res, quae deferunt per mare, an semper erit inscienda consuetudo, sicut de consuetudine maris dicitur observanda, ut consuetudo civitatis in authent. de usu nav. § Si col. 9 et in l. de precario ff. ad l. Rhod. de iactu Bald. in consil. 58 num. 2 in volum. et in cap. I § quia qui feud. dare pos. ubi dicit, quod consuetudo habet vim decreti, nisi sit reprobata, et contra iura, ut Odofredus cum sunt istae assecurationes inter mercatores, non est in eis curandu de subtilitate iuris, quatu de bona aequitate inter eos servanda.* Para la locación, siempre en línea con la tradición, cfr. F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes*, cit., 339 num. 25: *nam iste contractus locationis et conductionis est bonae fidei, ex quo alter alteri obligatur de eo, quod alteram alteri ex bono et aequo praestare oportet.*

¹⁸⁴ I. BIROCCHI, op. cit., 1139.

¹⁸⁵ Naturalmente el caso fortuito excluye la culpa, un principio recurrente en esta disciplina, *casus fortuitus nullam culpam praesupponit*: F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes*, cit., 338.

¹⁸⁶ LUSITANO, en STRACCA, *Mercatura*, cit., 870 num. 23 al tit. *Codex de conditio ob causam: ubi si causa pro qua pecunia datur, non sequatur sine culpa recipientis, sed fortuito casu, non datur repetitio.*

¹⁸⁷ *Quod autem impedimentum pervenit propter casum fortuitum, ut qua navis rumpitur, vel aliter non potest exire portum, et non possit agere ad pretium, et teneatur restituere, si recepit*: LUSITANO, en STRACCA, *Mercatura*, 870 num. 22.

prometía un precio (*pretium assecurationis*) por el *eventum periculi*, ocurrido éste, no podrá considerarse un *vitio rei* que impida la navegación¹⁸⁸. Naturalmente, se trata de un vicio de la materia o del terreno, que no pueda ser imputable al artesano o al constructor (*vitio rei sine culpa debitori*) – aunque un vicio de la materia, como se dijo, debería ser advertido por uno experto en su *ars*-, pero del contraste que señala LUSITANO cuando se asegura la *res locata* con un precio, resulta que la cláusula de seguro implica una distribución anticipada del riesgo que incluye los *vitia* de la cosa misma, una intervención sobre la *natura contractus* que modifica la regla del riesgo, esto permite además evidenciar, al margen del tema de los seguros, que el impedimento sobrevenido en la ejecución de la prestación puede provenir de los *vitia ex ipsa re* o de un *eventum periculi*, estos dos conceptos se oponen, valga recordar la distinción serviana entre *vitia ex ipsa re* y *vis cui resisti non potest*, que aquí se mantiene entre *vitia* y *eventum periculi*. Eventos considerados constitutivos de *periculum* y susceptibles de aseguración, serán, entre otros, la *tempestas*, el *casus latronum* que *dicatur fortuitus*, la *vis piratarum*, y todos aquellos eventos así considerados por el uso común¹⁸⁹.

§ 1. Continuidad de la tipicidad del sistema de las fuentes.-

La tradición posterior no muestra interpretaciones originales, en efecto, el análisis del problema del riesgo continuó avanzando para cada contrato singular, en la búsqueda de establecer el límite entre responsabilidad y riesgo, planteando las reglas del *periculum* y estudiando sus excepciones, todo esto mediante una sutil y amplia casuística¹⁹⁰ que no permite identificar un principio o regla del riesgo general acogido por uno u otro autor. En materia de compraventa, la escuela culta, con especial referencia a la interpretación de AFRICANO en D. 19, 2, 33, trastornó la regla generalmente afirmada y sostuvo que hasta el momento de la entrega el riesgo de la cosa era para el vendedor [CUJACII, *ad Africanum*, opera t. 5, 170]; además, a la luz del paralelismo del *periculum* en la locación y en la venta, CUJACIUS pudo indicar en el principio *res perit domino* la regla del riesgo válida para los contratos [CUJACII, *opera* t. 5, 159 y t. 3, 467]. Esta regla debía ajustarse con la opuesta contenida en I. 3, 23, 3, en este sentido el jurista de Toulouse precisó que sobre el plano del *summum ius*, <<*quo utimur etiam hodie*>>, el momento de la *traditio* para el traspaso del riesgo en la compraventa era irrelevante, mientras que sobre el plano de la *aequitas* habría sido oportuno y fácil de introducir, una regla que ubicara el riesgo por la pérdida o destrucción de la cosa a cargo del comprador (incluso antes de la *traditio*) y aquel concerniente al precio, a cargo del vendedor [CUJACII, *opera* t. 8, 140]. La interpretación de CUJACIUS tuvo cierta aceptación pero en todo caso restó minoritaria¹⁹¹, ella encontró especial acogida en área germánica, donde la *aequitas* era

¹⁸⁸ *Ubi quando impedimentum provenit vitio materiei, remanet nihilominus obligatus qui pretio per insula fabricandam sumpsit vel promisit: sit etiam videtur in isto, qui pretium promisit, per eventum periculi, et tenetur, licet eventus periculi non possit existere vitio rei, quia non potest navigari*, LUSITANO, en STRACCA, *Mercatura*, cit., 870 num. 23.

¹⁸⁹ LUSITANO, en STRACCA, *Mercatura*, cit., 870 num. 73. En cuanto a los eventos *insoliti* o *insolitissimi*, su definición correspondía al *arbitrium iudicis*.

¹⁹⁰ Vide *amplius* D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, cit., 85 ss.

¹⁹¹ ARNDTS, *Trattato*, cit., par. 302 n. 3, 298.

recibida con simpatía y actuaba mediante reglas y principios que adecuaban la intensidad del derecho recibido¹⁹².

Después, una vez que GROTIUS y PUFENDORF afirman que un contrato consensual tiene no solo efectos obligatorios sino también traslativos de la propiedad, también la regla del *periculum emptoris* podrá explicarse fácilmente en la máxima *res perit domino*, que adquiere entonces amplio potencial dogmático y aplicación generalizada¹⁹³. En particular la posición de PUFENDORF debe ser recordada, en cuanto establece una relación entre asunción del riesgo y titularidad de la propiedad, expresando así el principio general sobre el riesgo a partir de la nueva concepción de la propiedad como <<*merum ius et facultas moralis*>>¹⁹⁴; esta concepción de la propiedad como proyección del individuo, resultará decisiva para llegar a plantear, por una parte, que el riesgo de la pérdida o destrucción de la cosa incumbe al comprador-propietario haya o no recibido la cosa, y por otra, la generalización de la regla del riesgo que incumbe al propietario, aplicable a todos los contratos vistos desde el punto de vista del sujeto-propietario¹⁹⁵.

Por otra parte, sobresale el hecho que existen contratos en los que el propietario entrega la cosa a la contraparte para que esta la custodie, asegure un crédito, la transfiera, etc., en estos casos el riesgo es del propietario; existen a su vez contratos cuya finalidad es la de transferir la propiedad de la cosa, en ellos la pérdida o destrucción de ella libera al deudor, sin embargo, el problema de fondo era establecer si dicha liberación implicaba igualmente que el acreedor podía sustraerse también él al cumplimiento de su prestación¹⁹⁶.

Una obra significativa en la medida que recoge las reglas del riesgo para los contratos más importantes, fue la de Nicolai BURGUNDII¹⁹⁷, esta obra especializada es prueba del tratamiento típico de la cuestión del riesgo todavía en la tradición del tardo derecho común. En efecto, el jurista francés dedicó unos interesantes comentarios a la materia del riesgo y la culpa, la obra inicia estableciendo las nociones de *dolus*, *culpa* y *diligentia* (cap. I), para luego tratar las reglas del *periculum* en los distintos contratos¹⁹⁸ con un incesante llamado a los textos romanos. BURGUNDI señala la regla general: *vis*

¹⁹² Cfr. I. BIROCCI, op. cit., 1141.

¹⁹³ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, t. 2, 663 ss.

¹⁹⁴ Pufendorf afronta la cuestión así: << *Nobis ad eruendam heic naturalem aequitatem expeditissimè videtur, si distinguatur, utrum mora, quae inter contractum perfectum et traditionem intercedit, sit necessaria ad rem in loco sistendam, aut ex mora venditoris proveniat, an vero per emptorem steterit, quo minus ipse non traditam possideat. Prior casus talis esse potest; si ego ab aliquo pecora, in pascuis remotis agentia, emissem, eaque dum ad me a venditore adducuntur, a latronibus, lupis, aut alio casu sint intercepta. Heic quin ratio iubeat damnum esse venditoris, dubium non est., Sic et venditoris erit damnum, si rem debitam iusto tempore tradere neglexit. Ubi vero emptor in mora fuit, quo minus rem venditam acceperit, aequum fuerit ipsius periculo rem perire. Nam eo ipso momento, quo res ex contractu debebat tradi, et per venditorem non stetit, quo minus traditio fieri, dominum, quatenus merum ius et facultatem moralem notat, in emptorem transibat, res; ad ipsum solum pertinere incipiebat. Eius rei custodiam sibi ab emptore non commendatam ubi venditor ex humanitate receperit, impudens foret ab ipso etiam praestationem fortuitorum casu requirere >>: S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Apud Andream ab Hoogenhuysen, Amsterdam, 1688, lib. V, cap. 5, § 3, 498.*

¹⁹⁵ I. BIROCCI, op. cit., 1141.

¹⁹⁶ Cfr. S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, cit., lib. V, cap. 5, § 3, 498.

¹⁹⁷ *Commentarius de periculis et culpis in contractibus*, Combi & Lanov, Venetiis, 1664.

¹⁹⁸ El depósito (cap. II), el mandato (cap. III), el comodato (cap. IV), el precario (V), la prenda (cap. VI), la venta (cap. VII), la locación (cap. VIII), la sociedad (cap. IX), la dote (cap. X), los contratos innominados (cap. XI), la acción *aestimatoria* (cap. XII), y el último capítulo dedicado a la culpa levisima (cap. XIII).

*maior, fatale damnum, et fortuiti casus a nemine praestandi sunt*¹⁹⁹, y su elaboración está todavía ligada a la *natura contractus*, en efecto, cuando los contratantes nada han establecido sobre el riesgo: *spectanda est natura cuiusque contractus*²⁰⁰.

§ 2. El problema del riesgo dentro de la nueva categoría general del contrato: ruptura parcial con el sistema típico de las fuentes.-

La superación del sistema contractual típico y la elaboración doctrinal a éste ligada, dio paso al surgimiento de la categoría general del contrato, esto se dio gracias al particular análisis del sinalagma desarrollado por la Escuela Culta. En efecto, la elaboración sobre el sinalagma fue utilizada para la disciplina del riesgo, Giuseppe AVERANI partió de la idea que el *casus*, que influyendo sobre un cierto acto hubiese hecho imposible ejecutar la prestación, habría debido extinguir también la obligación contratada; respecto del principio que pone a cargo del comprador el pago del precio incluso después de la pérdida fortuita de la cosa, el jurista pisano señalaba: <<*animadvertendum est, ex hoc contractu duas nasci obligationes inter se distinctas: altera obstringitur venditor ad tradendam rem venditam (...) altera obstringitur emptor ad dandum pretium (...) Perempta igitur re vendita, perit etiam obligatio eius tradendae, qua venditor obstringebatur, quia res amplius praestari non potest: non perit autem obligatio, qua obstringitur emptor ad dandum pretium, quia pretium semper praestari potest*>>²⁰¹.

En la doctrina del tardo derecho común se observa, sin embargo, una tendencia a resumir en principios generales las reglas del riesgo para los distintos contratos, esto acorde con las necesidades derivadas de la formación de la nueva categoría general del contrato, donde la atención se concentra en la eficacia del acuerdo entre las partes y en la función del nexo sinalagmático entre las obligaciones; de esta manera se perdía el vínculo originario del típico perfil del riesgo con la función práctica del contrato. La tendencia hacia una disciplina general del riesgo quedó plasmada en los Códigos aunque si bien con reglas elásticas modeladas para cada contrato cuando fuera necesario; será luego la elaboración de la doctrina pandectista que, vinculando la cuestión del riesgo a la función del sinalagma en los contratos de atribución patrimonial, integrará la materia del riesgo en el ámbito del nuevo sistema contractual²⁰². De estas reglas se formó la disciplina de la imposibilidad sobrevinida por la pérdida de la cosa debida a causa de

¹⁹⁹ N. BURGUNDII, *Commentarius de periculis et culpis in contractibus*, cit., cap. I num. 2.

²⁰⁰ <<*Quoties de periculo nihil convenit contrahentes, spectanda est natura cuiusque contractus: nam si ad alienatione tendit, res perit ei, cui debetur, perit suo domino. Sed hoc ita, si per alterum non steterit, ut vel peritet vel deterior redderetur, cui enim periculum ad alteram respicit, alter factu sum praestare tenetur*>>: N. BURGUNDII, *Commentarius de periculis et culpis in contractibus*, cit., cap. I num. 5.

²⁰¹ G. AVERANI, *Interpretationum iuris libri quinque*, IV, 26, Macerata, 1832, t. 1, 362 ss. citado por BIROCCHI, op. cit., 1142. Este momento es de gran importancia, Averani perteneció a título pleno a la dinastía de los 'novatores', se formó en la escuela humanista y conocía bien el latín y el griego, en su obra más importante, precisamente las *Interpretationum iuris* (1716-46) – donde comenta los fragmentos del Digesto basado en Cujas-, el jurista toscano proclama la oportunidad de extraer de las fuentes originales la *ratio* del patrimonio legislativo romano; sus interpretaciones responden a la exigencia de traer a la luz la herencia espiritual de razón y equidad encerradas en el ordenamiento romano, se trataba de recuperar principios incorruptibles y reglas ciertas, abandonando las interpretaciones heterogéneas que alteraban la exacta comprensión de las *leges*: v. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, 2ª ed. ris., Torino, 2008, 241.

²⁰² Cfr. BIROCCHI, op. cit., 1143.

fuerza mayor o caso fortuito, no hay una expresa mención en las fuentes a un procedimiento de adaptación del contrato a las contingencias, tan solo parece ser la *remissio mercedis* una ventana hacia criterios abstractos de adaptación, el tratamiento del riesgo fue entonces tradicionalmente afrontado a la luz de la tipicidad del sistema de las fuentes. Por otra parte, cláusulas de adaptación o de *hardship* para regular los efectos de la *vis maior* sobrevenida fueron usadas ya, en su sentido originario, en el nascente derecho comercial, y todavía hoy existen en su forma más acabada (cfr. *infra* 29).

§ 3. Consolidación del principio general del efecto liberatorio o modificativo de la obligación por fuerza mayor o caso fortuito: *periculum* en sentido técnico.-

Ahora bien, una *vis cui resisti non potest* o un *casus cui prevederi non potest*, si no hay culpa o mora y la *natura contractus* lo permite, será entonces un problema de *periculum* en sentido técnico que tendrá como consecuencia la *reductio* de la obligación o su extinción definitiva con liberación del deudor; en este sentido, toda vez que las circunstancias reales iniciales del contrato cambian debido a una fuerza irresistible e imprevisible, se está frente a un problema de imposibilidad sobrevenida en el que corresponde determinar la incidencia del evento externo sobre las obligaciones, si permite todavía cumplirlas y cuál el costo, o si definitivamente la imposibilidad es absoluta y la obligación se extingue. Sin embargo, esta atrevida afirmación no fue tenida en cuenta cuando frente a la necesidad práctica de un instrumento para la gestión del riesgo contractual a partir de la primera postguerra, la elaboración doctrinal, en especial del área germánica, se contaminó de una interpretación que por general y abstracta fue más atractiva como vehículo de criterios dogmáticos que inevitablemente fueron mezclados con aquellos de imprevisión e irresistibilidad, ya que sin ellos la estructura del nuevo instrumento sería vaga y atinente más bien a los motivos de la voluntad contractual, además de contraria a un principio que será también afirmado, la irrelevancia de los motivos. Ese vehículo es por todos conocido, la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que pone en evidencia la obviedad del problema, un cambio grave en las circunstancias iniciales del contrato, pero nada dice de los detalles, del evento, de sus características y efectos concretos, es por ello que la noble cláusula integró su contenido con los criterios propios para la gestión del problema del riesgo por fuerza mayor. Regresemos al pensamiento medieval para observar la magnitud de la extrapolación de la fuente de su contexto original y señalar el potencial dogmático de un criterio que dio lugar a superiores estudios de la más atenta doctrina secular.

9. El fundamento de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* en la interpretación medieval de *Africanus Quaestionum libro VII. D. 46, 3, 38 pr.*-

§ 1. Contexto originario.-

Africanus Quaestionum libro VII. D. 46, 3, 38 pr.:

*Quum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit magis esse ait <Iulianus> ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit si in eodem statu maneat quo fuit quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit non recte ei solvi dicendum tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*²⁰³.

En línea de principio, el pasaje se conecta con la problemática surgida en la jurisprudencia del siglo II acerca de la relación entre *conventio* y *stipulatio*, específicamente respecto de la posibilidad de integrar la promesa asumida mediante los *verba*, con pactos o *conventiones tacitae* entre las partes²⁰⁴. El fragmento fue tomado de las *Quaestiones* de AFRICANO e incluido por los compiladores en el libro 46 título 3 *Solutionibus et liberationibus*. Se trata de una estipulación con *adiectus solutionis causa*, el promitente asumió una obligación de *dare* y la cuestión se pone en estos términos: ¿se paga bien al *adiectus* (*recte Titio solvi*) si éste se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción por agua y fuego, o hubiere sido hecho esclavo? Cuestión a la que AFRICANO responde con la opinión de JULIANO, se paga bien sólo si el *adiectus* permanece en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación (*si in eodem statu maneat quo fuit quum stipulatio interponeretur*), es decir, que en el intervalo no se haya presentado un cambio de *status*²⁰⁵. Tal cambio de *status* tiene especial relevancia respecto de la *solutio* del deudor, JULIANO concibe la solución observando una *conventio* tácita inherente a la estipulación (*tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*)²⁰⁶, la regla se refiere al *adiectus* y a su *status*, más no al *pomisssor*²⁰⁷; por otra parte, es el mismo JULIANO quien elaboró la teoría de la *conventio tacita* en la estipulación, que, como refiere CARDILLI²⁰⁸, será considerada regla por PAULO en D. 2, 14, 4, 2 en materia de *stipulatio dotis causa facta ante nuptias*.

Es este el contexto originario del planteamiento propuesto al jurista, ciertamente no se trata de un problema de imposibilidad sobrevenida a la luz de los criterios atrás enunciados, sino de una alteración de las circunstancias iniciales del contrato que varían el *status* de una parte, lo que incide directamente en el pago o *solutio* de la otra²⁰⁹; resulta difícil pensar que en dicho contexto originario ya la operación hermenéutica del

²⁰³ << Cuando alguno hubiere estipulado que se le de a él o a Ticio, dice <Juliano> cierto que es más justo decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Pero si se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción en el agua y el fuego, o se hubiere hecho esclavo, 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 >>.

²⁰⁴ R. CARDILLI, <<Bona fides>> *Tra storia e sistema*, cit., 154, quien señala además que han sido ya superadas las perplejidades de la crítica interpolacionista.

²⁰⁵ R. CARDILLI, <<Bona fides>> *Tra storia e sistema*, cit., 154.

²⁰⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, en *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie, 1978, 229 ss. Quien observa en el *tacite-maneat* un acuerdo implícito de las partes; R. CARDILLI, <<Bona fides>> *Tra storia e sistema*, cit., 154; J. THOMAS, *Words are tools, not masters*, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, I, Milano, 1982, 31, para quien del *inest...maneat* las palabras del texto representan obviamente una *praesumptio iuris*, por lo que según este a. las palabras de la estipulación deben ser, por la naturaleza de las cosas, interpretadas *rebus sic stantibus* hayan o no advertido las partes esa posibilidad.

²⁰⁷ Cfr. O. MILELLA, <<Causus>> e <<vis maior>>, cit., 289 n. 68.

²⁰⁸ R. CARDILLI, <<Bona fides>> *Tra storia e sistema*, cit., 155.

²⁰⁹ G. OSTI, *Clausola "rebus sic stantibus"*, en *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, 354, considera la *capitis deminutio* del *adiectus* como razón de invalidez del pago que a él se haga.

jurista fuese en términos de *praesumptio iuris* aplicable a la interpretación de todos los *verba*, y resulta más adecuado pensar en una convención tácita en tal sentido, empero, no puede afirmarse que el derecho romano haya desarrollado del *si in eadem causa maneat* un modelo general para el tratamiento del cambio de las circunstancias iniciales del contrato²¹⁰; no obstante, la cláusula asume como solución un criterio con amplio potencial dogmático que, desligándose del problema originario, se convierte en criterio de aplicación más general dando origen a la interpretación medieval de la conocida cláusula *rebus sic stantibus*²¹¹.

§ 2. Comprensión medieval del problema de los eventos sobrevenidos y sus efectos en términos de *conventio* tácita.-

Pero no fue solo a partir del fragmento brevemente comentado, los medievales elaboraron la teoría de la *rebus sic stantibus* y su operación interpretativa se remite también a fuentes literarias clásicas en las que subyace la idea²¹², CICERÓN (*De off.*, III, 25,94 y 95)²¹³ y SÉNECA (*De benef.* IV, 35,4 y 39,4)²¹⁴, y en especial a otro pasaje del Digesto (12, 4, 8) tomado de NERACIO *libro secundo membranarum*:

²¹⁰ En este sentido G. OSTI, *Clausola "rebus sic stantibus"*, cit., 354, para quien ciertamente en las fuentes romanas pueden encontrarse afirmaciones particulares relativas a determinadas relaciones jurídicas susceptibles de ser conducidas a la cláusula, pero no un reconocimiento de ésta como principio general.

²¹¹ Vide *ex multis* G. OSTI, *La così detta clausola <<rebus sic stantibus>> nel suo sviluppo storico*, en *Riv. dir. civ.*, 1912, 1 ss.; R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 155; K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato l'esempio della clausola rebus sic stantibus*, en *Roma e America* 8, 1999, 22.

²¹² G. OSTI, *La così detta clausola <<rebus sic stantibus>> nel suo sviluppo storico*, cit., 8 ss.; ID. *Clausola "rebus sic stantibus"*, en *Novissimo digesto italiano*, cit., 353 ss.; cfr. R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, cit., 80, quien al igual que Osti (op. cit., 353 ss.) afirma que estos textos fueron usados no sólo por los teólogos medievales sino también por autores de la escolástica española e incluso por Grocio; para R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 152, se observa una línea de pensamiento que a partir del *ius canonicum*, desarrollando ideas propias del pensamiento histórico-clásico reflejado en los pasajes de Cicerón y Séneca, lleva a una generalización incluso del comentario de los civilistas, de afirmaciones circunstanciadas presentes en los textos legales, descontextualizándolas para así lograr una regla idónea aplicable a todos los contratos; para O. MILELLA, <<*Casus*>> e <<*vis maior*>> in *Sen., Ben.*, 4.39.3.4; 7.16.3, cit., 288, en las palabras de Séneca los intérpretes han visto la anticipación de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero el razonamiento de Séneca se revela más complejo y articulado de cuanto parece a primera vista, debido a la intersección de dos planos discursivos, el del incumplimiento de la prestación no imputable al deudor, y el de la inmutabilidad de las condiciones iniciales. Cabe preguntarse si la aplicación funcional del derecho a una problemática de orden ético no haya conducido a la adaptación, sino a la deformación, por parte de Séneca, de principios y reglas jurídicas, lo que estaría señalado por el uso de una *exceptio* con la relativa indicación de contenido: ¿es admisible un uso técnico del vocablo?, es decir, ¿se puede vislumbrar en la excepción calificada por Séneca como *tácita*, el medio de defensa del procedimiento formulario? Ciertamente parece que no, el planteamiento de Séneca aquí es en el plano moral; cfr. también P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 77.

²¹³ *Ac ne illa quidem promissa servanda sunt, quae non sunt iis ipsis utilia, quibus illa promiseris (...)* *Ergo et promissa non facienda non nunquam neque semper deposita redendaa. Si gladium qui apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere.*

²¹⁴ IV, 35, 4: *Non mutata spaiens consilium omnibus his manentibus, quae erant, cum sumeret (...)* *certum ad omnia cum exceptione venit 'si nihil inciderit, quod impediatur'; IV, 39, 4: Subest, iniquam, tacita exceptio 'si potero', 'si debebo', 'si haec ita erunt'. Effice ut idem status sit cum exigis qui fuit cum*

*Servius in libro de dotibus scribit si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptia factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse; sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pacuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est*²¹⁵.

En este último fragmento se observa cómo NERACIO corrige la posición de Servio que concedía de todos modos la *condictio* para la repetición del dinero a título de dote en un matrimonio inválido por vicio de edad de uno de los esposos, por lo que el jurista augusteo distingue entre que haya intervenido un ‘divorcio’ del matrimonio inválido, o que los sujetos continúen juntos, es decir haya *adfinitas*, de darse ésta no sería posible repetir la atribución.²¹⁶ La Glosa Acursiana se refiere al texto de NERACIO en relación a la expresión ‘*potest*’ en la parte final²¹⁷, << *si istud ‘potest’ extendatur, ut dialectici dicunt, quamdiu uterque vivit, etiam misso repudio, non esset repetitio; nam semper possibile est quod fiat hoc matrimonium. Sed certe nos non extendimus, sed secundum praesens indicamus et rebus sic se habentibus loquimur* >>²¹⁸, con lo que ACURSIO pretendía resaltar que la repetición se excluía solo *rebus sic se habentibus*, si las circunstancias que originariamente gobernaban la relación obligatoria permanecían las mismas²¹⁹; para CARDILLI²²⁰ la solución de los dialécticos habría vanificado la *ratio* de

promitterem: destituere levitas erit. Si aliquid intervenit novi, quid miraris, cum condicio promittentis mutata sit, mutatum esse consilium. Eadem mihi omnia praesta, et idem sum...

²¹⁵ << Lo que escribe Servio en el libro de las dotes “si entre estas personas una de las cuales no tiene aún la justa edad, se celebraron nupcias, aquello que a título de dote se dió en el intervalo puede ser repetido”, debe entenderse de manera que en caso de intervenir el divorcio antes que la otra persona haya alcanzado la justa edad, se tenga la repetición del dinero, mientras que, en tanto que ellas permanezcan en la misma condición de matrimonio, el dinero no puede ser repetido mas de cuanto se pueda repetir aquello que que la novia haya dado al novio a título de dote mientras que exista entre ellos la afinidad: como en este caso, en efecto, la atribución ha sido hecha con base en aquella causa, que si bien no haya sido aún concluido el matrimonio, puesto que se ha dado para que sea dote, mientras que sea todavía posible que a tal título sea recibido, no puede haber repetición >>.

²¹⁶ Al respecto, recientemente, vide R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 156 y bibliografía allí citada, notas 12 y ss., para quien en las dos hipótesis de todos modos existe la posibilidad de la futura celebración del matrimonio o de la posterior convalidación del matrimonio viciado que se concreta en dos indicios objetivos, *habitus matrimonii* y *adfinitas*; K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 27 explica la *ratio decidendi* del caso: no puede haber restitución de alguna cosa que sea transferida a título de dote en vista de un evento sucesivo (tal es la circunstancia que un matrimonio inicialmente inválido adquiera eficacia o que la promesa de matrimonio sea ejecutada), en tanto que ‘el evento sea todavía posible’.

²¹⁷ R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, cit., 83; K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 27.

²¹⁸ << Como afirman los dialécticos, si esto ‘sea posible’ se extiende hasta el momento en que ambos están en vida, también una vez realizado el divorcio no habrá repetición; en efecto siempre es posible que tal matrimonio se realice. De cierto empero nosotros no operamos tal extensión, sino que juzgamos con relación al momento presente y hablamos como si las cosas permanecieran así como ahora son >>.

²¹⁹ K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 27.

²²⁰ <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 157. Cardilli afirma que con la solución de los dialécticos se hubiese hecho imposible la repetición hasta que existiese en abstracto la posibilidad del futuro matrimonio, posibilidad que en rigor habría desaparecido sólo con la muerte de uno de los cónyuges.

la opinión de NERACIO dirigida a paralizar la repetición mientras permaneciera el *habitus matrimonii* de los novios.

§ 3. El dato canónico.-

Un dato ulterior se agrega también desde el *ius canonicum*, un texto de las *Enarrationes in psalmos*, V, 7 de SAN AGUSTÍN citado en el *Corpus iuris canonici* (*Causa XXII, Quaestio II C. 14 del decretum Gratianum*)²²¹, en cuya glosa se comentaba el pasaje de AFRICANO ya mencionado y se decía entonces que la promesa de restitución de la espada de que habla SAN AGUSTÍN en el texto, había sido hecha bajo la condición ‘*si res in eodem statu manserit*’²²². Además, para la época otro texto muestra la confirmación, esta vez un decreto de INOCENCIO III del año 1207 conservado, como refiere LUIG²²³, en el *Liber Extra* 2. 24. 25²²⁴ y que fue glosado con las palabras <<*notae quae plerumque intelliguntur conditionis in iuramentis (...) si res in eadem statu permanserit*>>, para denotar que en el juramento está siempre entendida la regla según la cual las cosas deben permanecer en el mismo estado en que se encontraban al momento del juramento mismo.

En opinión de FEENSTRA, fue BARTOLO quien posteriormente desarrolló la idea de la Glosa en lo que pareciera la primera aplicación de la fórmula como condición implícita en un acto jurídico²²⁵. El conocido jurista medieval comentando el texto de

²²¹ *Illud vero, quod non habet duplex cor, nec mendacium quidem dicendum est, verbi gratia, tamquam, si cui gladius commendetur, et promittat se reddendum, cum ille, qui commendavit poposcerit; si forte gladium suum repetat furens, manifestum est, non esse reddendum, ne vel se occidat, vel alios, donec ei sanitas restituatur* (Lo que no se funda en un corazón doble, no puede ni siquiera definirse como ruptura de la palabra dada. Así es, por ejemplo, cuando a uno le es dada en depósito una espada y él promete que la restituirá en caso de que aquél que la ha dado en custodia la solicite. Pero si este luego, caído en la locura, solicita la restitución de la espada, es claro que no debe serle restituida alguna cosa, hasta que él no esté sano, para que de esta manera no se cause daño así mismo o a otros).

²²² K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 27.

²²³ *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 27.

²²⁴ *Quemadmodum, si vir mulieri iurasset, quando contraxit cum illa, quod eam semper por legitima uxore teneret, pro fornicatione, quam mulier antea commisisset, non posset eam dimittere: sed pro fornicatione, quam postea perpetraret, eam dimittere posset, non obstante huiusmodi iuramento, quoniam in eo talis erat subintelligenda conditio, si videlicet illa in legem coniugii non peccaret* (Si por ejemplo un hombre ha jurado a su mujer, al momento de contraer nupcias, que él la tratará siempre como su legítima esposa, él no puede repudiarla por un adulterio cometido por ella precedentemente. Pero él la puede repudiar, sin obstáculo alguno en el juramento, por un adulterio cometido por ella en un momento sucesivo, puesto que en el juramento estaba tácitamente contenida la condición de que ella no habría cometido pecado contra las reglas del matrimonio).

²²⁵ R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, cit., 84 y n.76 que, no obstante, no lo asegura; ya G. OSTI, *Clausola “rebus sic stantibus”*, cit., 354 había destacado que en época de la Glosa se presentaba un orientamiento bastante difuso entre los prácticos que será luego relevante en la doctrina, comenzando por Bartolo y sobretodo Baldo; cfr. R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 157 n.18, quien opina que la reflexión del medieval está fuertemente circunscrita dentro de su contexto originario y que la inserción de rúbricas por parte de curadores para facilitar la búsqueda en las ediciones posteriores del comentario de Bartolo, habría llevado a relacionar el contenido del comentario con la cláusula *rebus sic stantibus*; que la doctrina de la cláusula en tal época era vaga y abierta a abusos, lo refiere K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 29 citando un parecer de Paolo de Castro (1441); en cuanto a si la cuestión de la aplicación de la cláusula no habría sido esclarecida por los medievales y que la figura tenía un solo límite: su excesiva generalidad y poca

NERACIO afirmó que << *Ista enim verba (...) quamdiu matrimonium contrahi potest debent intelligi rebus sic se habentibus, hoc est presentibus sponsalibus. Quod tene menti, quia quando quis renunciat in aliqua re omni iuri quod habet vel habere potest vel posset, oportet intelligi rebus sic se habentibus, hoc est ex aliquo iure quod est de presenti, re vel spe* >>²²⁶; el sentido del comentario lo explica claramente CARDILLI, el énfasis está puesto enteramente sobre el autor de la atribución *dotis causa*, el hecho de su renuncia a repetir lo que se ha dado a título de dote, si bien el matrimonio no se ha celebrado todavía, no significa que haya renunciado hasta que el matrimonio sea en abstracto posible, con mayor razón cuando no hay más indicios de que los novios acudirán a las nupcias²²⁷.

§ 4. Baldo y la extensión a todas las *promissiones*, el potencial dogmático del criterio.-

No obstante, aparentemente habría sido BALDO el primer civilista en extender la cláusula a las *promissiones* operando una verdadera generalización. También en comentario al texto de NERACIO, BALDO precisó que la palabra '*potest*' se entiende '*rebus sic se habentibus*' y de la misma manera las promesas se entienden '*rebus sic se habentibus*'²²⁸, confrontó su comentario con D. 19, 2, 54, 1²²⁹, pasaje que también

precisión de sus efectivos presupuestos de aplicación, vide P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 83.

²²⁶ << Estas palabras... 'en tanto que pueda contraerse matrimonio' deben ser entendidas *rebus sic se habentibus*, esto es mientras permanezca el noviazgo. Esto se tenga presente, porque cuando alguno renuncia en cualquier situación a todo derecho que tiene o puede tener, esto debe ser entendido *rebus sic se habentibus*, esto es con base en el derecho que existe en aquel momento, de la situación así como es o como se espera que sea >>: BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam ff. veteris partem. Cum adnotationibus Alex. Barb. Parisij, Claud. á Seissel. And. Poma. Ioan. Franc. Roue. atque aliorum...*, cit., fol. 49.

²²⁷ R. CARDILLI, << *Bona fides* >> *Tra storia e sistema*, cit., 158.

²²⁸ BALDI UBALDI, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria, doctissimorum hominum aliis omnibus hactenus impressis adnotationibus illustrata, necnon summarijs et indice ... exornata ... - Venetiis: apud haeredes Georgii Varisci, 1615, fol. 59: << Nota quod verbum potest intelligitur rebus sic se habentibus, et sic intelligitur de potentia proxima et certa et ordinata, quia rebus sic se habentibus loquimur; et sic promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus, infra loc. 1. Quaero § inter [D.19,2,54,1], de loco pub. Fru. 1. in fine [D. 43, 9, 1, 3] et arg. Infra de an. Leg. 1. Maevia § fin. [D.33,1,13,1] >>.*

²²⁹ *Paulo libro V Responsorum: Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur; et si putstatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori, vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, quod invicem de se stipulati sunt; quaero, quum Seius conductor bienii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit? Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen virisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit, et, ut oportet, coleret; et ideo si poenam petere coeperit is, qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem* (Si se convino entre el arrendador y el arrendatario de un fundo, que durante el tiempo del arrendamiento el arrendatario Seyo no fuera echado del fundo contra su voluntad; y si hubiese sido echado, que el arrendador Ticio pagase diez de pena al arrendatario Seyo, si dentro del tiempo del arrendamiento quisiera dejarlo, estuviera pronto a pagar igualmente diez al arrendador Ticio, y así lo estipularon recíprocamente; pregunto, ¿no pagando el arrendatario Seyo la pensión de dos años continuos, podrá ser lanzado sin miedo a la pena? Paulo respondió, que aunque nada se haya expresado en la estipulación penal respecto al pago de las pensiones, es, sin embargo, verosímil, que convinieron de este modo respecto a que no fuese expulsado el colono dentro dentro del tiempo prefijado, si hubiere pagado las pensiones, y cultivase como corresponde; y que

presenta un caso de *conventio tacita*, y se remitió directamente al derecho canónico²³⁰. Será Jason DE MAYNO quien dará una afirmación aún de mayor relevancia, también comentando el pasaje de Neracio, sostuvo implícita la cláusula en las disposiciones de última voluntad (*in dispositione legum intelligitur clausula rebus sic se habentibus*), en los contratos, en los privilegios, en los juramentos (*Adde quod ista clausula etiam intelligitur in ultima voluntate...Eodem modo dic in contractibus...Idem in privilegiis...Idem in iuramento*)²³¹.

Las anteriores referencias, y siguiendo la opinión de CARDILLI, revelan pues una lógica que trata la supervención contractual en términos de convención tácita inherente al contrato, en relación a un cambio objetivo de las circunstancias iniciales del mismo, relevantes respecto del cumplimiento de la obligación asumida, lo que encontró coherencia con la centralidad en el derecho canónico de la eficacia del *nudum pactum*>>²³².

Nuevamente aquí el sistema de la Escuela jugó un papel fundamental, así como para la *laesio enormis* los medievales utilizaron una interpretación contextual que abría las puertas a la generalización, igualmente se hizo con la cláusula *rebus sic stantibus*, revelándose así los dos institutos cardinales de la elaboración de la doctrina medieval. De modo que si se piensa en la distinción atribuida a BARTOLO²³³ entre contratos *qui unico momento perficitur* y contratos *qui habent tractum successivum*, se observa que si el momento de la ejecución del contrato coincidía con el de su celebración, era suficiente que el equilibrio de las prestaciones estuviese presente en tal momento inicial, en caso contrario corría el riesgo el contrato de ser rescindido o modificado debido a *laesio enormis*; si por el contrario la ejecución del contrato era diferida, el equilibrio de las prestaciones debía durar hasta el momento de su ejecución, en caso contrario, habría una *laesio superveniens* en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y el contrato debía darse por terminado o ser modificado conforme a equidad²³⁴.

por esto, si el que no satisfizo las pensiones hubiere comenzado a pedir la pena, habrá de aprovecharle al arrendador la excepción de dolo).

²³⁰ Acerca del punto vide R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, cit., 84 n.79; R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 158.

²³¹ Vide *amplius* FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, cit., 84.

²³² R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 159.

²³³ G. OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., 356; es el reclamo a un principio difuso entre los comentaristas medievales, y consolidado por el derecho común en relación a los contratos de larga duración '*contractus quia habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*': v. P. TARTAGLIA, voz <<*onerosità eccessiva*>>, en *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano 1980, 155.

²³⁴ Vide MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis*, cit., lib. III, tit. 15 n. 25, en particular lib. IV tit. IV *Quemadmodum ambiguae conventiones debeant intelligi* num. 91: <<*Sexta est regula quae ex bono etiam et aequo descendit, ut contractus debeat intelligi rebus in eodem statu manentibus*>>, num. 92: <<*...promissionem intelligi, rebus sic stantibus, nisi fuerit cogitatum, quod quis tenetur rebus etiam non sic stantibus (...)* In contractibus conditionem illa tacitam inesse: rebus ita permanentibus uti erant, cum facta res est, si non sit cogitatum de casu, quia postea acciderit, vel cogitari potuerit >>, lib. I, tit. IX num. 10 <<*aequitas benignam admittit interpretationem*>>, num. 15 << atque aequitas quidem est admirabile quoddam temperamentum, quod est perfecta ratione omnia moderatur [Joan. Coras. Lib. 2 *Miscellan.* cap. 18] >>; cfr. también PACIONO, *de locatione et conductione*, Genova, 1689, cap. 45 n. 69; y RICHERI, *Iurisprudencia*, Torino, 1774, lib. 2 tit.V, que hablan de una *reductio* siempre fundada en la *aequalitas* que en *omnibus contractibus servanda*, para corregir toda *maxima iniquitas*.

§ 5. La difícil argumentación de la cláusula. Determinación de sus presupuestos iniciales y su adopción parcial en la Codificación. Primacía inicial de la noción dogmática de ‘imposibilidad sobrevenida’.-

En adelante, la comprensión de la cláusula fue más restringida y limitada, a partir de ALCIATO²³⁵ y llegando hasta LEYSER²³⁶, pasando por COCCEJI en el tardo *Usus Modernus* y GROCIO en el Jusnaturalismo laico²³⁷. En especial GROCIO negó la existencia de un principio general según el cual todo contrato automáticamente contiene una cláusula *rebus sic stantibus*²³⁸, e intentó establecer con base en cuáles presupuestos determinados podía ser solicitado el cambio de las circunstancias²³⁹, de modo que sólo cuando la condición tácita ‘*si res maneat quo sunt loco*’ fuera la razón fundamental de la promesa (Lib. 2 cap.16 § 25,2), se abría paso entonces a una *restringens interpretatio* de cuanto fue establecido en la promesa misma (Lib. 2 cap.16 § 22)²⁴⁰, circunscribiendo, como afirma CARDILLI²⁴¹, el cambio sobrevenido de las

²³⁵ *De Praesumptionibus*, en *Opera Omnia*, IV, Ed. Basileae, 1546-1550, *Praesumptio* XVI, col. 684, quien distingue en caso de tratarse de un acto *dependente ex voluntate unius*: num. 5 *Quam quaeritur voluntas intelligatur, rebus sic stantibus: aut sumus in acto dependente ex voluntate unius, et tunc si res incidat in casum, in quem verisimile sit disponente alias dispositurum, consetur mutata voluntas. (...) ubi quamvis testator voluerit, quod institutos in fundo, non possit petere plus: tamen istud intelligitur, rebus sic stantibus: unde non censetur sustituisse ius acrescendi (...) ubi alienando rem legatam...;* o de un acto *descendente ex voluntate duorum*, donde la cláusula tendría aplicación bastante restringida: num. 6 *Aut loquimur in actu descendente ex voluntate duorum et non attenditur ista clausula, rebus sic stantibus: nec liceat alteri mutare voluntatem (...) Fallit, ubi prima voluntas procesisset ex errore .l.fin.§. item quaesitum. Provt declarat ibi Bart. ff.de condict. indeb. Fallit secundo, quando dispositio aliqua requireretur per talem clausulam .l.quaero.§ inter locatorem. ff. locati. Fallit tertio, quando lex ex aliqua causa interpretaretur voluntatem contrahentis, et concederet rescissionem seu revocatione: veluti est in donatione, quae revocatur per supervenientiam liberorum (...) Fallit quarto, quando superveniret aliqua causa inconsiderata, de qua a partibus nihil verisimiliter esset agitatum.* Trabaja Alciato sobre el plano de los eventos sobrevenidos, y nótese en la parte final (*fallit quarto*) el perfil de la imprevisión.

²³⁶ Leyser limitó la aplicación de la cláusula formulando dos presupuestos: la imprevisión y no haber causado el cambio de las circunstancias, excluyendo del derecho de revocación al deudor culpable de la situación a él adversa: K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 33.

²³⁷ Los detalles los refiere R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, cit., 87 ss.

²³⁸ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres In quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*: (Editionis anni 1939 quae Lugduni Batavorum emissa est exemplar photomechanice iteratum): Annotationes novas addiderunt R. Feenstra et C.E. Persenaire adjuvante E. Arps de Wilde / Hugo Grotius; a cura di B.J.A. de Kanter van Hettinga Tromp., Lib. II cap. XVI § 25,2: << *Solet et hoc disputari, an promissa in se habeant tacitam conditionem ‘si res maneant quo sunt loco’: quod negandum est, nisi apertissime pateat, statum rerum praesentem in unica illa quam diximus ratione inclusum esse...>> (Es a menudo un punto discutido, si la permanencia de las cosas en su estado presente es una condición tácita en que el cumplimiento de todas las promesas se funda. Una posición que por ningún motivo puede ser aceptada, a menos que resulte que esa tal permanencia era el solo motivo en que el acuerdo fue hecho...); vide R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, cit, 88; R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 159.*

²³⁹ K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 32.

²⁴⁰ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, cit., Lib. II cap. XVI § 22: << *Restringens interpretatio extra significationem verborum quae promissionem continent aut ex defectu petitur originario voluntatis aut ex casus emergentis repugnantia cum voluntate...>> (Una interpretación más estrechamente restringida que la significación literal de las palabras que se contienen en una promesa, absolutamente requiere o puede producirse de algún defecto original en la intención del *promissor*, o de alguna emergencia subsiguiente repugnante a tal intención...).*

²⁴¹ <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 160, n. 23 y bibliografía allí citada.

circunstancias a la hipótesis de *rationis cessatio* (Lib. 2 cap.16 § 22,4)²⁴², siempre que se demuestre que la permanencia de las circunstancias iniciales al momento de la promesa fuese la única razón que motivó al *promissor* a vincularse.

Se trata de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, que no se impuso en el derecho común, siendo considerada aún demasiado vaga e inconveniente para la certeza del derecho²⁴³, pero, no obstante ello, fue recibida en las primeras codificaciones iusnaturalistas, justamente en el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756) y con mayor restricción en el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794). El código bavarese codificó en manera detallada la cláusula, aceptando que estaba tácitamente incluida en todas las obligaciones²⁴⁴, siguiendo el camino trazado por el iusnaturalismo de GROCIO y LEYSER en términos de establecer cuáles presupuestos podían ser alegados para que se reconociera el cambio de las circunstancias. A tal fin, el código bavarese definió tres requisitos (§ 4. 15. 12): la ausencia de culpa, la imprevisión del cambio de las circunstancias y su relevancia objetiva según el parecer de una persona neutral; fórmula que, ciertamente, tuvo difícil aplicación²⁴⁵; por lo demás, se dejó al juez la elección entre la liberación de la obligación, o su modificación en proporción al cambio sobrevenido.²⁴⁶ El *Allgemeines Landrecht*, más restrictivo²⁴⁷, disponía que fuera del caso de una verdadera imposibilidad, el cumplimiento de un contrato no puede por regla ser rehusado a causa de un cambio de las circunstancias (I. 5 § 377), sin embargo, mitigando, agregaba que si a causa de una variación imprevista el fin último de ambas partes, declarado expresamente o resultante de la naturaleza misma del contrato, no podía ya ser alcanzado, cada contratante podía entonces desistir del contrato que no había sido todavía cumplido (I. 5 § 378). El código Prusiano indicó una tendencia interpretativa que, de haber sido seguida, habría prestado gran utilidad. En efecto, las normas de esa codificación concebían los eventos sobrevenidos y la frustración del diseño de la autonomía privada como datos a valorar bajo criterios objetivos, de allí se habría podido elaborar consecutivamente una técnica específica para el control del riesgo contractual. Sucedió en cambio que la cláusula *rebus sic stantibus* no fue acogida por la escuela histórica, ni siquiera la persuasiva argumentación de la codificación prusiana. Superfluo en últimas y casi imposible sería cualquier intento de enumerar las distintas referencias a la cláusula hechas en la doctrina, valga por ahora decir que la tradición, en particular la alemana, ha logrado un punto de evolución de los conceptos relacionados con esta materia que le ha permitido remover algunos equívocos consecuencia de la mística del dogma de la voluntad, en especial a partir de los años sesenta del siglo pasado²⁴⁸.

El abandono inicial de la cláusula en la doctrina pandectista fue la consecuencia de la afirmación del principio *pacta sunt servanda*, que desvió la atención sobre la relación entre eventos sobrevenidos y cumplimiento de la obligación, y condujo a poner el

²⁴² H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, cit., Lib. II cap. XVI § 22,4: <<...o si la sola y eficaz razón por la cual la promesa fue influenciada debe haber cesado, la obligación también sería nula, el suelo en que se fundó hace su existencia ya no más duradera >>.

²⁴³ Cfr. K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, 222.

²⁴⁴ R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 160; cfr. P. TARTAGLIA, voz <<*onerosità eccessiva*>>, en ED, XXX, Milano, 1980, 155.

²⁴⁵ K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, en *Roma e America* 8, 1999, 33.

²⁴⁶ Cfr. R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 160.

²⁴⁷ R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 160; por su parte K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 33 habla de un << paso ulterior >>.

²⁴⁸ Vide *amplius* M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, (sec. ristampa) Milano, 1998, 58 ss.

énfasis en el condicionamiento de los efectos del contrato a los presupuestos de la voluntad de las partes incluso cuando dichos presupuestos no hubiesen sido expresados en el programa contractual, se trataba pues de establecer los instrumentos necesarios para garantizar la relevancia de las intenciones de los contratantes aún cuando no se expresaran²⁴⁹. En este sentido, la intención de una parte que condiciona las consecuencias de su iniciativa contractual a la permanencia de un cierto estado de cosas, incluso si no la hace expresa, se consolidaría sólo en el contexto de la concepción del negocio jurídico que identificaba en la voluntad la fuente de los efectos del acto, fue la doctrina clásica del negocio jurídico la que procuró una serie de argumentos indispensables para que la teoría se transformara y acogiera amplia aceptación. Esta es en particular la vicisitud de la cuestión en la tradición alemana, que de la ‘presuposición’ avanzó hacia el ‘cambio de la base negocial’ (cfr. *infra* II). La suerte de las reglas propias de la que llamamos ‘imposibilidad sobrevenida’ fueron cristalizadas en las codificaciones, en general, en términos de extinción de la obligación y exención de responsabilidad, y en particular para cada singular contrato; la cláusula *rebus sic* fue rechazada en la tradición del código francés y en el futuro se consideró la extensión de la noción de *force majeure* (de esto cfr. *infra* III). La expansión de la problemática continuó, aunque sin lograr escapar de las nociones de *vis cui resisti non potest* y evento *cui prevederi non potest*, con el planteamiento del código italiano de 1942 (cfr. *infra* IV), la difusión de este modelo en Latinoamérica (cfr. *infra* V), la elaboración del *common law* (cfr. *infra* VI), y, en área supranacional, en los refinados términos del *soft law* y de la diversificación de nociones en el ámbito del comercio internacional hacia la progresiva identificación de un verdadero y propio deber de renegociar el contrato (cfr. *infra* 29 § 3).

En este contexto, como se sabe, inicialmente asumió relevancia la incidencia absoluta de los eventos sobrevenidos sobre la prestación, en términos de impedimento total objetivo, esto es, de ‘imposibilidad sobrevenida’, objetiva, absoluta y liberatoria causa de extinción de la obligación. De esta manera, las nociones constantes de *vis* y *casus* pasaron a integrar la categoría dogmática de la ‘imposibilidad’, dando así relevancia tan sólo a uno de los aspectos del problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual, en general, de la compatibilidad entre contrato y realidad²⁵⁰. Como bien señala CARDILLI, el concepto de ‘imposibilidad de la prestación’ tiene en el derecho romano una función central bajo el aspecto genético de la obligación, esto es, la que hoy llamamos imposibilidad originaria, basados en la regla *impossibilium nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185); por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento el principio según el cual el deber presupone la posibilidad, tuvo un rol marginal, en efecto, en la responsabilidad por incumplimiento, la *impossibilitas*, entendida como *impedimentum naturale* distinto de la *difficultas* (D. 45, 1, 137, 4), constituye el límite sólo a la responsabilidad del deudor obligado a *rem certam dare*, deudor que, además, está obligado más allá de la posibilidad cuando su conducta es imputable como causa de la imposibilidad (D. 45, 1, 91 pr.). Esta limitada relevancia de la ‘imposibilidad’ en el amplio campo de problemas relacionados con el

²⁴⁹ Esta inclinación a tener en cuenta suposiciones y expectativas de una de las partes más allá de los límites señalados por el contenido del contrato, no habría podido desarrollar una teoría respetable si no hubiera encontrado suelo fértil en un ambiente dispuesto completamente a una verdadera y propia exaltación del dogma voluntad: cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit. 59 ss.

²⁵⁰ Se trata del ‘riesgo de la realidad’, señalado inicialmente por W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft*, Berlin – Heidelberg, 1992, 497.

incumplimiento de todo tipo de obligaciones explica bien su interpretación en términos de esfuerzo diligente, la centralidad de la regla *culpam praestare-casus a nullo praestantur* (D. 50, 17, 23) en la tradición romanista hasta DOMAT y POTHIER, y la ausencia del recurso al concepto de ‘imposibilidad’ en los primeros artículos codificados que reglamentaron, en general, el problema de la responsabilidad contractual²⁵¹. Sin embargo, el concepto de ‘imposibilidad’ asumió especial importancia dogmática en la ciencia jurídica alemana, quizás una relevancia desproporcionada respecto del problema del incumplimiento; en efecto, hasta la primera mitad del siglo XIX, era el *casus* el concepto tradicional que constituía el límite de la responsabilidad contractual, cuando se hablaba de ‘imposibilidad’ en el ámbito de la responsabilidad contractual, se hacía referencia precisamente al impedimento de cumplir derivado de un caso fortuito. En la doctrina alemana este significado fue sustituido con el de ‘imposibilidad’ (*Unmöglichkeit*) de la prestación, que asumió entonces relevancia como única causa de liberación de la responsabilidad, la atención se desplazaba del ámbito del juicio sobre la culpa (exclusión de la conducta culpable del deudor para verificar la regla *casus nullam culpam praesupponit*) al ámbito del juicio sobre la ‘posibilidad’ en abstracto de la prestación, vinculando a esta consideración el juicio lógico del intérprete en la determinación de la responsabilidad contractual.

Ahora bien, en esta conceptualización dogmática no tuvieron espacio consideraciones ulteriores sobre aquellas anomalías no imputables constitutivas no de una imposibilidad, sino de una mayúscula onerosidad, es decir, una *difficultas* relevante para los efectos del cumplimiento. Esta es la problemática contenida en la cláusula *rebus sic stantibus*, la de la relatividad de los efectos de eventos sobrevenidos en la prestación y la exigencia de adaptación para conservar el vínculo y alcanzar la finalidad negocial específica, materia central de esta investigación.

²⁵¹ En este sentido, la eficaz reconstrucción de R. CARDILLI, *Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’: l’esempio della ‘responsabilità contrattuale’*, en *Roma e America*, 1, 1996, 89 ss. y bibliografía allí citada.

II

Presupuestos de la voluntad contractual e interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*: hacia la objetivación del concepto en particular sobre la tradición alemana, de la *Voraussetzung* a la *Geschäftsgrundlage*

Sumario: **10.** Windscheid y la ‘presuposición’: crítica a la teoría y fundamento de la interpretación sucesiva. § 1. Génesis del concepto. § 2. Resultados de la crítica: hacia la objetivación del concepto. **11.** La relevancia de la base negocial. § 1. Fundamento negocial objetivo y subjetivo. § 2. La interpretación del contrato según buena fe. § 3. La problemática de las supervenciones y la distribución de los riesgos. § 4. Ámbito de aplicación de la *Geschäftsgrundlage*. § 5. La modificación sustancial o cambio relevante (*wesentliche Aenderung*). § 6. *Treu und Glauben*, inexigibilidad de la prestación (*Unzumutbarkeit*) y distribución del riesgo (*Risikoverteilung*). **12.** Absorción de la *Geschäftsgrundlage* en el ámbito del riesgo: la distinción entre *Vertragsinhalt* y *Wesentlichkeit*. La identidad sustancial entre *Geschäftsgrundlage* y *Vertragsinhalt*. El remedio para la adaptación (*Anpassung*). § 1. Absorción de la *Geschäftsgrundlage* en el ámbito del riesgo. § 2. La identidad sustancial entre la *Geschäftsgrundlage* y el *Vertragsinhalt*. § 3. El remedio para la adaptación (*Anpassung*). **13.** La anomalía en el cumplimiento de la prestación: *Leistungsverstörungen* y disciplina de la imposibilidad sobrevenida (*nachträglichen Unmöglichkeit*) antes de la reforma. La imputabilidad de la imposibilidad y sus efectos. § 1. Imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva (*Unmöglichkeit* y *Unvermögen*). § 2. Efectos de la imposibilidad: *Leistungsgefahr* y *Preisgefahr*. **14.** La *Schuldrechtreform*: inexigibilidad (*Unerheblichkeit*) y lesión a la base negocial (*Störung der Geschäftsgrundlage*). § 1. El nuevo concepto de imposibilidad: la *Unerfüllbarkeit*. § 2. Perturbación de la base negocial (*Störung der Geschäftsgrundlage*).

10. Windscheid y la ‘presuposición’: crítica a la teoría y fundamento de la interpretación sucesiva.-

En un ambiente dogmático que exaltaba la mística de la voluntad, naturalmente no encontró acogida la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* así como fue planteada en la tradición del derecho común. En efecto, la pandectística buscó remitir a la voluntad de las partes incluso la frustración sobrevenida del contrato, haciendo naufragar el elemento causal en el vasto campo del concepto de ‘presuposición’. En este contexto fue precisamente WINDSCHEID quien en el siglo XIX buscó dar explicación teórica a la cláusula y elaboró su doctrina de la ‘presuposición’ (*Voraussetzung*), una condición no desarrollada (*unentwickelte Bedingung*), una limitación de la voluntad que no se ha desarrollado hasta ser una condición²⁵², a mitad de camino entre el mero motivo y la verdadera condición.

²⁵² B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1859; ID., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1879 = *Diritto delle Pandette*, II (trad. it. Fada y Bensa), Torino 1904 § 97 a 100, 394 ss.; el desarrollo ulterior de la problemática se observa en O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs)*, en *AcP*, 74, 1889, 216 ss.; P. OERTMANN, *Doppelseitiger Irrtum*, en *AcP*, 117, 1913, 275; ID., *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, W. School, 1921; A.VON TUHR, *Irrtum über die Grundlage des Vertrages*, en *Leipziger Zeitschrift*, 15, 1921, 153. En

La idea de voluntad como categoría psicológica está en la base de los conceptos de derecho subjetivo y de negocio jurídico acogidos por WINDSCHEID, en efecto, en la concepción del jurista de Düsseldorf, la cuestión de los presupuestos de la voluntad está estrechamente ligada a la categoría negocial, en un contexto dogmático que exalta el poder de la voluntad dirigido a la producción de efectos jurídicos²⁵³. Quien manifiesta su voluntad bajo una presuposición, señaló el jurista alemán, << *quiere a la par de aquel que emite una declaración de voluntad condicionada que el efecto jurídico deseado llegue a existir solamente dado un cierto estado de cosas, pero él no llega a hacer depender la existencia del efecto de tal estado de cosas, el efecto jurídico deseado subsiste y perdura aunque desaparezca la presuposición, sin embargo ello no corresponde a la verdadera intención del autor de la declaración, por lo que la subsistencia del efecto jurídico, si bien formalmente justificada, no lo es sustancialmente* >>²⁵⁴, de allí que, si el cumplimiento de la presuposición se hace imposible posteriormente, la regla es, dice WINDSCHEID, tanto en las declaraciones de voluntad *mortis causa* como en aquellas *inter vivos*, que tenga lugar la ineficacia de la declaración y el interesado podrá pretender la anulación (*Aufhebung*) del contrato.

Característica particular de esta teoría es considerar que se trata de una *unentwickelte Bedingung*, una condición no desarrollada, o mejor, no expresada²⁵⁵, que en síntesis estaría en una posición intermedia entre el motivo individual – irrelevante para los efectos del contrato- y la condición expresada de la que dependen los efectos del mismo²⁵⁶. Según esta argumentación, una suposición que se refiere a circunstancias que influyen sobre el contrato y que ha jugado un papel determinante en la decisión de celebrar el negocio (razón determinante: *Bestimmungsgrund*), debe entenderse como limitación de la voluntad declarada, que si bien no expresada resulta jurídicamente relevante dentro del ámbito de la condición o el *modus*, precisamente una *unentwickelte Bedingung*. En la base de la cuestión está la idea según la cual toda declaración de

materia de integración de la voluntad o del contrato, cfr. E. LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in *AcP*, 121, 1923, 1ss.; H. RHODE, *Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt*, en *AcP*, 124, 1925, 257 ss.; P. KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als Virtueller Vorbehalt*, en *AcP*, 131, 1929, 1 ss.; K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, Beck, 1951=*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, (trad. Carlos Fernández Rodríguez), Granada, 2002. En especial sobre la relación con la garantía por vicios ocultos, v. L. RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *AcP*, 150, 1938-1949, 481 ss.; sobre la irrelevancia de los motivos v. G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939. Advierte Windscheid (*Lehrbuch*, I, 360 n. 2) que en las fuentes falta una fija expresión técnica para lo que él está llamando ‘presuposición’ y dice que se encuentran mas bien usadas las expresiones *condicio*, *causa*, *modus*. Según R. CARDILLI, << *Bona fides* >> *Tra storia e sistema*, cit., 164, la enorme masa de fuentes romanas con que Windscheid sostiene su construcción, evidencian la necesidad de una profundización de la causa de la atribución patrimonial, ella, dice Cardilli, en la amplia polisemia con la cual la encontramos en las fuentes, es interpretada por el pandectista, en el ámbito de relevancia del presupuesto, en términos de razón determinante para la parte que manifiesta su voluntad (*Beweggrund der Willenserklärung*); cfr. J. GORDLEY, *Impossibility and changed and unforeseen circumstances*, en *52 American Journal of Comparative Law*, 2004, 526.

²⁵³ Cfr. *ex multis* E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 51 ss.; G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, en *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 1 ss.

²⁵⁴ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit. 396, al referirse al que llama ‘primer intento’ o ‘primera finalidad’ de toda declaración, puntualiza: << con la designación de éste primer intento se indica también necesariamente una presuposición de la declaración de voluntad, que en caso de ser frustrada, el efecto jurídico deseado no corresponde a la verdadera intención del autor de la declaración de voluntad, es tanto así que ninguno emite una declaración de voluntad sin finalidad alguna >>.

²⁵⁵ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., 195.

²⁵⁶ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., 163 ss.

voluntad tiene una primera finalidad, esto es, una *causa solvendi, credendi o donandi*, y en esa primera finalidad o primer intento estaría incluida la presuposición²⁵⁷. Así, cuando las circunstancias constitutivas de *Voraussetzung* desaparecen, pueden entonces interrumpirse los efectos del contrato mediante acción o interposición de excepción, y esto pues la voluntad declarada no correspondería con la voluntad real del sujeto, a la luz de la conocida contraposición entre ‘voluntad de los efectos’ (*der wirkliche Wille*) y ‘voluntad real’ (*der eigentliche Wille*). La *Voraussetzung* es pues una figura causal, dentro de un contexto cultural en el cual el problema de la justificación de la atribución patrimonial estaba influido por el coevo debate doctrinario sobre el negocio jurídico y el alcance de la relación entre voluntad y efectos.

Como toda teoría que lleva al extremo el rigor del método dogmático, la ‘presuposición’ resultaba seguramente de difícil aplicación frente a las necesidades prácticas y a la misma concepción del negocio jurídico en la cual se apoyaba. Esta teoría resulta inaplicable, en primer lugar, puesto que, si de un lado parece garantizar un severo control de la coherencia entre presupuestos de la iniciativa negocial y efectos del contrato, por otro, en cambio, compromete la seguridad del tráfico jurídico, sometiéndola al difícil y oscuro procedimiento de *indagatio* psicológica; en segundo lugar, valorar los presupuestos o presuposiciones de los contratantes va más allá de los límites del dogma de la voluntad con el cual la teoría pretende conciliar, en el sentido que no puede atribuirse relevancia a las intenciones no expresadas por una parte en la medida en que se violaría el principio de irrelevancia de los motivos acreditado por la teoría general del negocio jurídico y mediante el cual ésta circunscribe el ámbito de relevancia de la voluntad y justifica el dogma²⁵⁸.

Los inconvenientes de la teoría de WINDSCHEID no pasaron inadvertidos, en seguida se encontró con la crítica de LENEL²⁵⁹ quien sostenía que la ‘presuposición’ no era otra cosa que un punto medio entre el motivo de una sola parte no manifestado y la condición recíprocamente convenida, de modo que entre la ‘presuposición’ en el sentido de WINDSCHEID y un motivo, no existiría diferencia alguna, de lo que LENEL concluyó que la presuposición, o bien debía configurarse como condición de validez del contrato y debía ser aceptada por el otro contratante, o bien se reduciría a un motivo jurídicamente irrelevante, no habría pues un término medio entre un motivo irrelevante y la auténtica condición²⁶⁰, de modo que, debido a razones de tutela del tráfico jurídico, no podía ser aceptada²⁶¹. La posición contraria de la teoría en la doctrina y jurisprudencia favoreció el ambiente para su rechazo igualmente por parte de los redactores del BGB, luego de muchas discusiones prevaleció la opinión contraria. Sin embargo, la teoría de WINDSCHEID ha sido objeto de constantes referencias en cada sucesiva argumentación para resolver el problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento del contrato.

²⁵⁷ Vide M. GIORGIANNI, voz <Causa>, en ED, Milano, 1960, 555 ss.; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 92 ss.

²⁵⁸ Cfr. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 62.

²⁵⁹ O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung*, cit., 216 ss.; cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., 18; igualmente A. VON TUHR, *Teoría del derecho civil alemán*, II, Madrid, 2005, 181.

²⁶⁰ Lo explica en detalle K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., 18 ss.

²⁶¹ Cfr. K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, 223.

§ 1. Génesis del concepto.-

La génesis del concepto científico no tiene una explicación unívoca. En el derecho romano falta una expresión técnica para designar la presuposición, en su lugar se usan las palabras *condicio, causa, modus*²⁶², lo que hace pensar que no existió tal concepto en la dogmática de los juristas romanos. El nacimiento de la figura, por lo tanto, debe buscarse en el derecho común²⁶³, y, más precisamente, en el *consilium* 402²⁶⁴ de Pietro ANCARANI, en el que, en efecto, se aclara de modo particularmente eficaz el sentido de atribuir al término presuposición, *id est* una circunstancia o motivo no expresados determinantes del consentimiento, pero presentes sea en la conciencia de los contratantes sea en la opinión común. El ejemplo indicado no es el único, del examen de los textos de la doctrina del derecho común, en efecto, aflora el abundante uso de la expresión *praesuppositum*, empleada en sentido general y que se presta a comprender cada circunstancia que puede encontrarse en un vínculo racional con la voluntad no expresada fundamento de un determinado negocio²⁶⁵. Como consecuencia lógica de esta indeterminación se deduce por qué la presuposición ha sido relacionada a al condición²⁶⁶, a la cláusula resolutoria²⁶⁷, a la excesiva onerosidad sobrevenida²⁶⁸, a los motivos²⁶⁹, a la causa²⁷⁰, a la interpretación según buena fe²⁷¹, y, en fin, al error²⁷².

²⁶² Windscheid confirma la ausencia de la expresión en las fuentes romanas, pero, si no la encontró en las fuentes romanas, seguramente – aunque si el jurista de Düsseldorf no lo dice- la tomó de la literatura del derecho común en donde la expresión tenía un sentido análogo al desarrollado por el pandectista alemán: cfr. M. BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, en *Riv. d. civ.*, 1929, 139-140.

²⁶³ M. BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, cit., 125 ss., si bien la noción se atribuye universalmente a la argumentación de Windscheid.

²⁶⁴ En el caso, un arrendatario – suponiendo que el Papa Alejandro III y su Corte permanecerían muchos años en Pistoia – asumió el cobro de los impuestos de esa ciudad a un canon muy elevado, confiando obtener una considerable ganancia, solo que el Papa improvisamente y contra toda previsión general, abandonó la ciudad. El arrendatario solicitó entonces la liberación o una congrua reducción del canon al que se había obligado, su demanda fue considerada justa por Ancarani y por el Cardenal De Luca.

²⁶⁵ M. BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, cit., 137.

²⁶⁶ En este sentido F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3° ed., Milano, 1948, 130, para quien la diferencia entre los dos institutos radica en la circunstancia por la cual la condición expresa la <<assoluta incertezza oggettiva del verificarsi o meno dell'evento, mentre la presupposizione racchiude in sé l'assoluta certezza soggettiva dell'evento o del non evento >>.

²⁶⁷ Vide en la doctrina F. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, cit., c. 158 ss.; ID., *Brevi cenni sull'oggetto del presupposto* (nota a Cass., 19 febbraio 1960, n. 292), en *Foro padano*, 1961, I, 1275 ss.; ID., *Su un caso di donazione e appunti in tema di presupposizione* (nota ad App. Milano, 15 luglio 1960), en *Riv. d. civ.*, 1962, II, 179-190; ID., voz *Presupposizione*, cit., 775-784; ID., *Rassegna di giurisprudenza di diritto civile*, en *Jus*, 1940, 164. En dos ocasiones la jurisprudencia italiana ha cambiado de posición: App. Roma, 23 dicembre 1967, en *Temi romana*, II, 1969, 296-300; Trib. Messina, 3 aprile 1985, en *Giust. civ.*, 1986, I, 2577, con nota de F. PIZZUTO, *Spunti per un corretto uso della c.d. presupposizione*, cit., 2579 ss.; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., 443.

²⁶⁸ Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1986, 369; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Quadrimestre*, 1988, 75; F. FAVARA, *Sopravvenienza di leggi e presupposizione*, en *Giurisprudenza completa Cassazione civile*, 1954, VI, 47; W. BIGIAMI, *In tema di presupposizione* (nota a Cass., 8 giugno 1948, n. 864), en *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 173; G. BOLOGNA, *Profilo sistematico della presupposizione* (nota a Cass., 29 luglio 1948, n. 1281), en *Giurisprudenza completa Cassazione civile*, 1948, III, 175; S. PIRAINO, *La presupposizione negli accordi in tema di espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1971, 24; cfr. además, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 289 ss.; V. COLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto «fondamento del negozio»*, en *Jus*, 1958, 397. En la jurisprudencia italiana, *ex multis*, Cass., 12 maggio 1943, n. 1149, en *Repertorio Foro italiano*, 1943-1945, 1104, n. 324; Cass., 6 luglio 1971, n. 2104, en *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 285; Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, en *Foro italiano*, 1977, I, c. 2339; Cass., 6 giugno

Como se señaló, la elaboración más refinada y completa atribuida a los estudios dogmáticos de la doctrina alemana de finales del siglo XIX, en una primera opinión emergida en tales estudios, afirmó que quien declara su voluntad bajo una determinada presuposición quiere que el efecto jurídico exista solamente si permanece una determinada situación de hecho y de derecho. Tal voluntad, en cambio, no resulta de

1985, n. 3366, en *Massimario giustizia civile*, 1985, 1043-1044; Cass., 15 dicembre 1987, n. 9272, en *Foro italiano*, 1988, I, c. 1582; Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, en *Massimario giustizia civile*, 1989, 1033. La divergencia entre las dos figuras se puede observar en el hecho que la excesiva onerosidad sobrevenida está determinada por sucesos extraordinarios e imprevisibles, mientras que la presuposición es una circunstancia que, en cuanto motivo determinante del consentimiento, ha sido absorbida en el tejido contractual; además, mientras ésta última se refiere al alea normal del contrato, la otra, por expresa disposición normativa, puede funcionar sólo más allá de ese límite. En los casos de excesiva onerosidad el contrato conserva sentido si se modifica para reconstruir su equilibrio sinalagmático, por el contrario, en caso de falsa presuposición el contrato pierde toda utilidad tanto así de llegar a su invalidez. Podemos afirmar entonces que desde el punto de vista estructural, la falsa presuposición es una patología endógena al contrato, mientras que la supervención es una patología exógena. Interesante señalar que el evento extraordinario e imprevisible <<per il solo fatto di essere presupposto>> no sea <<per definizione estraneo alla previsione degli stipulanti>>: M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, cit., 182, n. 29.

²⁶⁹ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile italiano* (dir. F. Vassalli), Torino, 1950, 432; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 144; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 130; ID., voz *Contratto (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 826; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1951, 129 n. 3; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 191; F. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 618; F. DE MARTINI, *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi* (nota a Cass., 17 ottobre 1947, n. 1619), en *Giurisprudenza completa Cassazione civile*, 1947, III, 356. En cuanto al contundente rechazo de la presuposición como motivo irrelevante por parte de la jurisprudencia italiana, vide Cass. 20 giugno 1958, n. 2148, en *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 1, c. 329, con nota de F. MARTORANO, *Motivo inespresso, irrilevanza dei motivi e presupposizione*. En contra, Cass., 9 febbraio 1985, n. 1064, en *Foro italiano*, 1986, I, c. 1981; Cass., 26 gennaio 1987, n. 718, en *Giustizia civile*, 1987, I, 382.

²⁷⁰ Cfr. G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 274; M. BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1931; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit.; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 381 ss.; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987; M. GIORGIANNI, voz *Causa (diritto privato)*, cit., 556; L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria della garanzia per i vizi nella vendita*, en *Studi in onore di De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955, 6; M. COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, cit., 193; F. PIZZUTO, *Spunti per un corretto uso della c.d. presupposizione*, cit., 2580; E.P. PELLICANÒ, *Destinazione dello scambio e presupposizione*, cit., 364; en la jurisprudencia, cfr. Cass., 22 settembre 1981, n. 5168, en *Foro italiano*, I, 1982, c. 107; Cass., 15 dicembre 1987, n. 9272, en *Foro italiano*, I, 1988, c. 1043; Cass., 21 novembre 1983, n. 6933, en *Foro italiano*, I, 1984, c. 458; App. Milano, 20 dicembre 1983, en *Foro padano*, I, 1983, c. 382; Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, cit. La teoría encuentra sustento en el derecho intermedio, donde el *praesuppositum* era un duplicado de la causa, justificable hoy mediante la revisión de dos dogmas jurídicos que han venido perdiendo terreno: el de la irrelevancia absoluta de los motivos y el de la causa, que no se entiende ya como función económico-social, sino como razón práctica o fin último, o función económico-individual del contrato.

²⁷¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 526; V. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di «presupposizione»*, cit., 211; L. MENGONI, nota a Cass., 28 maggio 1953, n. 1594, en *Rivista del diritto commerciale*, II, 1953, 284. El ámbito de cooperación en el *Vertragsrisiko* ha sido retomado particularmente por Bessone, al igual que los conceptos y el alcance de la *Risikoverteilung*, de la *Gefahrenverteilung* y del *Leistungsrisiko*, gobernados por el principio de *Treu und Glauben*, elaborados a partir de la doctrina de la *Geschäftsgrundlage*: cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.; ID., *Motivi del contratto, dogma della loro irrilevanza e obiter dicta giurisprudenziali*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1979, 92.

²⁷² Cfr. F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, cit., 70 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

una condición expresa; se trataba, como se dijo, de una condición no desarrollada *unentwickelte Bedingung*²⁷³. La diferencia fundamental respecto de la condición resultante del contrato, consiste en el hecho que mientras ésta última opera de inmediato sobre la eficacia del contrato mismo, la falta de la presuposición no interviene *ipso iure* sobre sus efectos, pero puede ser alegada en sede procesal mediante acción u excepción²⁷⁴.

§ 2. Resultados de la crítica: hacia la objetivación del concepto.-

Esta elaboración encontró enseguida dura oposición. En efecto, si no es posible negar la fuerza del argumento según el cual la eficacia negocial existe en cuanto deseada, y, en defecto de voluntad, no puede imaginarse la producción de efectos jurídicos, hace falta también reconocer que la presuposición hace depender la eficacia del contrato del querer interno. Se objetó en particular que dar relevancia a la voluntad de las partes independientemente del contenido negocial habría minado la certeza del tráfico jurídico²⁷⁵, y se adujo también la preocupación que bajo el manto de la presuposición se escondieran los motivos de la representación de la voluntad²⁷⁶; por esto, emergió en la misma doctrina alemana un proceso de objetivación del concepto de presuposición²⁷⁷.

No obstante el vacío legislativo, luego 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 sobrevenidas²⁷⁸, y pretender la solución a la luz solamente del § 242 no resultaba conveniente,²⁷⁹ de donde la doctrina respondió a esa necesidad con la teoría de la ‘base negocial’ (*Geschäftsgrundlage*),

²⁷³ Windscheid usó la palabra *Voraussetzung* por primera vez en *Zur Lehre des Code Napoléons von Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1847, 270-297, para indicar una condición no desarrollada (*eine unentwickelte Bedingung*), una autolimitación de la voluntad que el pandectista consideró suficientemente relevante, sin ser necesario el conocimiento real de la contraparte acerca de dicha autolimitación, en particular << Voraussetzung ist eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde >> (La presuposición no consiste propiamente en aquello que se ha querido, sino precisamente en aquello sin lo cual no se habría querido): B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., 7.

²⁷⁴ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., 7.

²⁷⁵ F. REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1893, 607.

²⁷⁶ R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1898, 209.

²⁷⁷ D. RICCIO, *La presupposizione*, en *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 6 / 2004, 551 ss.

²⁷⁸ Acerca del punto vide, K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., 93 que comenta cómo después de la segunda guerra en Alemania se introdujo una intervención de amparo judicial para los contratos celebrados antes de 1948; ID. *Derecho de obligaciones*, I, (trad. Jaime Santos), Madrid, 1959, 319; K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 40 ss; K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 223 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 95 ss.

²⁷⁹ K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, cit., 321, expresaba que la revisión judicial del contrato estaba en oposición a los principios del derecho obligacional alemán, y rechazaba las interpretaciones en tal dirección, el sentido del § 242, escribía Larenz que según su posición en la ley y su función constitucional, no es el de una norma facultativa para el juez que le permita fijar a su arbitrio la entidad y extensión de la obligación del deudor según consideraciones de conveniencia y equidad, sino que, como todas las otras normas del derecho de obligaciones, es una norma objetiva que solamente dispone que para el enjuiciamiento de una relación obligatoria se tengan en cuenta aquellos puntos de vista generales que derivan de la naturaleza de las cosas, del sentido del contrato correspondiente y de los criterios immanentes de la justicia.

atribuida a OERTMANN²⁸⁰, quien dio los primeros pasos desarrollando la teoría de la presuposición en dirección de la relevancia de circunstancias sobrevenidas que modificaran sustancialmente las comunes previsiones de las partes, determinantes para la celebración del contrato. Sobre la huella de WINDSCHEID, asumiendo por base del negocio una representación psicológico-real que hubiese determinado la decisión de una de las partes²⁸¹, OERTMANN se esforzó en perfilar la distinción entre presuposición y motivo, contestando a las objeciones hechas por LENEL. Sin embargo, ello no abarcaba el fenómeno en toda su amplitud, por lo que fue necesario un ajuste ulterior estableciendo el criterio autónomo de lo ‘previsto’ o ‘previsible’ relevante dentro del contenido de la teoría de la base negocial objetiva²⁸²; lo que precisamente se observará en las líneas de Karl LARENZ al referirse a la ‘desaparición de la base del negocio’: todo contrato, decía LARENZ, se estipula entre los que en él participan teniendo en cuenta determinadas circunstancias de carácter general, ya sean o no consientes de ello en el caso concreto, y si en tales circunstancias necesarias para la subsistencia del negocio (base objetiva), se produce una alteración total e imprevista que no haya sido en forma alguna considerada en el contrato, no resulta conforme a la buena fe someter a la parte por ello perjudicada²⁸³.

Fue la profunda crisis económica sucesiva al Tratado de Versalles que en 1919 puso fin al primer conflicto mundial, la que a causa de la severidad de las sanciones impuestas condujo a Alemania hacia una crisis inflacionaria alterando las circunstancias iniciales de los contratos. OERTMANN sometió entonces a revisión la teoría de WINDSCHEID, y afirmó que debían considerarse relevantes, no ya todos los motivos no expresados de cada parte, sino solamente aquellos manifestados por una de ellas y conocidos por la otra²⁸⁴; relevantes serían entonces sólo los efectos evidentes que sobre el contrato produce la modificación del estado de cosas existente al momento de la celebración²⁸⁵.

²⁸⁰ *Die Geschäftsgrundlage*, cit.; cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., 5 citando lo que por base negocial definía Oertmann: << la representación mental de una de las partes en el momento de celebrar el negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de ambas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial >>; K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 226.

²⁸¹ K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., 19.

²⁸² R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 168. Precisamente K. LARENZ, op. ult. cit., 17, señalaba que la teoría de Oertmann no indicaba de modo satisfactorio cuáles eran las circunstancias que podrían estimarse como ‘base’ de un contrato perfeccionado, con cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada, y sugería que la teoría debía apoyarse en criterios distintos de los psicológicos empleados por Oertmann y ya antes por Windscheid.

²⁸³ K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, cit., 314, lo que en la p. 321 cuestiona no el fundamentar la decisión en la buena fe, sino realizar la interpretación a partir del § 242.

²⁸⁴ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, cit., 38.

²⁸⁵ Vide las diferencias entre la teoría de Windscheid y de Oertmann en E. LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, en *ACP*, 121, 1923, 1 ss.

11. La relevancia de la base negocial.-

Sobre la consideración de que es necesario también tutelar a la contraparte que ha puesto su confianza sobre la declaración del sujeto que ha caído en error y que es oportuno - para garantizar la objetiva estabilidad de las relaciones jurídico económicas- orientarse hacia soluciones que permitan contemperar la tutela de quien ha caído en error con aquella de quien ha puesto la confianza sobre la declaración ajena, se creyó posible señalar como fundamento de la presuposición, no ya la intención de las partes (condición no desarrollada), sino la existencia de un vicio objetivo del negocio consistente en la falta o desaparición de la base negocial del reglamento contractual proyectado por las partes²⁸⁶, sustituyendo, en consecuencia, el concepto de presuposición como fundamento de la manifestación individual de la voluntad, por aquel de presuposición como fundamento del negocio. Según esta teoría, la presuposición sería la representación que uno de los sujetos de la relación haya tenido respecto de una circunstancia fundamental del negocio²⁸⁷. A su vez, la así llamada base negocial se define sea como la representación de una de las partes que asume importancia durante la celebración del contrato y que es aprobada por la contraparte, sea como representación común de ambos contratantes acerca de la existencia o el sobrevenir de determinadas circunstancias constitutivas de la voluntad negocial; según esta orientación, la presuposición deja de ser una autolimitación de la voluntad para ascender al papel de fundamento del negocio. Se observa enseguida que el enorme mérito de esta doctrina es haber llevado el problema de la presuposición al álveo del contenido del contrato²⁸⁸. Por otra parte, ha sido señalado por un autorizado autor²⁸⁹ que esta teoría, lejos del ser una superación de la dogma de la voluntad, representa su más coherente expresión, el problema de la presuposición – y en relación con ella el de la excesiva onerosidad- continúa a ser solucionado en términos de voluntad y representaciones mentales, permitiendo a cada contratante cargar al otro el riesgo de circunstancias sobrevenidas contrarias a sus expectativas, por el solo hecho de la comunicación de los resultados que se esperan del contrato. A pesar de las numerosas voces a su favor, la crítica central a esta concepción radicó en que ella estaba planteada sobre de un plano subjetivo, en efecto, en el pensamiento de sus partidarios está siempre presente la referencia a la voluntad de las partes que constituye por lo tanto el fundamento relevante de la presuposición. En particular, tal doctrina no logró explicar de modo satisfactorio la diferencia entre la base negocial y los simples motivos individuales.

§ 1. Fundamento negocial objetivo y subjetivo.-

La base negocial de OERTMANN debe pues entenderse como la representación común de una realidad que tiene carácter fundamental para ambas partes, en otras palabras, se trata de un estado de cosas que, hecho parte del contenido dispositivo, repercute objetivamente sobre la finalidad que las partes esperan alcanzar mediante el

²⁸⁶ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, cit., 27 ss.

²⁸⁷ P. OERTMANN, *ult. op. cit.*, 27 ss.

²⁸⁸ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 437, n. 59.

²⁸⁹ M. BESSONE, *La rilevanza della presupposizione, teorie di Windscheid ed Oertmann*, cit., 285.

contrato²⁹⁰. En el plano cualitativo, el problema de los presupuestos de la voluntad negocial se traduce en la necesidad de definir los criterios para establecer cuándo el cambio de las circunstancias altera el programa contractual indicado por las partes; en el plano cuantitativo, en cambio, en la necesidad de delimitar las circunstancias consideradas como base del negocio. En particular sobre este último plano, recientemente se han intentado organizar los resultados alcanzados por la doctrina en el sentido de una marcada objetivación, se propuso entonces la distinción entre base negocial subjetiva y objetiva (*subjective und objective Geschäftsgrundlage*): la primera constituida por el conjunto de representaciones que inducen a las partes a contratar; la segunda constituida por cada circunstancia cuya existencia o duración es necesaria para la existencia del contrato como reglamento significativo de intereses según la intención de las partes²⁹¹. En tal óptica la realización del objetivo del contrato y las intenciones de los contratantes son dos especies que no pueden ser sometidas a un mismo régimen jurídico, en cuanto, mientras la *subjective Geschäftsgrundlage* encuentra su propio fundamento en el ámbito de los vicios de la voluntad, y en particular en el error sobre los motivos, viceversa, la *objective Geschäftsgrundlage* se introduce en una problemática distinta: la de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esta construcción - avalada por la experiencia de otros ordenamientos- suscita algunos comentarios. En primer lugar la *objective Geschäftsgrundlage* es en muchos aspectos parecido al concepto tradicional de *Geschäftsgrundlage*, y en consecuencia no se exime de las críticas que en precedencia realizó la doctrina. En segundo lugar, suscita perplejidad el hecho que la *subjective Geschäftsgrundlage*, relacionada con la materia del error, incluya también hipótesis en las que se han frustrado algunas expectativas de las partes²⁹². Es necesario, en efecto, tener presente que es la misma noción de falsedad la que impide valorar el error como hecho perteneciente a la esfera psíquica del sujeto, porque inevitablemente ella implica una referencia a datos que se ponen sobre un plano exterior al mismo. El error, por lo tanto, como causa de anulación del contrato, no puede sino corresponder a la falsa representación de una realidad presente o pasada respecto del momento de la volición y no a una expectativa frustrada. Es posible entonces afirmar que la doctrina alemana, luego de haber asimilado los presupuestos típicos de la concepción voluntarista del negocio jurídico, haya tratado de encontrar la solución del problema haciendo referencia a una interpretación capaz de moderar, según criterios objetivos, las posiciones contrapuestas de las partes contractuales, evitando así una excesiva valoración de los motivos subjetivos de un contratante y de la drástica afirmación de la irrelevancia absoluta de los motivos, incluso no expresados, que hayan constituido el presupuesto común del programa contractual.

En la actualidad, la experiencia jurídica alemana parece resolver el problema de los presupuestos de la voluntad negocial en el rechazo a aquel que, según la conocida expresión bettiana, se define comúnmente el dogma de la voluntad. La dialéctica entre

²⁹⁰ Cfr. L. MENGONI, *Recensione a Larenz*, en *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 257.

²⁹¹ K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., 1951, *passim*.

²⁹² Resulta interesante señalar que << tale interpretazione sembra assumere quale punto di partenza un concetto di errore ricavato in astratto mediante una operazione intellettualistica mentre è necessario che tale definizione sia elaborata sulla base del diritto 'positivo'. Sotto questo profilo si deve rilevare che nel campo del diritto si parla di errore tutte le volte in cui da parte di un soggetto agente vi sia stata una rappresentazione inesatta di un determinalo dato. Con riferimento in particolare all'agire umano e alle motivazioni che determinano un individuo ad operare si parla di errore tutte le volte in cui il soggetto si sia fatta una rappresentazione della realtà non corrispondente al vero e per altro sulla base di questa erronea rappresentazione si sia determinato ad operare >>: D. RICCIO, *La presupposizione*, cit. 555.

técnicas legales para la distribución del riesgo e interpretación del contrato conducirá a lo que hoy se denomina *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, una dialéctica que se resuelve en un dogma distinto, el de la objetividad²⁹³.

§ 2. La interpretación del contrato según la buena fe.-

En el ámbito de la doctrina alemana se aceptó que el verdadero problema de la presuposición consistía en individualizar un instrumento jurídico que, en el caso de presuposición errónea, permitiera a la parte caída en error desconocer la eficacia vinculante del contrato sin comprometer con ello la confianza puesta por la contraparte en el reglamento contractual establecido. La valoración de los intereses de las partes puede ser realizada acudiendo al principio de buena fe en la interpretación del contrato, que permitiría identificar en el contenido del programa negocial la eventual existencia de una reserva implícita con la que el declarante subordina la obligatoriedad del contrato a la efectiva existencia o permanencia de una circunstancia presupuesta²⁹⁴. La fallida contestación de tal reserva por el otro contratante significaría la aceptación de la reserva misma y, por lo tanto, la posibilidad de justificar un sacrificio de sus expectativas en caso de resultar inexistente o de desaparecer la circunstancia presupuesta²⁹⁵. Esta teoría no ha encontrado un consenso general ya que, en primer lugar, el planteamiento no ofrece ningún instrumento para distinguir la hipótesis de error de la de los motivos en caso de falsa presuposición; en efecto, la diferencia entre estas dos hipótesis no puede radicar en la distinta incidencia que las representaciones erróneas han tenido en la decisión de celebrar el contrato, ya que en ambos casos se trata de representaciones determinantes del actuar del sujeto. En segundo lugar, no convence la solución al problema de la presuposición mediante el criterio de interpretación del contrato conforme a la buena fe. En efecto, en el caso de presuposición, las partes no sospechan que la realidad puesta como fundamento del propio consentimiento negocial sea diferente de la efectivamente real ni imaginan que la misma pueda ser sucesivamente modificada, por lo tanto, el procedimiento hermenéutico puede resultar en estos casos arbitrario y artificioso pues del contenido del contrato no emerge alguna reglamentación de las partes en caso de ocurrir determinadas circunstancias idóneas a turbar la economía de la relación.

§ 3. La problemática de las supervenciones y la distribución de los riesgos.-

No faltó, además, la posición doctrinal que partiendo de la escisión entre *subjektive* y *objektive Geschäftsgrundlage*, vinculó la presuposición al problema de la supervención contractual y la correcta distribución de los riesgos²⁹⁶. Una circunstancia que las partes han creído esencial pero que no llega a ser condición contractual, da lugar a un error sobre el motivo, irrelevante para el ordenamiento, pero en el caso de error bilateral sobre los motivos la conclusión es distinta, el estado de cosas se pone como

²⁹³ M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, 148 ss.

²⁹⁴ P. KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als Virtueller Vorbehalt*, cit., 91.

²⁹⁵ P. KRÜCKMANN, op. ult. cit., 63.

²⁹⁶ A. BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin, Vahlen GmbH, 1964, 164 ss.

fundamento fijo e inmutable del negocio y la ‘no realidad’ o ‘no existencia’ de ese estado de cosas determina la invalidez (*nichtig*) del contrato, ya que fue un error común el que indujo a las partes a celebrarlo²⁹⁷. De esta regla la doctrina y la jurisprudencia alemanas han elaborado el principio general según el cual en presencia de error común sobre el fundamento del negocio, es contrario a la buena fe si, a pesar de tal error, una parte pretende todavía obligar a la otra a respetar el vínculo contractual²⁹⁸.

§ 4. Ámbito de aplicación de la *Geschäftsgrundlage*.-

Al margen de las numerosas reconstrucciones doctrinales de la figura de la *Geschäftsgrundlage*, el hecho fundamental a considerar es que el modelo alemán se caracteriza históricamente por su origen jurisprudencial, esto significa que tanto los requisitos para el reconocimiento de la situación protegida cuanto los mecanismos para su tutela, se han dejado tradicionalmente a la determinación de los jueces, que habrían puesto su atención, no sobre el concepto de *Geschäftsgrundlage*, sino sobre aspectos más concretos, por lo que la jurisprudencia prefirió enfatizar en otros requisitos necesarios para identificar el ámbito de aplicación de la figura. Para la aceptación del remedio, el evento sobrevenido ha debido influir de manera relevante (*wesentlich*) haciendo la prestación inexigible (*unzumutbar*) a la luz del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones establecido en el § 242 BGB.

Dejando de lado la disputa doctrinal, la jurisprudencia se dio su propia definición de *Geschäftsgrundlage*, afirmando que ella estaba constituida por todas aquellas circunstancias cuya permanencia o cuya ocurrencia fuesen consideradas por las partes como fundamentales al momento de celebrar el contrato; se observa de inmediato que la jurisprudencia no escindió las dos teorías, aplicando unas veces la versión subjetiva y otras la objetiva. En efecto, el *Reichsgerichtshof* empleó inicialmente la teoría objetiva para negar el remedio cuando las circunstancias sobrevenidas estaban dentro de las expectativas de las partes, pero sucesivamente cambió su postura dando mayor prevalencia al contexto general del contrato, sin tomar posición definitiva sobre una u otra versión de la teoría, es más, alternando una y otra concepción con particulares elementos como la *Unzumutbarkeit*²⁹⁹, enfatizando en la tipología concreta del evento

²⁹⁷ A. BLOMEYER, *ult. op. cit.*, 140.

²⁹⁸ D. RICCIO, *La presupposizione*, cit., 559.

²⁹⁹ << Eine Verquickung des Oertmanns (subjektiven Begriffs mit dem Unzumutbarkeit findet sich z.B. in BGH LM Nr. 18 (ba) und Nr. 27 (Bb) zu § 242, BGB. Geschäftsgrundlage sind danach die Vorstellung über das Vorhandensein oder – bleiben gewisser grundlegender Umstände, die zwar nicht Vertragshalt geworden, andererseits aber auch nicht bloss Beweggrund geblieben sind, sondern entweder von beiden Vertragspartnern zur Grundlage des Geschäfts gemacht worden sind, oder doch wenigstens von dem einen Vertragspartner, ohne dass sie dem anderen verborgen geblieben oder von ihm Bestandend worden wären. Die Geschäftsgrundlage fehlt oder fällt weg, wenn die Verhältnisse Grundlagen anders sind oder werden, als sie den Vorstellung bei der Vertragsabschluss entsprechend und diese Andersartigkeit dazu führen würde, dem Schuldner, wenn er am Vertrag festhalten würde, unzumutbare Opfer auferlegen. Ein Gegenspiel in dem die <<objektive>> Vertragszweck-Theorie mit dem Unzumutbarkeits-Doktrin kombiniert wird, bildet etwa BGHZ 2, 288, wienach der Fortfall der Geschäftsgrundlage nur berücksichtigt werden kann, wenn <<mit Rücksicht auf den Geschäftszweck das Festhalten an dem Vertrag nach Treu und Glauben dem Verpflichteten nicht mehr zugemutet werden kann >> (La mezcla de Oertmann (...) La base del negocio es la idea de una representación de la Vorhandensein -o ciertas circunstancias que restan motivo fundamental-, ella ciertamente no se constituye contenido del contrato,

sobrevenido mediante una distinción general de dos categorías de eventos que no imposibilitan completamente la prestación: una en la que hay lesión de la *Aequivalenz*, y otra en la que no es posible alcanzar el *Vertragszweck*. En lo que tiene que ver con la destrucción sobrevenida del presupuesto de la equivalencia económica inicial entre las prestaciones (*Aequivalenzverstörung*), en un precedente la jurisprudencia había ya señalado que no cualquier fluctuación monetaria habría podido legitimar el remedio previsto por el ordenamiento, sino que era necesaria la presencia de requisitos adicionales³⁰⁰. La doctrina se ocupó igualmente de la *Zweckvereitelung*, esto es, la imposibilidad sobrevenida de alcanzar la finalidad que las partes se habían propuesto al celebrar el contrato, para determinar en qué casos se presentaba esa inutilidad de la ejecución de la prestación teniendo en cuenta el principio de la irrelevancia de los motivos; de esta manera se elaboró el concepto de *weiteres Vertragszweck*, es decir, una finalidad ulterior a la causa misma del contrato y que puede ser identificada en la finalidad común de las partes estipulada explícita o implícitamente³⁰¹. Progresivamente éste concepto se definió con mayor precisión considerando que la finalidad ulterior habría podido ser identificada a la luz del contrato, distinguiendo así entre la finalidad ulterior establecida por las partes, y su contenido. Surge aquí un válido cuestionamiento, cuál sea la relación entre la obligación de resultado (*Verpflichtungszweck*) y la finalidad ulterior (*weiteres Zweck*), al que sigue esta respuesta: la obligación de resultado debe estar comprendida en el tejido contractual o de lo contrario sería del todo irrelevante, mientras que el fin ulterior tendría autonomía visto a la luz de la teoría de la base negocial; a esto debe agregarse que cuando las partes no manifiesten explícitamente el fin ulterior, asume entonces relevancia la interpretación integradora del contenido del contrato (*Vertragsinhalt*), mientras que la finalidad ulterior del acreedor cobraría importancia sólo cuando fuese punto de referencia del programa contractual³⁰².

§ 5. La modificación sustancial o cambio relevante (*wesentliche Aenderung*).

La jurisprudencia afirmó el principio general según el cual no cualquier evento sobrevenido que tuviese efecto sobre una circunstancia prevista como base del negocio podía ser considerado como relevante por el ordenamiento, sino sólo aquellos eventos que produjeran una *wesentliche Aenderung*, es decir, un cambio sustancial ocurrido entre el

pero, a su vez, no resta un mero motivo sino que fue elevada por los contratantes a base del negocio, o al menos por uno de ellos (...) Falta o desaparece la base del negocio cuando cambian las circunstancias iniciales, es decir, cuando si bien la representación corresponde con las circunstancias que rodeaban el contrato al momento de su celebración, el cambio de ellas produce un sacrificio irrazonable para el deudor. Un juego de palabras se ha producido con la teoría <<objetiva>> del motivo contractual y la doctrina de la 'irrazonabilidad', desarrollado por ejemplo en el BGHZ 2, 288, donde sólo la desaparición de la base negocial puede ser considerada, cuando <<en relación con el motivo del negocio y la observancia de la buena fe en el contrato, no exista más la expectativa de la obligación): W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9. Aufl., Berlin-New York, 1997, 19.

³⁰⁰ Se trata de una decisión del 6.1.1923 en RGZ, 106, 7 ss., citada por F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, 136 n. 141.

³⁰¹ K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., 99 ss.

³⁰² <<Der weitere Zweck des Gläubigers kann nur insoweit vertragsinhalt sein, als er Gegenstand oder Bezugspunkt einer vertraglichen Regelung ist>> (La finalidad ulterior del acreedor puede ser el contenido del contrato sólo cuando ella sea el objeto o el punto de referencia de una regulación contractual): H. KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971, 138.

momento de la celebración del contrato y el momento del cumplimiento de la prestación, se trata de un requisito que contribuyó a limitar el ámbito de aplicación de la *Geschäftsgrundlage*³⁰³, pero, en realidad, la jurisprudencia no había adoptado un criterio unívoco, relacionando la importancia del caso concreto más bien con el cambio sobrevenido y su previsión / imprevisión, y en la doctrina, mientras unos sostenían que el cambio sobrevenido podría ser cuantificado porcentualmente, otros, si bien aceptando la necesidad de establecer un límite a partir del cual pudiera hablarse de excesiva onerosidad, afirmaron ser más apropiado utilizar otros criterios como por ejemplo el insistente requisito de la previsión / imprevisión de la alteración del resultado esperado por las partes³⁰⁴.

§ 6. *Treu und Glauben*, inexigibilidad de la prestación (*Unzumutbarkeit*) y distribución del riesgo (*Risikoverteilung*).-

Justamente el requisito de la inexigibilidad de la prestación permitió al juez intervenir para corregir situaciones que no estaban previstas legislativamente y cuya solución debía entonces justificarse a la luz del principio general de buena fe (*Treu und Glauben*) ex § 242 BGB que ha tenido numerosas aplicaciones y que permitió el acogimiento jurisprudencial de la doctrina de la base negocial. Inicialmente la jurisprudencia no atribuyó un significado preciso al requisito, limitándose a señalar el principio según el cual habría una lesión de la base del negocio cuando el resultado que se habría obtenido con el cumplimiento habría sido inaceptable e irrazonable a la luz del derecho y la equidad, es decir, cuando según la buena fe la prestación del deudor no puede exigirse, lo que llevaría a la teoría de la base negocial a ser un caso más de 'inexigibilidad' (cfr. *infra* 14)³⁰⁵. En efecto, resultaba evidente que, como irrazonable, podía sólo considerarse la pretensión de obtener una prestación cuyo riesgo de alteración se hubiera puesto a cargo del acreedor y fuese aceptado por este, mientras que por el contrario, no podía considerarse irrazonable una pretensión de ejecutar una prestación cuyo riesgo hubiera sido puesto a cargo del deudor. De esta manera el

³⁰³ Habría lugar a un cambio sustancial cuando << nicht ernstlich zweifelhaft ist dass eine der Parteien bei Kenntnis der Änderung den Vertrag nicht abgeschlossen hätte >> (no hay duda que una de las partes no habría celebrado el contrato de haber conocido el cambio): B. JANSSEN, *Neue Aktualität für das alte Rechtsinsitu vom Wegfall der Geschäftsgrundlage im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung*, en ZRP, 1991, 418 ss.

³⁰⁴ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 140 ss.; la lesión debe calcularse no sólo con base en el contenido del contrato sino también considerando las expectativas de las partes, <<die Vertrauensgrundlage umfasst die nicht in der vertraglichen Risikonahmen einer Partei aufgenommen Umstände, deren Bedeutung für das von der Partei eingegangene Vertragsrisiko aber doch so gross dass die Abweichung in der Wirklichkeit von der Vorstellung der Partei bei der Bildung ihres Zweckwillens es für die Partei unzumutbar macht, am Vertrag festhalten zu wenden>> (la base de confianza incluye circunstancias no comprendidas en la distribución del riesgo hecha por las partes, esto quiere decir que éstas asumen ese riesgo contractual, pero, ciertamente superior a diferencia de la realidad de su representación ideal al momento de la formación de la finalidad de sus voluntades).

³⁰⁵ Habría lesión a la base negocial cuando << dies nach der Gesamtlage notwendig erscheint, um untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbare Ergebnisse zu vermeiden, wenn also den Schuldner durch Erfüllung des Vertrages schlechthin zugemutet werden kann >> (esto se observa necesariamente de toda la situación, que resulta intolerable, ya que el derecho y la equidad deben evitar resultados simplemente incompatibles cuando de este modo se pretenda el cumplimiento del deudor): BGH LM Nr. 51 sub § 242, decisión citada por TRAI SCI, op. ult. cit., 142 n. 163.

criterio de la *Unzumutbarkeit* fue absorbido dentro del ámbito de la valoración de los intereses negociales de las partes y la distribución del riesgo entre ellas (*Risikoverteilung*), perdiendo así su individualidad³⁰⁶.

12. Absorción de la *Geschäftsgrundlage* en el ámbito del riesgo: la distinción entre *Vertragsinhalt* y *Wesentlichkeit*. La identidad sustancial entre *Geschäftsgrundlage* y *Vertragsinhalt*. El remedio para la adaptación (*Anpassung*).-

§ 1. Absorción de la *Geschäftsgrundlage* en el ámbito del riesgo.-

Ahora bien, los elementos arriba enunciados pasaron a un segundo plano al ser absorbidos por un único concepto fundamental, la distribución legal o convencional del riesgo por eventos fortuitos, esto es, el *Risikoverteilung* y la disciplina del *Vertragsrisiko*³⁰⁷. La consecuencia era la inexigibilidad de la prestación hecha excesivamente onerosa cuando el riesgo del evento sobrevenido estuviera a cargo del acreedor, de manera que el concepto de *Geschäftsgrundlage* quedaba absorbido en el amplio presupuesto de la distribución del riesgo. Esto llevó a la doctrina a establecer cómo debían distribuirse los riesgos entre las partes, para lo cual se dijo que tal distribución debía efectuarse en atención a las disposiciones contractuales y a las previsiones normativas³⁰⁸. Sin embargo, un paso ulterior no podía darse sin cuestionarse acerca de la relación entre la voluntad de las partes y la base del negocio, donde adquiriría importancia el papel de la interpretación comercial para efectos del instituto. Así las cosas se procedió a distinguir el concepto de base del negocio de aquel de su contenido (*Geschäftsinhalt*), e igualmente de aquello jurídicamente irrelevante.

Para la doctrina, entonces, aquello que constituye la base del negocio no puede, a su vez, corresponder al contenido del contrato (*Vertragsinhalt*), contenido formado por las reglas previstas por las partes y por el ordenamiento jurídico; en este sentido, ciertos riesgos van distribuidos expresamente por las partes, otros en cambio por la ley, en particular en ausencia de regla contractual específica para tratar los efectos de eventos sobrevenidos, en cuyo caso la voluntad de una parte de asumir o no un determinado riesgo se realiza mediante una operación hermenéutica que se sirve del conocido criterio de la ‘previsión’ o no del evento sobrevenido³⁰⁹. Una vez más, cualquier interpretación del problema del riesgo no podía dejar de lado la previsión / imprevisión, que al igual que la *vis cui resisti non potest* – criterios estos propios para la gestión de la imposibilidad sobrevenida- resistió a las nuevas pero ineficaces construcciones de la doctrina moderna. En cuanto a aquellas circunstancias jurídicamente irrelevantes, la doctrina afirmó en cambio que el concepto diferenciador sería más bien el de *Wesentlichkeit*, esto es, de la relevancia de los efectos del evento sobre el contrato, y no tanto su previsión / imprevisión; a la luz de esta concepción, la disciplina de la

³⁰⁶ Cfr. P. ULMER, *Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung*, en *ACP*, 174, 1974, 167 ss.

³⁰⁷ W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9, Aufl., Berlin -New York, 1997, 22 ss.

³⁰⁸ Para W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., 108 ss., la distribución de los riesgos debe efectuarse mediante un examen completo de todo el contexto contractual, en este sentido, << ist der Risikogefüge im Vertrag durch gesetzliche Vorschrift, Verkehrssitte oder einzelvertragliche Vereinbarung abgewogen und ausgeglichen liegt es nahe, den gleichen Verteilungsmaßstab auf den Geschäftsgrundlagenbereich anzuwenden >>.

³⁰⁹ Vide, en sustancia, D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7. Aufl., Heidelberg, 1997, 330 ss.

Geschäftsgrundlage sería supletoria e intervendría sólo en ausencia de norma especial³¹⁰.

§ 2. La identidad sustancial entre la *Geschäftsgrundlage* y el *Vertragsinhalt*.-

En el ámbito de la elaboración doctrinal, se ha señalado también la identidad sustancial entre base negocial y contenido del contrato, en la medida que la primera no sería otra cosa que el contenido no expresado del contrato, en particular en lo que respecta a la distribución de los riesgos entre la partes, contenido que se verifica mediante la interpretación contractual³¹¹. A esta concepción se opone un argumento válido, en efecto, si la interpretación extensiva tiene como objetivo ampliar el ámbito contractual según las indicaciones de las partes, las reglas de la *Geschäftsgrundlage* deberían intervenir sólo para adaptar el contrato frente a una realidad valorada erróneamente o que se modificó de manera imprevista; en todo caso, la operación hermenéutica a realizar es instrumental a la distribución de costos derivados del evento sobrevenido³¹². Si bien la interpretación ayuda a determinar las maneras con las que las partes han entendido distribuir los riesgos, no individualiza, en cambio, los efectos concretos de esa distribución. En este sentido, la base negocial tendría la función de atribuir a una de las partes los riesgos no previstos expresamente, a tal fin se sirve de la voluntad y expectativas de las partes, de la disciplina normativa del riesgo para cada contrato en particular, y del concepto de equidad que está en la base del instituto³¹³.

Criterios para establecer en qué modo distribuir los riesgos fueron enunciados por la doctrina, en particular tres: 1. El riesgo debería imputarse en primer lugar a la parte que tiene el control sobre la fuente del riesgo, es decir, aquel que hubiera podido evitar el daño (*Abwendbarkeitsprinzip*); 2. Si el principio anterior no puede aplicarse debido a fuerza mayor o caso fortuito, el propietario del bien debería asumir los costos del evento sobrevenido en cuanto habría podido asegurarse contra el mismo (*Absorbtionprinzip*); 3. Si los dos criterios anteriores no son aplicables, entonces el riesgo sería para el sujeto que dio origen a la contratación, es decir, el acreedor de la prestación *in natura*, a su vez deudor de la prestación excesivamente onerosa (*Arbeitsteiligen Veranlassung*)³¹⁴. En particular en esa búsqueda de los criterios para la atribución del riesgo, fue también considerado el recurrente criterio de la previsión del evento (el destacado elemento del sistema, un *eventus qui prevederi non potest*: cfr. *supra* 7; *infra* 16; 18 § 4. 1), que habría permitido distinguir entre la laguna contractual voluntaria de una parte y la laguna contractual involuntaria de la otra. La primera se refiere a la voluntad de las partes de distribuir los riesgos acorde con la praxis negocial o conforme a lo previsto en

³¹⁰ D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., 331 ss.

³¹¹ La interpretación extensiva y la *Geschäftsgrundlage* cumplirían la misma función de colmar las lagunas del contrato, por ello constituirían tan solo grados sucesivos de la misma operación hermenéutica: v. F. NICKLISCH, *Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagelehre*, en *BB*, 1980, 49 ss., en contra S. LITTBARSKY, *Neure Tendenzen zum Anwendungsberich der Lehre von der Geschäftsgrundlage*, en *JZ*, 1981, 8 ss. citados por TRAI SCI, op. cit., 146 n. 185 y 186.

³¹² Cfr. W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., 34 ss.

³¹³ W. FLUME, *Allgemein Teil des BGB*, vol. 2, Berlin, 1975 520 ss.; D. MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, en *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Köln, 1979, 645 ss.

³¹⁴ I. KOLLER, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauachverträgen*, München, 1979, 77 ss.

la ley, la segunda se refiere a un evento que efectivamente está fuera de la previsión de las partes³¹⁵. Se trata de un criterio insistente en la tradición de los distintos sistemas jurídicos, la previsión / imprevisión de los eventos causa de imposibilidad sobrevenida, sea absoluta o tan solo produzca una excesiva onerosidad de la prestación, de éste requisito y de aquel de la *vis cui resisti non potest*, no podrá despojarse ningún tratamiento de la materia y mucho menos la doctrina de la base negocial.

§ 3. El remedio para la adaptación (*Anpassung*).-

Ahora bien, el debate doctrinal sobre los conceptos que venimos enunciando se concentró en determinar cuáles eventos sobrevenidos eran relevantes para el cambio de la base negocial, pero en particular se concentró en establecer cuál era el remedio aplicable. Al margen de las consideraciones doctrinales, la jurisprudencia había estimado procedente distinguir los casos de lesión a la *Geschäftsgrundlage* de otro tipo de patologías o vicios funcionales del contrato, a estos últimos aplicaba el remedio previsto para la nulidad (*Nichtigkeit*), o bien la disolución del vínculo (*Auflösung*), a los primeros, en cambio, aplicaba el remedio de la adaptación (*Anpassung*)³¹⁶. La jurisprudencia, siempre celosa de mantener su autonomía en la determinación del remedio más adecuado para tratar los efectos de eventos sobrevenidos, ha preferido, en vez de la disolución del vínculo, la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, permitiendo así una adecuada distribución de los costos derivados el evento fortuito y una apropiada corrección discrecional de la alteración de la economía contractual³¹⁷. Esta posición partió de una vieja jurisprudencia³¹⁸ referida a casos de imposibilidad económica (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), en efecto, este es un dato importante en cuanto la jurisprudencia, frente a hipótesis de eventos sobrevenidos causantes no de imposibilidad absoluta, extendía los remedios típicos para los casos de imposibilidad sobrevenida; en particular la disolución del vínculo había permitido sugerir la facultad del juez, siempre bajo estrictos requisitos, de recomponer él mismo el equilibrio de la operación entrometiéndose en el programa contractual, se prefería mejor ésta solución antes que el riguroso efecto de la resolución³¹⁹.

La discusión doctrinal se extendió naturalmente a considerar el alcance de los poderes del juez en la adaptación del contrato a la nueva realidad, para la posición

³¹⁵ W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., 134 ss.

³¹⁶ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 148.

³¹⁷ Vide *amplius* W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., 110.

³¹⁸ RG 4. 5. 1915, en RGZ, 86, 397 ss.; RG 21. 9. 1920, en RGZ, 100, 129 ss.

³¹⁹ Cfr. N. HORN, *Neuverhandlungspflichten*, en ACP, 181 (1981), 255 ss., quien además señala la presencia en el sistema alemán de un verdadero y propio 'deber de renegociar' el contrato en caso de eventos sobrevenidos. En efecto, las cortes habían dado un nuevo planteamiento frente a una prestación 'excesivamente onerosa', con el fin de equilibrarla en su valor acorde con la contraprestación, unas veces se procedía al aumento o disminución del monto, en particular en caso de obligaciones dinerarias, otras veces en cambio era necesaria la sustitución del bien objeto de la prestación: v. *Bundesgerichtshof* 4. 2. 1958, en NJW, 1958, 785 ss.; BGH 24. 5. 1954, en NJW, 1954, 1323 ss. Se trata, por lo demás, de una lógica ya presente en el sistema, el instituto de la *remissio* o *reductio mercedis*, así como la *ubertas-sterilitas*, constituyen sin duda ejemplos prístinos de adaptación del contrato a las eventualidades, en el fondo un problema de *vis* o *casus* y la incidencia de sus efectos en las obligaciones: de un lado la imposibilidad absoluta, del otro una 'posibilidad relativa' o excesiva onerosidad, siempre *superveniens* y *cui resisti e prevederi non potest*.

dominante, el juez debería sólo acoger la propuesta de las partes, limitándose a verificar los acuerdos alcanzados por estas y a intervenir sólo en caso de negociación infructuosa, no obstante, para la jurisprudencia el poder del juez debía ampliarse hasta permitirle diseñar un nuevo programa contractual³²⁰. Por su parte, en cuanto a los efectos de la adaptación, para la jurisprudencia usualmente el contrato revisado tendría sólo efectos *ex nunc*, mientras que para la doctrina podría darse la retroactividad del contrato adaptado y correspondería al juez valorarla conforme a los intereses de los contratantes³²¹.

Un dato importante resulta de los argumentos apenas enunciados, y es el poder de reforma del contrato que han procurado mantener los jueces, con razón la preocupación de la doctrina que ubica el § 242 BGB dentro de las normas que permiten el control sobre los precios, de manera que los jueces, mediante la *Anpassung*, pondrían en práctica un control sobre precios, y, en últimas, sobre la inflación. Para la doctrina, una intromisión de esa magnitud constituiría una abierta violación de la libertad negocial³²². Ahora bien, a este tipo de manifestación la praxis negocial ha siempre reaccionado mediante la inclusión de cláusulas de adaptación (*Anpassungsklauseln*) en los contratos de ejecución sucesiva, una práctica, entre otras, ya recurrente en el sistema (cfr. *supra* 7 § 6; *infra* 29). Así las cosas, una posición doctrinal señaló que dichas cláusulas debían presumirse implícitas en todo contrato de duración, y que dentro de los principios generales de las obligaciones habría un deber general de renegociación en cabeza de los contratantes³²³, de este modo el juez resultaría llamado a tutelar las expectativas de la parte interesada en la reforma del contrato³²⁴. La existencia de un deber para las partes de renegociar el contrato en caso de eventos sobrevenidos ha sido señalada igualmente en el ámbito del comercio internacional y en la Unificación del Derecho de Contratos, sobre esto, más adelante (cfr. *infra* 29 § 3).

La argumentación sobre la posible existencia de un deber de renegociación del contrato animó el debate en la doctrina alemana durante el periodo anterior a la reforma; en efecto, según una interpretación, tal deber estaba ya presente en cierta medida en el ordenamiento, pero en opinión de otros no había ningún rastro en el derecho positivo alemán sino eventualmente algunos instrumentos como en los Principios para los Contratos Internacionales³²⁵. La reforma en cierta medida respondió las dudas de la

³²⁰ F. P. TRAI SCI, *Soppravvenienze contrattuali*, cit., 152 con cita de H. KÖHLER, *Rückwirkende Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnisse*, en *Festschrift für E. Steindorf zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1990, 611 ss. De allí la preocupación de la doctrina frente a la corrección del contrato por parte del juez, un menoscabo inaceptable a la certeza del derecho: v. entre otros, R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstössig-überehmässiger Verträge*, Berlin, 1979, 186.

³²¹ Vide BGH 2. 5. 1972, en *BGHZ*, 58, 355 ss.; BGH 21. 4. 1983, en *NJW*, 1983, 2143 ss.

³²² F. P. TRAI SCI, *Soppravvenienze contrattuali*, cit., 152 n. 214.

³²³ Me permito reenviar, para una justificación general de este deber en el sistema, a J. F. CHAMIE, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, en *Revista de derecho privado* 14, 2008, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, 113 ss.

³²⁴ N. HORN, *Neuverhandlungspflichten*, cit., 257 y 276 ss. En consecuencia, llegada la hora de la reforma al BGB, se sugirió agregar al § 242 un párrafo que señalara dicho deber en cabeza de ambas partes, cuando *sine culpa debitoris* eventos sobrevenidos hubiesen hecho ‘excesivamente onerosa’ la prestación. La propuesta fue acogida parcialmente por la comisión, que consideró relevante a efectos del código solamente el instituto de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (cfr. *infra* 14) y excluyó el *Neuverhandlungspflichten*: cfr. U. DIEDERICKSEN, *Zur gesetzlicher Neuordnung des Schuldrechts*, en *ACP*, 182, 1982, 106 ss.; M. MARTINEK, *Die Lehre von den Neuhandlungspflichten - Bestandaufnahme, Kritik und Ablehnung*, en *ACP*, 198, 1998, 329 ss.

³²⁵ M. MARTINEK, *Die Lehre von den Neuhandlungspflichten*, cit., 332 ss.

doctrina, valga por ahora señalar que precisamente ese debate doctrinal, al margen del dictado de los códigos, constituyó y constituye todavía hoy una seria argumentación a favor de la eficacia del remedio de la renegociación y su justificación como regla general amparada en el *bonum et aequum*.

13. La anomalía en el cumplimiento de la prestación: *Leistungsverstörungen* y disciplina de la imposibilidad sobrevenida (*nachträglichen Unmöglichkeit*) antes de la reforma. La imputabilidad de la imposibilidad y sus efectos.-

La perturbación, irregularidad o anomalía en el cumplimiento de la prestación (*Leistungsverstörungen*), es una categoría que en el derecho privado alemán se refiere a todos aquellos casos de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento imputables al deudor, al acreedor, a terceros o a la fuerza mayor³²⁶. De esto tratan los §§ 275 y ss. BGB, que antes de la reforma reglamentaban el incumplimiento imputable al deudor de manera distinta a los otros modelos extranjeros. Diferencia sobresaliente era la inusual concesión por parte de la jurisprudencia de sumas de dinero a título de resarcimiento del daño por incumplimiento contractual, rechazando en consecuencia acumular ésta solución con el *Rücktritt* o resolución del contrato; así mismo, el modelo alemán se habría distinguido por la aparente carga para el acreedor de probar el comportamiento intencional (*vorsätzlich*) o culposo (*fahrlässig*) del deudor para así imputar el incumplimiento, esta carga, empero, resultaba más aparente que real dadas las numerosas presunciones de culpabilidad del deudor en los reformados §§ 282 y 285 BGB y las formas de responsabilidad objetiva como en el § 538 inc. 1º BGB, medios eficaces para el acreedor al igual que en otros ordenamientos jurídicos³²⁷.

La disciplina establecida en el § 275 BGB tiene seguramente su base en la tradición de las fuentes romanas³²⁸, en particular en la regla '*casus a nullo praestantur*' (*für Zufall wird nicht haftet*) que encuentra sustento en la conocida regla general, también romana, según la cual '*impossibilium nulla obligatio est*' (*eine auf unmögliche Leistung gerichtete Verbindlichkeit ist nichtig*)³²⁹. Fue mérito de la *Pandektenwissenschaft* del siglo XIX la concepción moderna de la regla '*casus a nullo praestantur*', en particular Friedrich MOMMSEN afirmó la viabilidad de la aplicación general de la regla pero con un nuevo planteamiento que superara la ruptura de la tradición de las fuentes con la práctica de su tiempo, en este sentido, al concepto de *casus* se sustituyó el de imposibilidad sobrevenida (*nachträglichen Unmöglichkeit*)³³⁰. La cuestión era entender

³²⁶ U. HUBER, *Leistungsstörungen*, Band I, Tübingen, 1999, § 3, 62 ss.

³²⁷ Vide *amplius* F. P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 102 ss., con cita de B. MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, vol. II, 3a ed., Oxford, 1997, 398 ss.

³²⁸ Cfr. D. 50, 17, 23 y D. eod., 185. En el periodo de los códigos iusnaturalistas, la regla había sido prevista en el § 51 del ALR prusiano.

³²⁹ U. HUBER, *Leistungsstörungen*, cit., § 316, 74 señala cómo de la fuente ulpiana resulta evidente que el deudor no queda obligado por los eventos de caso fortuito; por otra parte, la palabra '*Zufall*' (casualidad, caso fortuito) se entiende en sentido amplio, esto es, que incluye no sólo el *casus* en sentido estricto ("*niederer*" *Zufall* o *casus* "menor" como el hurto simple), sino también la fuerza mayor (*höhere Gewalt*), como el hurto violento, los saqueos, los desastres naturales – a la mayoría de los ejemplos en la regla de Ulpiano se aplica la fuerza mayor.

³³⁰ Cfr. F. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, 1853, 242, citado por U. HUBER, *Leistungsstörungen*, cit., § 316, 75.

el concepto de culpa (*Verschuldens*) que, en función de la obligación, se refiere bien a la culpa grave o a la simple negligencia, y distinguirlo del concepto de imposibilidad, que se refiere tanto a la imposibilidad objetiva (como la destrucción de la cosa debida) cuanto a la imposibilidad subjetiva (como la pérdida de la cosa debida) incluso cuando ésta es provocada por la conducta del deudor³³¹.

En esta investigación asume entonces especial importancia dentro de las causas del incumplimiento la doctrina de la imposibilidad sobrevenida, que para liberar al deudor debe ser, además de sucesiva, inevitable y definitiva. En efecto, antes de la reforma el requisito de una *vis cui resisti non potest* se observaba ya en la rúbrica del § 275 BGB³³², la norma señalaba luego en el primer inciso que el deudor se liberaba de su obligación cuando la prestación se hubiera hecho imposible a causa de circunstancias posteriores que él no había podido evitar; por su parte, el carácter definitivo de la imposibilidad se deducía del § 308 BGB, según el cual la imposibilidad de ejecutar la prestación no incidía en la validez del contrato si podía ser eliminada y el contrato había sido celebrado bajo la previsión de que la prestación podría haberse hecho posible. Conviene subrayar que en cuanto al primer requisito era posible también remitirse al § 306 que establecía la nulidad de la obligación que tuviera por objeto una prestación imposible, destacando así la imposibilidad inicial no sólo en el plano de los efectos del contrato sino también desde el punto de vista de sus patologías³³³. Sin embargo, la imposibilidad inicial de una prestación con objeto ilícito era ya nula conforme al § 134 BGB. A la disposición del § 308 BGB, que se aplicaba también para sancionar la invalidez de la obligación contratada cuando una de las prestaciones era imposible, la doctrina vinculaba el requisito de la temporalidad coligiendo que la imposibilidad inicial habría producido la invalidez sólo cuando hubiera sido definitiva o las partes no hubieran celebrado el contrato previendo la temporalidad³³⁴.

§ 1. Imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva (*Unmöglichkeit* y *Unvermögen*).-

La ausencia de una definición normativa de ‘imposibilidad’ había conducido tradicionalmente a evidenciar, a partir del § 275 inc. 2º, la distinción entre *Unmöglichkeit* y *Unvermögen*. Relevante jurídicamente era sólo la primera, sin

³³¹ Vide *amplius* U. HUBER, *Leistungsstörungen*, cit., § 316, 76, quien agrega: << Die schuldbefreiende Unmöglichkeit konnte sowohl eine dauernde Unmöglichkeit sein, mit der Folge, dass die Verbindlichkeit endgültig aufgehoben war (vorbehaltlich der Pflicht zur Herausgabe des stellvertretenden commodum) und dass der Gläubiger weder Erfüllung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte, als auch eine vorübergehende Unmöglichkeit mit der Folge, dass der Erfüllungsanspruch einstweilen gehemmt war und dass daher auch kein Verzug eintreten konnte >>. En opinión de Huber, F. Mommsen habría recibido el concepto de imposibilidad subjetiva de Savigny (*Obligationenrecht*, I § 37, 384 ss.) que trató sólo la ‘*anfängliche Unvermögen*’, pues a las anomalías sobrevenidas de la prestación no alcanzó a llegar en su obra inconclusa.

³³² << *Nicht zu verretende Unmöglichkeit* >> (imposibilidad inevitable).

³³³ W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., 222 ss.

³³⁴ Parte de la doctrina había concluido que al momento de la celebración del contrato la prestación no habría debido ser absolutamente posible, sino más bien probable (*warscheinlich*); otro sector doctrinal, en cambio, señaló que un impedimento temporáneo no podría constituir causa de imposibilidad, a menos que se extendiera hasta el término útil para el cumplimiento (*Erfüllungszeitraum*), término que debía valorarse en relación con la naturaleza, el contenido y la finalidad del contrato: cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., 1987, 305 ss.

embargo, la distinción encontró aplicación también para los contratos de duración, y, en algunos casos (en particular aquellos en que la mora del deudor puede determinar la resolución del contrato de arrendamiento [§ 554 BGB], de prestación de obra [§ 626 BGB], de sociedad [§ 723 BGB]) incluso la *Unvermögen* acarrea la disolución del vínculo obligatorio³³⁵. En consecuencia, la definición de imposibilidad quedó remitida a la doctrina y la jurisprudencia, la primera elaboró la distinción enunciada y la segunda la recibió como único ámbito jurídico relevante. Por el mismo camino, la doctrina sintió la necesidad de distinguir ulteriormente la imposibilidad con base en la cual ningún deudor estaría en grado de cumplir (*was allen Menschen unmöglich ist*) de aquella que afecta al solo deudor (*kann nicht der Schuldner die Leistung erbringen*). Esta distinción fue retomada por la doctrina actual, que continuó la distinción pero en la imposibilidad subjetiva incluyó también la hipótesis de la prestación que no fuera sostenible económicamente para el deudor, esto es, que fuera ‘excesivamente onerosa’; de este modo se distinguía entre aquello que sería imposible para todo hombre acorde con las leyes de la naturaleza (*Naturgesetzen menschenunmöglich*), y aquello que sería superior a las capacidades físicas, morales o materiales del deudor (*die körperlichen, geistigen und finanzielle Kräfte überstiegt*).

§ 2. Efectos de la imposibilidad: *Leistungsgefahr* y *Preisgefahr*.-

Al margen de las incertezas sobre la definición de imposibilidad, la doctrina había señalado que en cuanto al riesgo derivado del incumplimiento de la prestación (*Leistungsgefahr*) la regla del § 275 BGB era clara, y sus efectos debían ser considerados a la luz del evento sobrevenido y de la distinción entre prestaciones fungibles y no fungibles. En cuanto a las prestaciones no fungibles, antes de la reforma el § 275 BGB reconocía ya la responsabilidad por dolo o culpa del deudor cuando la destrucción del bien fuera imputable a su conducta, y el § 278 BGB ampliaba esta responsabilidad a la conducta dolosa o culposa de sus dependientes, en estos casos el acreedor podía obtener el resarcimiento integral del daño o bien subrogarse en los derechos del deudor frente a terceros (§ 280 BGB); en caso de imposibilidad parcial, el acreedor podía obtener el resarcimiento por la parte de la prestación hecha imposible, o rechazar el cumplimiento parcial y pedir el resarcimiento integral del daño (§ 280 inc. 2º BGB). Sin embargo, siempre que el deudor lograra probar que no estaba en grado de resistir la imposibilidad, quedaba liberado ex § 275 inc. 1º BGB, incluso en caso de una *Unvermögen* producida por una causa sobrevenida, quedando así el riesgo a cargo del acreedor que podía subrogarse en los derechos del deudor contra eventuales terceros o contra eventuales compañías de seguros.

En las prestaciones fungibles, el abrogado § 279 BGB atribuía el riesgo de la imposibilidad al deudor incluso cuando la circunstancia no le era imputable, esto creaba a su cargo un deber de garantía que en ciertos casos veía atenuarse sus efectos: 1. La regla no se aplicaba cuando los bienes hubieran sido específicamente determinados, situación en la que procedía entonces la disciplina para las prestaciones no fungibles. 2. Tampoco encontraba aplicación cuando las partes hubieran incluido una cláusula de reserva (*Vorrausschuld*), como la obligación de suministrar bienes propios o de ciertos proveedores. 3. En situaciones análogas a la anterior, pero en ausencia de cláusula

³³⁵ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 105.

expresa, la regla no se aplicaba cuando de la interpretación del contrato fuera posible establecer dicha cláusula.

En los contratos sinalagmáticos, debe considerarse la suerte de la prestación todavía posible. El deudor liberado de su prestación a causa de la imposibilidad, perdía a su vez el derecho a la contraprestación (§ 323 inc. 1º BGB) salvo casos especiales (usualmente la doctrina se refería a los §§ 324, II 447, I, 455 del BGB). No obstante, el acreedor conservaba el derecho de subrogarse en los derechos del deudor contra terceros responsables o compañías de seguros, de manera que la prestación del acreedor era todavía exigible conforme al § 323 inc. 2º BGB. Por su parte, en los casos en que la prestación se hubiera hecho imposible después del cumplimiento del acreedor, éste podía repetir lo pagado conforme a la disciplina del enriquecimiento sin causa (§§ 323 inc. 3º, y 818 BGB). Si la imposibilidad era imputable al acreedor, el deudor se liberaba y tenía derecho a exigir la prestación debida ex § 324, I, 2 BGB; si la imposibilidad era imputable al deudor, el § 325 BGB otorgaba al acreedor la facultad de elegir³³⁶ entre el resarcimiento del daño por incumplimiento, o la resolución del contrato, o el rechazo del propio cumplimiento, o, en fin, la subrogación en los derechos del deudor contra eventuales terceros, comportante la obligación del acreedor al cumplimiento como arriba señalado. Si la imposibilidad era imputable a ambos, una primera tendencia atribuía el riesgo a la parte con mayor responsabilidad, pero luego se modificó repartiendo los daños a la luz del § 254 BGB, que concedía un resarcimiento parcial a la parte menos responsable (*Bundesgerichtshof* del 8. 12. 1980).

14. La *Schuldrechtreform*: inexigibilidad (*Unerheblichkeit*) y lesión a la base negocial (*Störung der Geschäftsgrundlage*).-

En la reciente *Schuldrechtreform* del BGB entrada en vigor en el año 2002 se incluyó una norma expresa referida al cambio de las circunstancias (§ 313), se admitió así la posibilidad de solicitar la adaptación del contrato si la realidad en la que encuentra su base cambia materialmente después de la celebración del mismo, en atención a las circunstancias específicas del caso, en particular a la distribución contractual o estatutaria del riesgo; se trata del cambio de la base objetiva del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*), y esta alteración del fundamento negocial da lugar a la modificación que procede sólo a petición de una de las partes, de no ser posible la modificación deberá pues decretarse la terminación del contrato³³⁷.

Con la entrada en vigor de la reforma, la disciplina de la imposibilidad sobrevenida recibió una profunda modificación al ampliarse al ámbito de aplicación de la imposibilidad (*Unmöglichkeit*) ex § 275 BGB. En efecto, precisamente debido a la ausencia de una definición normativa de imposibilidad y por ende las dudas interpretativas, parte de la doctrina³³⁸ se había limitado a distinguir entre imposibilidad sobrevenida imputable al deudor e imposibilidad a éste no imputable, considerando que el § 275 establecía simplemente que el deudor se liberaba de la obligación de cumplir la

³³⁶ Esta discrecionalidad encontraba límite al elegir la resolución ya que ésta excluía cualquier otro remedio, además, la resolución y el resarcimiento del daño no serían cumulativas: B. MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, cit., 411 ss.

³³⁷ Cfr. L. MANFRED, *New law of obligations in Germany*, en *Ritsumeikan Law Review*, 20 (2003), 147.

³³⁸ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., 1987, 308 ss.

prestación cuando ésta se hubiese hecho imposible a causa de circunstancias sobrevenidas a él no imputables, acorde, sin duda, con el sistema romanista en la medida que *casus fortuitus nullam culpam praesupponit*. De este modo el requisito de la imputabilidad de la imposibilidad adquiriría gran importancia, el BGB distinguía a su vez entre imposibilidad provocada por la conducta del deudor (§§ 280 y 325) y aquella a él no imputable (§§ 274 ss.; 323), en particular la doctrina había señalado que los §§ 276 ss., establecían cuáles eventos sobrevenidos el deudor habría tenido el deber de evitar para considerarse liberado de su obligación³³⁹.

La reforma cambió de manera radical el ámbito de aplicación de la imposibilidad precisamente para responder a las críticas de la doctrina a la contraposición con la *Unvermögen*. En el plano de los efectos, la extensión del ámbito de aplicación del instituto es correspondiente con una atenuación de las consecuencias: en cuanto al riesgo de la prestación, mediante la modificación del § 276, la abrogación del § 279 y la reforma integral de los §§ 280 y 281; y en cuanto al riesgo de la contraprestación, con la nueva redacción de los §§ 323 y 326.

Por otra parte, conviene señalar desde ahora que el criterio de la base negocial se encuentra evocado análogamente en el *Uniform Commercial Code* (UCC) en materia de *frustration*³⁴⁰, como veremos más adelante (cfr. *infra* 26 § 5), particularmente de ‘*Excuse by Failure of Presupposed Condition*’ (*Section 2-615*) que introduce la noción de *commercial impracticability*, fundada todavía bajo el dogma de la voluntad, o sea sobre la ficción del presupuesto implícito (*basic assumption*), solo que el sistema estadounidense prevé la resolución como remedio a la *impracticability*, y sólo en el comentario oficial de la sección 2-615 se reconoce al juez la posibilidad de adecuar el reglamento contractual y reestablecer el equilibrio entre las prestaciones cuando las circunstancias del caso concreto y las razones de justicia contractual así lo requieran³⁴¹; la intervención equitativa del juez en este sistema se observa también en materia de *unforeseeability and related limitations on damages* (*Section 351 (3) Second Restatement of Contracts*), al reconocer a las cortes el deber de limitar la entidad del daño resarcible cuando sea manifiestamente excesivo y desproporcionado en favor de la parte perjudicada.

³³⁹ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 106 observa cómo en la fragmentaria disciplina de los efectos de la imposibilidad sobrevenida, el BGB preveía reglas en la disciplina general de las obligaciones (§§ 275 – 282), en aquella de los contratos en general (§§ 306 – 309), en la de los contratos bilaterales (§§ 323 – 327), en los contratos típicos (p. ej. §§ 437 y 645); de tal sistema resultaba que las reglas sobre los efectos de la imposibilidad sobrevenida se interpretaban según que fueran de la parte dedicada a las obligaciones en general o bien de aquella dedicada a los contratos sinalagmáticos, en la primera se reglamentaban las consecuencias de la imposibilidad de la prestación en relación con la obligación hecha inexigible, mientras en la segunda las consecuencias respecto de la contraprestación todavía posible; así las cosas debía procederse a determinar, en el primer caso, cuál de las partes debía soportar el *Leistungsgefahr* o el *Sachgefahr*, esto es, el riesgo o costo de la prestación hecha imposible, y en el segundo caso, cuál de ellas debía soportar el *Preisgefahr*, riesgo del precio o costo de la contraprestación: v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 308 ss.

³⁴⁰ Para U. DRAETTA – R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et remèdes*, Bruxelles, 1996, 191, las cláusulas de *hardship* en el comercio internacional estarían fuertemente influenciadas por la noción de *frustration* y buscarían conciliar los distintos sistemas y principios, de esto más adelante (cfr. *infra* 29).

³⁴¹ E. C. ZACCARIA, *L’adattamento dei contratti a lungo termine nell’esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, en *Contratto e impresa* 2, Padova, 2006, 483.

§ 1. El nuevo concepto de imposibilidad: la *Unerfüllbarkeit*.-

Con la reforma, la imposibilidad absoluta y liberatoria del deudor fue modificada al equipararse con ella las hipótesis de, literalmente, ‘inaccesibilidad de la prestación’ (*Unerschwindlichkeit*), y de imposibilidad subjetiva en el caso de prestaciones personales³⁴². Con esto habría desaparecido la distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva que había caracterizado la disciplina del incumplimiento. La nueva rúbrica del § 275 enuncia no ya la imposibilidad inevitable sino la cesación del deber de prestación (*Ausschluss der Leistungspflicht*), y los tres primeros incisos de la disposición establecen las hipótesis en que cesa dicho deber.

En cuanto al primer inciso, la doctrina ha señalado que la disposición no distinguiría más ni entre imposibilidad objetiva y subjetiva, ni entre imposibilidad inicial y sobrevenida, ni, en últimas, entre imposibilidad imputable o no, otorgando así valor a cualquier tipo de inexigibilidad de la prestación (*Unerfüllbarkeit*)³⁴³, en consecuencia, desaparecía la distinción del segundo inciso del § 275 que excluía la *Unvermögen* como causa de liberación del deudor salvo que se tratara de prestaciones personales. Bajo el concepto de *Unmöglichkeit* quedaron ahora comprendidas numerosas hipótesis que antes estaban excluidas, al centro de la categoría permanecen inmutables la imposibilidad causada por las fuerzas de la naturaleza o por el estado actual de los conocimientos técnicos y científicos (*naturgesetzliche Unmöglichkeit*), la imposibilidad jurídica (*rechtliche Unmöglichkeit*), y la imposibilidad subjetiva (*Unvermögen*), mientras que algunas dudas se presentan respecto de otras categorías como la imposibilidad económica (*Wirtschaftliche Unmöglichkeit*) y la perturbación de la finalidad (*Zweckstörung*), debido a la introducción del § 313 que codificó la teoría de la *Wegfall des Geschäftsgrundlage*.

En cuanto a los otros dos incisos, estos engloban la categoría prevista por la norma, de la que se deduce la nueva noción de rechazo del deudor al cumplimiento de su prestación (*Leistungsverweigerung*) que sustituyó el concepto de imposibilidad absoluta por el de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*), precisamente este concepto sería idóneo para explicar no solo la imposibilidad absoluta sino también otras formas de dificultad en el cumplimiento, como por ejemplo la imposibilidad económica. Para justificar la inexigibilidad debe realizarse una valoración entre el contenido del contrato y las reglas de la buena fe, de manera que cuando se presente una enorme o evidente desproporción (*grob Missverhältnisse*) entre el valor de las prestaciones (*rectius*: perturbación al equilibrio contractual, *Aequivalenzstörung*)³⁴⁴; de esta manera la inexigibilidad en general constituye una excepción a la demanda de cumplimiento, y a la luz del § 326 BGB el deudor pierde, salvo las excepciones allí previstas, el derecho a la contraprestación además de quedar obligado a devolver lo recibido (§§ 323 ss. BGB)³⁴⁵. La imposibilidad quedaba así absorbida en el ámbito del amplio concepto de ‘no cumplimiento’ o ‘falta de cumplimiento’, que reemplazó al concepto clásico (en el sentido de atribución del riesgo, a cuál de las partes el *periculum ‘pertinet’* luego de

³⁴² H. STOLL, *Notizien zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, en *JZ*, 2001, 589 ss.

³⁴³ Cfr. C. W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, en *JZ*, 2001, 499 ss.

³⁴⁴ En efecto, de una desproporción o desequilibrio contractual hablan la doctrina contemporánea y la Unificación del derecho contractual; para algunas consideraciones acerca del desequilibrio inicial y sobrevenido en el estado actual del sistema, se me permita reenviar a J. F. CHAMIE, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, cit., 113 ss.

³⁴⁵ C. W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, cit., 505 ss.

establecer el ‘*nullam culpam*’) y cardinal de imputabilidad del incumplimiento que había caracterizado esta disciplina en Alemania acorde con la tradición romanista.

Estas consideraciones permiten señalar que en la serie de casos en los que la ocurrencia de eventos sobrevenidos capaces de perturbar la economía de la operación repercute sobre la actividad o la inercia de uno de los contratantes, el juicio de buena fe procede a indagar si esa actividad o esa inercia constituye incumplimiento de uno de los deberes de la relación, esto es, si dadas las circunstancias una parte puede todavía exigir de la otra la ejecución de la prestación o la conservación de sus efectos. De esta forma, se trata de establecer si el sacrificio de una parte es compatible con el equilibrio económico de la operación y con su finalidad, la cuestión es si el otro contratante puede todavía exigir una prestación que ahora se presenta como gravosa³⁴⁶. En este sentido no ha faltado en la doctrina continental un llamado a reprimir el abuso del derecho frente a una pretensión desproporcionada, en algunos casos mediante la atenuación del concepto de imposibilidad de la prestación como en el sistema alemán, o mediante la ampliación del concepto de fuerza mayor, como en el sistema francés. Esta parece la ocasión para referir un principio que, extrapolado de su contexto originario, resulta instrumento apropiado para enunciar la relación de la buena fe impeditiva de conductas ventajosas a partir de la dificultad ajena: *bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*³⁴⁷. Un argumento adicional proviene también del estudio romanista y la continua interpretación del sistema, la posibilidad de considerar la existencia de una *exceptio doli generalis* dirigida a paralizar la pretensión de un cumplimiento que se hizo grave y desproporcionado³⁴⁸.

§ 2. Perturbación de la base negocial (*Störung der Geschäftsgrundlage*).

Nos hemos referido atrás a la vicisitud de la teoría de la base negocial, a los argumentos ya enunciados, vale agregar algunas consideraciones adicionales en particular sobre la reforma.

Como señalamos, la modificación del § 313 BGB introdujo el instituto de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* o cambio de la base negocial, bajo la rúbrica que enuncia la perturbación o alteración de la base o fundamento del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*). La redacción original de este párrafo trataba el deber de utilizar la forma escrita para los actos de compraventa inmobiliaria, que pasó a formar parte del nuevo § 311 b. La nueva disposición normativa del § 313 remite sus efectos a la disciplina de la *Anpassung*, en los términos arriba señalados (cfr. *supra* 12 § 3), en efecto, del texto de la norma se observa cómo el legislador acogió las sugerencias de la doctrina de la *Geschäftsgrundlage* ampliando el espectro de posibles lesiones al

³⁴⁶ Vide *amplius* el planteamiento histórico-dogmático de M. BESSONE, *Inadempimento e rischio contrattuale*, (seconda ristampa), Milano, 1998, 392 ss., que construye su argumentación a partir de la compatibilidad entre circunstancias y cumplimiento en los distintos sistemas jurídicos.

³⁴⁷ Cfr. la dimensión actual de esta regla en J. F. CHAMIE, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, cit., 113 ss.

³⁴⁸ Cfr. R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, en *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. Garofalo), Padova, 2006, 49 ss.; ID. *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2006, 127 ss.

fundamento del negocio y vinculando la figura con el remedio de la adaptación (inciso 3°), indicando a su vez la posibilidad de resolución del vínculo en aquellos casos en los que la adaptación no sea una solución razonable (*zumutbar*). La norma parece no agregar, en el fondo, nada nuevo a la discusión adelantada en la doctrina acerca de la base objetiva y subjetiva, en efecto, el primer inciso habla de circunstancias que, consideradas por las partes como fundamento del contrato, hayan cambiado sucesivamente a la celebración de este, de manera que si las partes hubieran podido prever dicho cambio no habrían contratado o lo habrían hecho en términos distintos, y el segundo inciso habla de expectativas relevantes que constituyen fundamento del contrato y que sucesivamente se muestran erróneas. En sustancia, base objetiva en el primer inciso y base subjetiva en el segundo.

La nueva disposición llama la atención en cuanto a su compatibilidad con el resto de la disciplina de la *Leistungstörungen*, en efecto, la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la tradición secular contaminó esta vez la estructura de una disciplina que ahora en los códigos se presenta dividida, esto es, el problema de los confines entre imposibilidad y cambio de la base negocial, en particular respecto de aquellas hipótesis que en el sistema italiano se llaman de ‘excesiva onerosidad sobrevenida’ (cfr. *infra* IV), que en mérito de la reforma podrían encontrar solución sea en el § 275 o bien en el §313 del BGB.

El poder discrecional del juez en la aplicación de la disciplina quedó inalterado, el juez está vinculado solamente a determinar el remedio aplicable, elemento fundamental a considerar es siempre el *Risikoverteilung*, y las circunstancias concretas serán valoradas a luz de la discrecionalidad judicial. Al margen de la fuente del remedio, se observa que también los eventos sobrevenidos causantes no de imposibilidad absoluta, se comprenderían igualmente dentro de la categoría de la *Leistungsverstörungen*, cuyo fundamento está en la equitativa distribución de los costos del riesgo entre las partes.

III

Concentración de las reglas para la imposibilidad sobrevenida La *force majeure*: el binomio exención-resolución. En particular sobre el modelo francés

Sumario: **15.** *Pacta sunt servanda* y relatividad del vínculo obligatorio. Efectos del contrato. Imposibilidad sobrevenida de la prestación. Teoría de la imprevisión: *imprévision*, *force majeure*, *cas fortuit*. El *Avant-projet* de reforma y el cambio de las circunstancias iniciales del contrato. § 1. Art. 1134 *Code civil* y el principio del respeto absoluto a la voluntad de las partes. § 2. La *résiliation unilatérale* y disciplina de la imposibilidad sobrevenida como excepciones a la regla áurea. *Théorie des risques y résolution*. § 3. La disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. La *force majeure* y el *cas fortuit*. Criterios principales: *extranéité*, *irrésistibilité-imprévision*; criterios accesorios: *anormalité*, *soudaineté* y *rareté*. Otras causas eximentes de responsabilidad. **16.** *Théorie de l'imprévision*. § 1. Imprevisión en la jurisprudencia administrativa. El caso *Gaz de Bordeaux* y la adopción de la teoría en razón del interés público. § 2. Medidas legislativas relacionadas con la imprevisión. **17.** Justificación de la teoría en el modelo francés. § 1. La cláusula *rebus sic stantibus* y la difícil búsqueda de la voluntad de las partes. § 2. Ruptura del elemento causal del contrato y enriquecimiento sin causa. § 3. Violación del deber de buena fe. § 4. Justificaciones adicionales: deber de cooperación, limitación general de la responsabilidad del deudor *ex art.* 1150 y relevancia de los motivos del contrato.

15. *Pacta sunt servanda* y relatividad del vínculo obligatorio. Efectos del contrato. Imposibilidad sobrevenida de la prestación. Teoría de la imprevisión: *imprévision*, *force majeure*, *cas fortuit*. El *Avant-projet* de reforma y el ‘cambio de las circunstancias iniciales del contrato’.-

Es bien conocida la importancia que en Francia ha tenido el principio *pacta sunt servanda* y la oposición en la jurisprudencia civil al reconocimiento de eventos sobrevenidos que generan no la imposibilidad en la ejecución de la prestación sino su excesiva onerosidad, por ello, no llama la atención que en un sistema como el francés que ha empleado la noción neutra de *imprévision*³⁴⁹ no se hayan previsto legislativamente instrumentos adecuados para la gestión del riesgo contractual, regulando sólo los efectos de los eventos que producen la imposibilidad absoluta de la prestación (art. 1148 *Code civil*) a la luz del concepto de *force majeure* y de pérdida de la cosa debida (art. 1302 *Code civil*). El primado de la voluntad y la consiguiente intangibilidad del contrato afirmados en el art. 1134 del *Code Civil* han servido de justificación para el rechazo de la *Théorie de l'imprévision*³⁵⁰, según la cual en los casos

³⁴⁹ << On peut définir l'imprévision comme la situation où, à la suite d'évènements imprévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établis entre leur prestations se trouve rompu >>: J. MOURALIS, voz *Imprévision*, en *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, vol. VI, Paris, 1989.

³⁵⁰ Para A. COLIN - H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, II*, 10a ed., Paris, 1948, 94 ss., esta teoría << suppose que l'exécution d'un contrat, généralement à échéances successives, devient

de eventos sobrevenidos e imprevistos que hacen gravemente onerosa la prestación, el deudor debería ser tutelado con una acción para modificar el contrato, adecuarlo a las nuevas circunstancias y, de todos modos, distribuir los daños causados por la supervención contractual. Esta solución podría darse mediante el remedio de la *résiliation* que conduce a la disolución del vínculo obligatorio, o mediante la *révision* que conduce a una nueva valoración de las prestaciones. La doctrina ha tenido ocasión de sugerir a la jurisprudencia numerosas tesis de refinada elaboración para afrontar el problema de los efectos de eventos sobrevenidos, sin embargo, no han tenido eco y el asunto resta sin modificar. No obstante ello, recientemente el Ante-proyecto de reforma al libro de las obligaciones del código francés, propone en los artículos 1135-1 a 1135-3 un mecanismo de *renégociation* de los contratos de ejecución sucesiva o escalonada (art. 1135-1)³⁵¹ cuando debido al efecto de circunstancias sobrevenidas³⁵² se altera o perturba el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas (*équilibre initial des prestations réciproques*)³⁵³, hasta tal punto que el contrato pierde todo interés para una de las partes (*au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles*), ligando la posibilidad de modificación al interés de la parte en el contrato y a la gravedad del desequilibrio; dicha renegociación puede ser prevista por las partes en el contrato o ser ordenada por el juez. Se hace entonces un llamado a las partes para que prevean cláusulas de negociación o modificación del contrato en caso del advenimiento de dichas circunstancias (art. 1135-1), y a falta de una tal cláusula la parte que ha perdido el interés en el contrato podrá demandar judicialmente la renegociación (art. 1135-2)³⁵⁴, de no tener ésta en último suceso -siempre que no halla mala fe-, se abre la posibilidad a cada contratante de solicitar la *résiliation* del contrato (art. 1135-3)³⁵⁵.

Una crítica interesante al Ante-proyecto ha sido planteada en el *Rapport du groupe de travail* (15 junio 2007) de la *Cour de cassation* acerca del *Avant-projet* de reforma,

pour le débiteur plus onéreuse qu'il ne l'avait été prévu initialement, par la suite de circonstances qui ne constituent pas cependant un cas fortuit ou de force majeure >>. La noción de imprevisión en el modelo francés es correspondiente con la de excesiva onerosidad, la doctrina distingue entre *imprévu* e *imprévision*, y de ésta manera se restringió el ámbito de aplicación de la teoría sólo a los eventos sobrevenidos que hubieren influenciado el valor de las prestaciones y no sobre otros aspectos del contrato, afirmando que la imprevisión es una cuestión de orden económico y financiero: cfr. STARCK, ROLAND, BOYER, *Droit civil, II, Les Contrats*, 6ª ed. Paris, 1998, 487 ss.

³⁵¹ << Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles >>.

³⁵² En el comentario del *Avant-projet de réforme* al capítulo 3 sobre el 'efecto de las convenciones', A. Ghozi explica la novedad en la materia al tener consideración de la dificultad en la ejecución del contrato a causa del cambio de las 'circunstancias económicas'.

³⁵³ Se trata de la sobreviniencia de un desequilibrio grave en el curso de la ejecución del contrato, la consecuencia se explica así en el comentario del *Avant-projet* al art. 1135-1: << Le pouvoir des parties est sollicité dans un autre domaine: la prévention contractuelle des difficultés d'exécution à venir, ou, à défaut, l'organisation d'une renégociation sous l'impulsion du Juge: c'est l'apport des articles 1135-1 et suivants introduits dans notre législation civile >>. En atención a la ausencia de una regulación positiva más apropiada en la materia, la comisión afirma en el comentario al art. 1135-1: << À ceux qui se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes >>.

³⁵⁴ << A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation >>.

³⁵⁵ <<...Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage >>.

en particular en materia de efectos del contrato y poderes del juez, luego de reconocer la importancia de la necesidad de introducir el remedio tres siglos después de un intenso rechazo jurisprudencial y del aparente vacío legislativo, el *Rapport* señala que fundamentalmente los artículos de la comisión Català eluden la verdadera realidad del problema, esto es, la imprevisión; para justificar ésta afirmación el *Rapport* cita las normas de *soft law* en particular aquellas tendientes a la armonización y unificación del derecho contractual, como son los Principios de Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Proyecto Lando) y el Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi) (cfr. *infra* 29 § 7), que reconocen la revisión del contrato dando relevancia al requisito de la imprevisión, en efecto, para el informe el deber de buena fe contractual implica, entre otras, la revisión cuando la alteración haya modificado el equilibrio inicial del contrato más allá de toda *previsión y proporción razonables*, resaltando la exigencia de proporcionalidad en el derecho moderno; el *Rapport* también encuentra una objeción en cuanto al rol del juez, nuevamente comparando el proyecto Català con los principios del derecho europeo de contratos y adicionalmente con la Convención Europea de los Derechos del Hombre que consagra el derecho al acceso efectivo a la justicia para lo cual se requieren amplias competencias para el juez bien ejercidas dentro de las garantías del contradictorio, concluye que debería haberse incluido mejor el art. 157. 5 del Código Europeo de Contratos, ya que el rol del juez en el *Avant-projet* estaría concebido en forma demasiado “minimalista”.

§ 1. Art. 1134 *Code civil* y el principio del respeto absoluto a la voluntad de las partes.-

El punto de partida aquí es evidentemente la fuerza obligatoria absoluta del contrato, consagrada positivamente en el art. 1134 del código civil francés que afirma en su primer inciso: <<*les conventions légalment formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*>>. La norma es seguramente el reflejo de las condiciones políticas, económicas y sociales de su tiempo, esto es, la prevalencia de la ideología individualista y de una política legislativa favorable al principio *pacta sunt servanda* que difundió su presencia en las tradiciones de *civil* y de *common law*. La regla fue aprobada sin mayores sobresaltos³⁵⁶ e introducida normativamente en el *Code*, aunque si en nuestro tiempo ella está lejos de ser un principio absoluto.

Para la doctrina actual la norma señala el regreso a la regla originaria bajo la influencia de la escuela histórica, separándose así de la tradición medieval y del derecho común que reconocía la *reductio ad aequitatem* en caso de contratos de tracto sucesivo afectados por eventos sobrevenidos que lesionaran la equidad del intercambio (cfr. *supra* 7, 8 y 9). La falta de confianza en los jueces, predominante en el tiempo de la redacción del *Code*, fue otro factor que, visto a la luz de la regla áurea, limitó la intervención del juez solamente a garantizar el cumplimiento de la voluntad de las

³⁵⁶ Vide FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIII, Paris, 1828, 8, 54 y 55, la única modificación al texto del 1134 fue sugerida por Portalis, quien consideró que debía suprimirse la expresión *contractées* en el último inciso ya que las disposiciones anteriores la harían inútil, esto es, las disposiciones en materia de vicios de la voluntad; la modificación fue aceptada y de este modo se consagró positivamente la buena fe en la ejecución del contrato.

partes; así concebida, la norma sería pues una *règle de compétence* que niega al juez cualquier poder de intromisión en la voluntad de los contratantes³⁵⁷.

§ 2. La *résiliation unilatérale* y disciplina de la imposibilidad sobrevenida como excepciones a la regla áurea. *Théorie des risques y résolution*.-

La regla del art. 1134 se confirma en el segundo inciso de la norma al establecer que las convenciones legalmente celebradas por los contratantes << *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* >>, y precisamente una causa autorizada por la ley es la imposibilidad sobrevenida de la prestación ex art. 1148: << *il n' y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suit d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce lui était interdit* >>. Se ha dicho también que con base en el principio *pacta sunt servanda* y en especial el segundo inciso del art. 1134 apenas citado, a una de las partes se le podría otorgar convencionalmente la facultad de *résiliation unilatérale* del contrato³⁵⁸, como mecanismo para la gestión de los efectos de particulares eventos sobrevenidos sin interferir ex post en la voluntad de las partes, dejando que sean éstas, en ejercicio de su autonomía privada quienes definan ex ante la distribución del riesgo incluyendo por ejemplo cláusulas de *hardship*. Sin embargo, la *résiliation judiciaire* está reservada a la tutela contra el incumplimiento culposo (art. 1184 in fine)³⁵⁹.

La regla del art. 1148 había sido ya planteada por POTHIER, ella parte del principio general según el cual el deudor de cuerpo cierto no está obligado a responder por la pérdida o destrucción del mismo debido a la fuerza mayor o el caso fortuito a él no imputables (*nemo praestat casus fortuitos*), de la misma manera no está obligado a

³⁵⁷ << Le juge aussi est lié par les convention des parties, il ne peut pas les modifier au nom de l'équité; les conventions ne peuvent être changées; comme elle ne peuvent être formées que par le consentement des parties intéressées; le juge n'a donc aucune qualité pour modifier les conventions, pas plus qu'il n'a qualité pour les former; sa mission consiste à maintenir les droits et les obligations, il ne peut ni les créer ni les altérer >>: F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil, II*, Bruxelles-Paris, 1881.

³⁵⁸ En ausencia de una norma expresa sobre la 'imprevisión' y sobre los particulares eventos sobrevenidos (distintos del *cas fortuit* y la *force majeure*) que pueden causar una excesiva onerosidad de la prestación, TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., 282 interpreta la facultad de *résiliation* unilateral como un posible remedio para el tratamiento de particulares eventos sobrevenidos en ausencia de una completa disciplina positiva al respecto: << I due temi, infatti, seppur parzialmente sovrapposti nel campo degli effetti del contratto, sono da distinguere ai fini della presente ricerca. Infatti, se il recesso è legato alla volontà di una delle parti di liberarsi dal vincolo contrattuale, prescindendo in generale dalla presenza o meno di sopravvenienze, la disciplina della tutela contro le sopravvenienze può prendere in considerazione lo strumento del recesso, ma solo quale uno dei possibili mezzi di tutela, prescindendo dalla valutazione dell'aspetto volitivo nello scioglimento del vincolo contrattuale >>. Acerca de la relación entre rescisión unilateral y resolución, que en la doctrina se identifica en la característica común de ambos efectos en representar una excepción al principio *pacta sunt servanda*, vide H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, II, vol. I, Obligations-Théorie générale*, 8^a ed. Paris, 1991, 859 ss.

³⁵⁹ << La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances >>. Cfr. art. 53 (V) *loi num. 67-1253* del 30 diciembre 1967; art. 1961 (V) del *Code General des Impôts, CGI*; art. 93 (M) y (V) del *Code du travail maritime*. La regla habría sido tomada del derecho romano C. 4, 54, 6 : *non impleta promissi fide dominii tui ius ni suam causam reverti convenit*.

resarcir el daño por incumplimiento³⁶⁰. Estas son reglas propias del sistema romanista bien conocidas por todos, que la extinción de la cosa debida supone necesariamente la extinción de la obligación, igualmente si la cosa queda fuera del comercio³⁶¹; la obligación de conservar la cosa es accesoria de la de entregar, por ello, si ésta se hace imposible por fuerza mayor o caso fortuito, la misma suerte corre aquella³⁶². En caso de mora, no se libera siempre, sólo si la cosa hubiera igualmente perecido en manos del acreedor de haberse cumplido en tiempo, ya que el acreedor no debe sufrir la demora del deudor (*mora debitoris non debet esse creditori damnosa*)³⁶³, siempre acorde con el derecho romano.

El *Code* entonces se limitó sólo a regular los efectos de la imposibilidad sobrevenida material y absoluta³⁶⁴, sin atender al complejo del tejido contractual y de las obligaciones derivadas de las relaciones de tracto sucesivo, relaciones estas en las que puede presentarse no la imposibilidad absoluta de la prestación, sino, aun posible ésta, la eventual mayúscula onerosidad que implicaría cumplirla. En el contrato de arrendamiento, contrato de ejecución sucesiva, el arrendatario tiene derecho a la reducción proporcional del canon cuando casos fortuitos disminuyan su goce del bien

³⁶⁰ R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, cap. II, Chez Debure, Paris, 1764, n. 146 ss., p. 160 ss., quien al tratar los efectos de las obligaciones desde el punto de vista del deudor, luego de explicar el criterio de la *utilitas contrahentium* pasa a tratar sus excepciones, entre las cuales se encuentra la *vis divina*, por la cual el deudor << n'est pas ordinairement tenu >>. El deudor por regla no responde del caso fortuito y de la fuerza mayor (art. 1148); entre los casos fortuitos y la fuerza mayor deben enumerarse todos aquellos acontecimientos que derivan de una causa extraña al deudor (arts. 1147 y 1148), por caso fortuito se entiende un evento producido por una fuerza superior a la cual no se puede resistir (*ciu resisti non potest*), como los casos de incendio, derrumbe, naufragio, invasión, saqueo, muerte natural de los animales, inundación, etc.: cfr. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, vol. IX (trad. it. V. de Matteis), Napoli, 1850, num. 492, 170. En efecto, cuando la ejecución regular de la obligación ha sido impedida por un accidente de la naturaleza, o por el hecho de una persona (art. 1384) o una cosa (el deudor es responsable de los daños ocasionados por las cosas en su custodia, en la medida que es responsable por no haber tomado las precauciones necesarias para impedirlos [arts. 1385 y 1386]), de las cuales el deudor no debe responder, éste se libera de tal responsabilidad, siempre que el accidente o el hecho no hayan sido precedidos o acompañados de una culpa que le sea imputable y sin la cual habría podido ejecutar normalmente la prestación. El deudor debe probar el caso fortuito que alega para hacer desaparecer la presunción de culpa que la mora eleva en su contra; el acreedor, por su parte, debe probar la culpa que imputa al deudor (art. 1808); el acreedor debe a su vez probar la pérdida sufrida (*emergens*) y la falta de ganancia perdida (*lucrum cessans*), cuando el daño no deriva de dolo del deudor, este queda obligado sólo al resarcimiento del daño previsto o previsible, cuando deriva de su dolo no hay distinción: v. C. S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese* (trad. it. F. Fulvio), tomo I, Napoli, 1867, § 308 num. 3, 250. Zachariae reclama la autoridad de las fuentes romanas: *obligatio quamvis initio recte constituta, extinguitur si inciderit in eum casum a quo incipere non poterat* (D. 45, 1, 2, 140). La obligación se extingue cuando la prestación que forma su materia se hace física o jurídicamente imposible, distinción fundamental para llegar al riesgo en sentido técnico.

³⁶¹ R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. II, Chez Debure, Paris, 1764, num. 613 reclama la autoridad de las fuentes romanas D. *de verb. oblig.*, 33, 37 y 51.

³⁶² R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente en Oeuvres de Pothier*, tome II (M. Dupin), Nouvelle Édition, Pichon-Béchet, Paris, 1827, num. 56.

³⁶³ R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, II, cit., num. 663; ID. *Traité du contrat de vente*, cit., num. 56.

³⁶⁴ En efecto, en la discusión de los arts. 1147 y 1148 Bigot-Paéameneu señaló respecto del deudor que <<il serait injuste de le rendre responsable de l'impossibilité absolue >>, Treilhard agregó que no era posible el pago de los daños por el incumplimiento si estos no eran imputables a la conducta negligente del deudor; la discusión revela que en las inquietudes de los asistentes se encuentran ejemplos de casos en los que la prestación se hace excesivamente onerosa, pero, no obstante, las reflexiones son siempre en términos de imposibilidad absoluta: vide *amplius* FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, cit., 56.

ya que el arrendador debe procurar el uso y goce lícito, principio natural de la locación (cfr. *supra* 2)³⁶⁵. En efecto, si durante el arriendo la cosa arrendada se destruye totalmente por caso fortuito, el contrato se termina *ipso iure*; si se destruye sólo en parte, el arrendatario puede, según las circunstancias, demandar la disminución del precio o la resolución del vínculo. En ambos casos no hay lugar a indemnización (art. 1722); al anularse totalmente el uso y goce, o reducirse parcialmente, cualquiera que sea la causa no hay más locación, a no ser que el canon se disminuya proporcionalmente, ya que la causa *promittendi* de la *merces* encuentra sustento en la promesa del arrendador de procurar el uso y goce, pero al no ser éste responsable del evento sobrevenido, no se le puede exigir indemnización, sino tan sólo que asuma el riesgo de la pérdida o disminución del canon³⁶⁶. Del art. 1148 y de normas especiales como el art. 1722 en materia de arrendamiento de cosa³⁶⁷ y el art. 1790 en materia de arrendamiento de obra³⁶⁸, se deduce la regla *res perit debitori*, sin embargo, falta una disciplina de alcance general. Por esto, en la doctrina se elaboró una teoría del riesgo³⁶⁹, esta vez no para justificar los casos de responsabilidad delictual, sino para tratar los efectos de la supervención contractual a la luz de la distinción entre contratos con efecto obligatorio y contratos con efecto real.

En los contratos con efecto obligatorio, cualquiera que sea el objeto de la prestación, el riesgo de la *force majeure* es para el deudor (*res perit debitori*), de manera que el acreedor tendrá la facultad de obtener la *résiliation* sin soportar los costos por la pérdida del bien, mientras que el deudor, si bien liberado de su prestación, no tiene derecho a pedir la contraprestación (*l'inexécution de l'obligation due à la force majeure, produit de plein droit l'anéantissement de l'obligation corrélative*)³⁷⁰, dando lugar a una *résolution* que tiene como efecto *anéantir le contrat rétroactivement* con la extinción de todas las obligaciones³⁷¹. Ahora bien, esto si la prestación es absolutamente imposible de ejecutar, pero si la imposibilidad es parcial, el acreedor de la obligación incumplida se libera sólo en la medida de la imposibilidad del deudor y queda obligado por el resto, mientras que puede pedir un *réajustment* de su prestación con una reducción

³⁶⁵ Los redactores del *Code* partieron de esta idea del goce continuo y efectivo de la *res locata* (cfr. arts. 1669, 1670, 1769, 1770, 1772 y 1773): v. C. S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, cit., 10.

³⁶⁶ Cfr. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, cit., num. 65, 189 ss.

³⁶⁷ << Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit >>.

³⁶⁸ << Si, dans le cas de l'article précédent la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière >>.

³⁶⁹ << L'inexécution de l'obligation par l'un des contractants est due à un événement fortuit, à un événement de force majeure. La question se pose alors de savoir si le créancier de cette prestation, dont il n'obtiendra pas l'exécution, doit cependant exécuter sa propre prestation. C'est à cette situation que se réfère la théorie des risques dans les contrats synallagmatiques >>: B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations, 2. Contrat* (sixième édition) Paris, 1998, 662.

³⁷⁰ Cass. 28 avril 1982, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1983, 340 ss.; cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, 2004, 568: << De cet exemple particulier, on a tiré la règle générale *res perit debitori*, c'est-à-dire précisément que la chose périt aux risques du débiteur de l'obligation in exécutée par suite du cas de force majeure. Plus largement, la solution est étendue à tous les cas où une obligation, même de faire, ne peut plus être exécutée par suite d'un cas de force majeure: c'est tout le contrat qui disparaît, sans aucune compensation possible donc pour le débiteur de l'obligation devenue impossible. En outre, en l'absence de faute particulière, aucun des contractants ne pourra être condamné à des dommages-intérêts envers l'autre >>.

³⁷¹ << Les deux obligations disparaissent, l'une par force majeure, l'autre par contrecoup >> : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, cit., 699.

proporcional al valor de la contraprestación todavía posible³⁷², y en su defecto la *résiliation* del vínculo; se trata, entonces, no de extinción sino de reequilibrio del contrato mediante su *révision*³⁷³ y el remedio es aplicable también en caso de imposibilidad jurídica³⁷⁴. Por su parte el deudor, si la imposibilidad no es total, queda obligado por la parte de la prestación todavía posible, lo que abre paso a la interpretación de la voluntad de las partes en orden a conservar el contrato siempre que exista interés del acreedor en recibirlas³⁷⁵. Los efectos de la regla son en principio retroactivos, sin embargo, en los contratos de ejecución sucesiva la *restitution* es imposible, por lo que procede entonces simplemente la *résiliation* (cfr. art. 1722).

En los contratos con efectos reales, en particular la compraventa, el riesgo pasa inmediatamente en cabeza del adquirente en cuanto el mero consentimiento hace al acreedor propietario de la cosa *ex art. 1138*³⁷⁶; sin embargo, la doctrina señala que ésta es una aparente aplicación del principio *res perit creditori*, puesto que el sujeto en realidad no sería acreedor de una prestación hecha imposible, considerado que la obligación principal (transferencia de la propiedad) habría ya sido cumplida en virtud del consentimiento³⁷⁷, la cosa perece pues para el dueño (*res perit domino*) y ello supone establecer el momento de la transferencia del derecho³⁷⁸, de manera que entre las excepciones al principio del consentimiento traslativo se ubica la venta de cosa genérica en la cual la transferencia de la propiedad se da mediante la especificación³⁷⁹.

³⁷² Se habla también de la '*réfaction*' del contrato, vide la voz '*Réfaction*' (droit civil), en *Lexique des termes juridiques*, 16e ed., Dalloz, Paris, 2008: << Diminution, par le juge, de la prestation pécuniaire prévue au contrat en cas d'exécution incomplète ou défectueuse de son obligation par l'autre partie >> [v. Conv. de Vienne, art. 50]; ID. voz '*Réfaction*' (droit commercial): << Réduction sur le prix de marchandises accordée par le juge lorsque la quantité ou la qualité des choses livrées n'est pas conforme à celle qui avait été convenue lors du contrat >>.

³⁷³ En materia de arrendamiento el *Code* establece en el art. 1722 que si la cosa << n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la *résiliation* même du bail >>.

³⁷⁴ La jurisprudencia ha establecido (Cass. civ., 28 oct. 1992, en *Bull. Civ.*, III, 173 y en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1993, 602) que cuando parte de las obligaciones de uno de los contratantes desaparezca a causa de una decisión legislativa (*acte du prince*), el contrato debe ser sometido a *révision* para disminuir la contraprestación prevista << à portion de l'obligation devenue partiellement sans cause >>. En otros casos el contratante puede solicitar a cambio de la *résiliation*, la sustitución del bien perdido o destruido.

³⁷⁵ En este sentido afirman H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, cit., 1171: << Il n'est pas nécessaire qu'il y ait inexécution totale ou que l'inexécution porte sur l'obligation principale. Il suffit d'avoir la certitude que le créancier n'aurait pas contracté s'il avait su de l'inexécution >>.

³⁷⁶ << L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier >>.

³⁷⁷ << Il est d'élémentaire bon sens en effet que, lorsqu'une chose vient à être détruit par cas fortuit, la perte soit pour celui qui en est propriétaire >>: FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Paris, 2004, 170 ss.; cfr. también TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7a ed., Paris, 1999, 607, ss.

³⁷⁸ Se distingue así en jurisprudencia: 1. Contratos en los que el elemento integrante de la voluntad está constituido por la formalización del acto ante notario (acto formal de transferencia) [Cass. civ. 27 mai 1997 en *JCP* 1997, IV, 1526 ss.]; 2. Los llamados contratos de venta *franco*, en los que no se difiere la entrega del bien [Cass. comm. 17 mai 1983, en *Bull. civ.*, IV, 126; Cass. comm. 20 mai 1986, en *Gaz. Pal.*, 1986, 2]; 3. Contratos en los que el pacto de diferir el momento de la entrega es un mero acto de tolerancia del adquirente pero la transferencia es instantánea así como el paso del riesgo por la pérdida de la cosa [Rouen 11 juillet 1985, en *Gaz. Pal.*, 1986].

³⁷⁹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil*, cit., 702.

La disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación ha tenido fundamentalmente dos explicaciones. La primera afirma que la *force majeure*, al alterar una de las obligaciones, habría destruido la causa del contrato si se piensa que ésta y sus patologías son tenidas en cuenta por el ordenamiento no sólo al momento de la celebración del contrato, sino también durante toda su ejecución sucesiva; la segunda ubica el fundamento del remedio en razones de equidad. Ésta última parece la más coherente con el sistema del *Code*, pues si el remedio contra el incumplimiento y aquel contra la *force majeure* estuviesen motivados por la ausencia de causa, ambos habrían sido previstos por la ley, mientras que sólo la *résolution* fue codificada (art. 1184) para hacer frente al incumplimiento de la contraparte en aplicación de la regla *non adimpleti contractus*, tanto así que se prevé en caso de *force majeure* que ésta libera al deudor de su responsabilidad y del resarcimiento del daño³⁸⁰.

§ 3. La disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. La *force majeure* y el *cas fortuit*. Criterios principales: *extranéité, irresistibilité-imprévision*; criterios accesorios: *anormalité, soudaineté y rareté*. Otras causas eximentes de responsabilidad.-

Como se ha señalado, el *Code* regula los efectos de eventos sobrevenidos que producen la imposibilidad de la prestación a la luz de los conceptos de *force majeure* y de pérdida de la cosa debida. La *force majeure* o *cas fortuit*, conceptos tratados sinónimamente en el modelo francés y en los que siguen su forma, son considerados por el art. 1148 como causa eximente de las consecuencias del incumplimiento o bien del resarcimiento del daño, ésta norma se interpreta sistemáticamente con la disposición del art. 1147 que impone al deudor la carga de probar que el evento estaba fuera de su esfera de control siendo del todo extraño al contrato y justificante de su incumplimiento (debido << *à une cause étrangère qui ne peut lui être imputée* >>) [Cfr. art. 1218 c.c. it.]. Por su parte, el art. 1302 prevé la exención de responsabilidad del deudor en los casos que sin su culpa la cosa objeto del contrato perezca, o quede fuera del comercio, o se pierda sin saber absolutamente su paradero. Se trataría pues de una especificación de lo dispuesto en el art. 1148, para algunos una exaltación del alcance absoluto del efecto obligatorio del contrato³⁸¹.

El *Code* usa las dos expresiones unas veces conjuntamente otras disyuntivamente, prefiriendo a menudo reunir las en el único instituto de la *force majeure*³⁸². Bajo este

³⁸⁰ Respecto de la *théorie des risques* y la *résolution* por incumplimiento, señala C. LARROUMET, *Droit civil, III, Les obligations-Le contrat*, 4a ed., Paris, 1998, 804: << dans les deux cas l'anéantissement du contrat est fondé sur la disparition de la cause de l'obligation après la formation du contrat. Dans le deux cas la disparition opère rétroactivement s'il s'agit d'obligations qui devaient être exécutées d'une façon instantanée, tandis que la disparition n'opère que pour l'avenir s'il s'agit d'un contrat à exécution successive >>.

³⁸¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les Obligations*, 21ed. Paris, 1998, 307.

³⁸² En este sentido F. P. TRAI SCI, op. cit., 284; cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, cit., 736 ss.: <<La force majeure revêt, en droit, un sens plus strict que le sens commun. Pour constituer juridiquement un cas de force majeure, un événement doit traditionnellement présenter trois caractères qui sont cumulatifs: il doit être imprévisible, irrésistible et extérieur. Mais cette définition est aujourd'hui un peu

concepto es encuentran todos aquellos eventos que se caracterizan por la exclusión de cualquier responsabilidad para el deudor revelando la antinomia entre fuerza mayor e imputación de la responsabilidad³⁸³. Sin embargo, parte de la doctrina señala que las dos expresiones indican dos hipótesis diferentes, en el *cas fortuit* entrarían todos aquellos eventos internos a la actividad del deudor, mientras que en la *force majeure* estarían todos los eventos externos a dicha actividad³⁸⁴, un criterio de riesgo basado en el grado de *extranéité* del evento. Para el reconocimiento de la *force majeure* la jurisprudencia exige tres requisitos ampliamente conocidos en la tradición y que están en la base de la disciplina de la imposibilidad sobrevenida.

En primer lugar, la causa del incumplimiento debe ser *étrangère*, es decir, no imputable ni siquiera a culpa leve del deudor de la prestación hecha imposible, el evento debe ser –se insiste– del todo extraño a la esfera de control del contratante incumplido, extraño a su persona o a sus bienes³⁸⁵.

En segundo lugar, el evento debe ser ‘irresistible’, noción entendida en jurisprudencia con el valor restrictivo de ‘imprevisible’, señalando que si era previsible habría debido ser tenido en cuenta por las partes y por tanto evitado³⁸⁶. Este criterio debe interpretarse con prudencia pues en los tiempos que corren gran número de eventos resultan previsibles, y, en todo caso, el ser humano no cuenta con la capacidad de preverlos todos; por esto, mientras una parte de la doctrina ha señalado la necesidad de establecer un límite para determinar cuándo un evento es imprevisible mediante los criterios accesorios de *anormalité*, *soudaineté* y *rareté*, otra parte ha considerado que el criterio sería relevante sólo al momento de la celebración del contrato, ya que durante su ejecución asumiría importancia el requisito de la *irresistibilité*³⁸⁷, que caracterizaría entonces la fuerza mayor (*cui resisti non potest*). En los años noventa un autor había ya comenzado a sugerir que el requisito de la fuerza irresistible es él solo suficiente para definir la fuerza mayor puesto que comprende necesariamente los otros dos (exterior e imprevisible)³⁸⁸, incluso la Corte de casación reconoció alguna vez que *<<l’irrésistibilité de l’événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d’en empêcher les effets, sous réserve que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de*

amendée, tant par la doctrine que par la jurisprudence, et les deux premiers caractères tendent à ne plus faire qu’un >>; cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., 301: << La dualité des expressions employées par le Code Civil (...) a suggéré l’idée qui’il pourrait y avoir là deux notions différentes (...) c’était une tentative pour faire entrer dans la responsabilité contractuelle une part de responsabilité objective, de responsabilité pour risque créé. La base exégétique en était pas faible, car il est visible que le Code Civil a employé les deux expressions indifféremment >>.

³⁸³ << la force majeure exclut la faute, parce qu’un resultat ne peut être imputé à faute qu’à celui qui avait le pouvoir de l’empêcher. Mais il est vrai aussi que la faute exclut la force majeure, car si elle réapparaît à travers l’événement fortuit, elle en supprime l’effet libératoire >>: CARBONNIER, *Droit civil*, cit., 308.

³⁸⁴ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., 522.

³⁸⁵ Una relación de este requisito con la materia de la responsabilidad por el hecho de las cosas fue planteada por J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., 428 ss., quien señala el valor de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad y medio eficaz de defensa.

³⁸⁶ Vide Cass. civ. 26 nov. 1963, en *JCP*, 1964, n. 13518.

³⁸⁷ En la doctrina vide TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., 524 : << l’exigence de l’imprévisibilité, a côté de celle de l’irresistibilité, se comprend si l’on se place au moment de la conclusion du contrat: ou le débiteur a eu tort de s’engager, ou il a volontairement assumé un risque supplémentaire. Mais la dualité de ces exigences s’entompe lorsque, initialment imprévisible, l’événement a cessé de l’être ensuite, en cours d’exécution >>; en la jurisprudencia vide Cass. Civ. 9 mars 1994, en *JCP*, 1994 3773, Cass. Comm. 1 octobre 1997, en *JCP* 1998, I, 144, Cass. Civ. 7 mars 1966, en *JCP*, 1966, II, 14878.

³⁸⁸ P. H. ANTONMATTÉI, *Contribution à l’étude de la force majeure*, Paris, 1992 num. 86 y 87.

l'événement>>³⁸⁹; de este modo, considerado que el hecho de prever los efectos de la fuerza mayor (prever el daño) no impide que estos se produzcan, ella debe reconocerse y liberar al deudor, obviamente siempre que éste haya tomado todas las medidas necesarias para superar la eventualidad, de otro modo no podrá refugiarse en la *force majeure* ya que faltaría el requisito de la fuerza irresistible. En otras decisiones la casación ha continuado a exigir la imprevisión como condición autónoma de la fuerza mayor³⁹⁰.

En tercer lugar, el impedimento que se genera debe ser absoluto (*empêchement absolu*), es decir, un obstáculo que el deudor objetivamente no puede superar, una situación que se valora no a la luz de la condición personal del deudor sino en función de cuanto se exige al *bon père de famille*, o al *homme diligéant*. No obstante, la jurisprudencia, anclada todavía a la vieja regla de la obligatoriedad absoluta del contrato, ha interpretado de manera estricta este requisito del *empêchement absolu* negando el reconocimiento de un cumplimiento que se ha hecho gravemente oneroso³⁹¹, igualmente parte de la doctrina ha señalado que << *il ne faut pas non plus confondre l'impossibilité avec la simple difficulté: si le débiteur pouvait surmonter l'obstacle en y appliquant une dose supplémentaire de travail ou d'argent, il abat le devoir de le faire*>>³⁹², lo que se traduce en una exigencia al deudor para que procure todos los esfuerzos y los medios necesarios para superar la dificultad –aunque en la realidad ello no sea siempre posible. También la imposibilidad jurídica exime al deudor del cumplimiento, e igualmente debe representar un obstáculo insuperable, es decir, un impedimento absoluto para el deudor. Se trata pues de la *puissance du droit*, una intervención legislativa o de la administración pública que produzca la imposibilidad de la prestación liberando al deudor de su obligación siempre que se verifiquen, en sustancia, los mismos requisitos para la *force majeure*³⁹³.

Se reconoce la liberación del deudor igualmente respecto de otras causas extrañas a su esfera de control pero que se relacionan siempre con una conducta humana, del acreedor o de terceros (que no sean representantes legales o voluntarios del deudor), que haga imposible ejecutar la prestación³⁹⁴.

³⁸⁹ Cass. comm., 1^{er} oct. 1997, en *Bull. civ.*, IV, num. 240; cfr. *JCP*, 1998, G, I, 144, p. 1098 con observaciones de G. Viney.

³⁹⁰ Cfr. Cass. civ. 2^e, juill. 2000, en *Bull. civ.*, II, num. 126; Cass. civ., 23 janv. 2003, en *Bull. civ.*, II, num. 18; Cass. civ. 2^e, 12 déc. 2002, *Bull. civ.*, II, num. 287.

³⁹¹ En este sentido la jurisprudencia << ne se contente pas d'un événement rendant pour le débiteur l'exécution de son obligation plus onéreuse; même si le débiteur doit se ruiner en exécutant son obligation, il n'y a pas de force majeure, dès lors que l'exécution demeure matériellement possible >>: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., 525.

³⁹² J. CARBONNIER, op. cit., 308, quien señala además que la Corte de casación es extremadamente rígida en cuanto al reconocimiento de una ejecución que se ha hecho excesivamente onerosa, dando prevalencia al interés en la seguridad de los intercambios.

³⁹³ Cass. civ., 21 février 1940, en *JCP* 1940, II, 1556 ss.; Cass. civ. 21 janvier 1946, en *Dalloz périodique*, 1946, 131 ss.; C.A. Paris, 17 décembre 1974, en *DP*, 1975, 521 ss.; Cass. civ., 18 mars 1955, en *DP*, 1950, 227.

³⁹⁴ Cfr. F. P. TRAI SCI, op. cit., 289 n. 49 y 50; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., 528 ss., y la jurisprudencia allí citada.

16. *Théorie de l'imprévision.*-

Se ha visto cómo en área francesa se disciplinan los efectos de la imposibilidad sobrevenida absoluta de la prestación a la luz del concepto de *force majeure*, y que jurisprudencia y doctrina han aplicado la teoría del riesgo, además de reconocer, en sustancia, los criterios de fuerza irresistible e imprevisión del evento para la procedencia del remedio, restando sin disciplinar positivamente los efectos de la ‘excesiva onerosidad’, que no ha encontrado espacio para su acogimiento en la jurisprudencia como una verdadera y propia teoría de la ‘imprevisión’. En la tradición francesa fue precisamente la teoría de la imprevisión el vehículo que condujo a ulteriores consideraciones en materia de la que puede llamarse ‘imposibilidad económica’ que se traduce en una prestación cuya ejecución supone un detrimento patrimonial para el deudor que no obtiene ganancia y por ende ve frustrada la expectativa en que se basa su prestación³⁹⁵. La ausencia de disposición normativa para los casos de excesiva onerosidad hizo que en los países de *civil* y de *common law*, el reconocimiento de ella fuese fruto de la elaboración jurisprudencial y doctrinal. En Francia, si bien inicialmente la jurisprudencia parecía haber reconocido la teoría³⁹⁶, sucesivamente fue adversa al reconocimiento del cambio en las circunstancias iniciales del contrato³⁹⁷ en respeto – como se ha señalado tantas veces- al principio de la fuerza obligatoria, desconociendo los aumentos imprevistos y excesivos del valor de la prestación, en aras de garantizar una pretendida seguridad de las transacciones dentro de la concepción decimonónica de la voluntad contractual. El principio de rechazo a la teoría se encuentra enunciado el famoso caso del *Canal de Craponne*³⁹⁸ en el cual la *Cour de cassation*³⁹⁹ fijó

³⁹⁵ << L'imprévision est une question d'ordre économique et financier. Elle est liée aux fluctuations des prix >>: B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., 487; los mismos autores evocan la semejanza entre la imprevisión y la lesión enorme (num. 1404 p. 488), semejanza desde el punto de vista del desequilibrio y la *iniquitas contractus*, pero diferencia respecto del momento en que ocurre: <<L'imprévision n'est pas sans évoquer la lésion. La ressemblance vient de ce que, dans les deux cas, on se trouve devant un déséquilibre grave entre les prestations, par suite d'un prix insuffisant. L'iniquité contractuelle est patente puisque la prestation de l'un est hors de comparaison avec celle de l'autre >>.

³⁹⁶ Cass. Req. 20 août 1838, en *Sirey*, 1838, I, 973. Como señala TRAI SCI, op. cit., 295 n. 75, durante este siglo la jurisprudencia aplicó diversos criterios a los casos: la 'presuposición' de la cláusula *rebus sic stantibus* (Trib. Rouen, 9 février 1844, en *DP*, 1845, II, 4; Trib. Bordeaux, 18 mai 1852, en *DP* 1853, II, 105 ss.; C.A. Paris 26 mai 1854, en *DP*, 1854, II, 129 ss.); y la ampliación de la *force majeure* (C.A. Grenoble, 18 août 1854, en *DP*, 1855, II, 78 ss. ; C.A. Douai, 3 mai 1851, en *DP*, 1852, II, 130).

³⁹⁷ Se trata de varios casos relacionados con los incidentes durante la guerra de Crimea (9 février 1856, en *DP*, 1856, I, 33 ss.), aunque si el caso que sentó las bases del rechazo a la teoría en la jurisprudencia civil fue el del *Canal de Craponne* en 1876.

³⁹⁸ Se trataba de un contrato celebrado en el siglo XVI en el que una parte se había obligado, a cambio de una suma, a la irrigación de unos frutales mediante un canal que debía construirse para tal fin, tiempo después la suma resultó irrisoria e insuficiente incluso para mantener el canal; el Tribunal y luego la Corte de apelaciones de Aix, fallaron a favor de la adaptación de la suma invocando el principio de equidad, sin embargo la Corte de Casación anuló las sentencias reafirmando el principio de la intangibilidad del contrato. La exigencia de equilibrio contractual de éste premonitorio *arrêt* -inoportunamente casado por la Corte- fue reconocida recientemente en una decisión de la *Cour européenne des droits de l'homme* en un *arrêt* del 19 junio 2006 (*Hutten-Czapska c/ Pologne*, en *Rev. Tr. Dr. civ.*, 2006, 719), por su parte la *Cour de Justice européenne* ha reconocido la imprevisión y planteado interesantes mecanismos para la revisión de los contratos de duración, como por ejemplo el caso C -525/2003 en materia de *droit des entreprises* y en otras áreas que ofrecen nuevas perspectivas de análisis.

firmement su jurisprudencia en rechazo a la interpretación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, afirmando que el art.1134 del *Code* << est un texte général et absolu >> y que << dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et le circonstances pour modifier le conventions des parties et substituir des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractans >>⁴⁰⁰.

La jurisprudencia ha mantenido el rechazo sin modificar su posición ni siquiera durante las dos guerras mundiales, negando siempre la *révision* del contrato en las ocasionales decisiones al respecto – ocasionales ya que los deudores eran bien conscientes de la rigidez de las cortes frente a la teoría-, y reafirmando así que el principio de autonomía de la voluntad justifica el rechazo de la imprevisión⁴⁰¹. No obstante, en una decisión más o menos reciente pero todavía aislada, el juez, para no contradecir la esencia de la línea jurisprudencial que favorece la regla áurea y no la revisión, condenó al acreedor por el resarcimiento del daño al deudor ya que la negativa del primero a la revisión del contrato había causado la ruina económica del segundo, y motivó la decisión sobre la base de una violación al deber de buena fe en la ejecución del contrato⁴⁰². En otras ocasiones la corte ha admitido la disolución del contrato de arrendamiento cuando los gastos de manutención del fundo a cargo del arrendador se hubiesen hecho insostenibles respecto del canon, mediante una interpretación extensiva de los arts. 1719⁴⁰³, 1720⁴⁰⁴ y 1722⁴⁰⁵ del *Code* en materia de pérdida material total o parcial del bien objeto del contrato; en estos casos la corte atribuyó relevancia al desequilibrio sobrevenido entre el canon y los gastos necesarios para la conservación del bien, y mediante ésta interpretación de la pérdida de la cosa debida por caso fortuito, puede decirse que la corte introdujo la imprevisión en el contrato de arrendamiento, aplicando el criterio también en los contratos agrarios, en los arrendamientos de vivienda urbana y en los arrendamientos comerciales (Cass. Soc., 13 février 1958, en *Bull. Civ.*, IV, n. 230, 160; Cass. Soc. 16 mai 1958, en *Bull. Civ.*, IV, n. 574, 427)⁴⁰⁶. La *ratio* de esta inclinación jurisprudencial estaría en la voluntad de no gravar excesivamente a los propietarios de fundos cuyo canon de arriendo resultara insuficiente para costear el mantenimiento del bien. Aquí la cuestión se pone en presencia de disposiciones legislativas de “*canon equitativo*” para favorecer la categoría de los

³⁹⁹ Cass. civ., 6 mars 1876, en *DP*, 1876, I, 195, 193.

⁴⁰⁰ En el mismo sentido cfr. Cass. comm., 18 janvier 1950, en *DP*, 1950, 227: << le juge ne saurait faire état de hausses des prix, même homologuées, pour soustraire l'un des contractans à l'exécution des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés >>; y Cass. comm., 18 décembre 1979, en *JCP*, IV, 89 que afirma cómo los jueces no pueden bajo ningún pretexto o razón, << modifier les conventions légalement formées entre les parties >>.

⁴⁰¹ Cfr. C. LARROUMET, *Droit civil*, cit., 385.

⁴⁰² Se trata del *arrêt* Huard: Cass. comm., 3 novembre 1992, en *Bull. civ.* IV n° 338; en doctrina v. FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Les obligations*, cit. 312.

⁴⁰³ << Le bailleur est obligé par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particuliere : 1. de livrer au preneur la chose louée; 2. d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée; 3. d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail >>.

⁴⁰⁴ << Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toutes espèces. Il doit faire, pendant la durée du bail, toutes les les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives >>.

⁴⁰⁵ << Si pendant la durée du bail la chose louée est détruite en totalité par le cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite que'en partie le preneur peut, suivant les circonstances demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement >>.

⁴⁰⁶ Cfr. J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, en *Traité de droit civil* (dir. Ghestin), Paris, 1994, 329.

arrendatarios-cultivadores directos, y su efecto sobrevenido desfavorable al arrendador en el precio de los contratos. Otra hendidura al muro elevado por la jurisprudencia en respeto a la intangibilidad del contrato, fue una decisión en materia de ilicitud sobrevenida de la prestación por *factum principis*, en la que se aplicó la disciplina de la *force majeure* también al caso en que la prestación, aunque no del todo jurídicamente imposible, sí resultaba excesivamente onerosa para uno de los contratantes (Cass. Soc. 17 juin 1981, en *Bull. Civ.*, n. 568, 426), solo que en éste caso la construcción se basó en que los efectos del *fait du prince* habrían generado una *perte partielle de la cause*⁴⁰⁷. Al margen de las excepciones mencionadas, durante los años siguientes la jurisprudencia civil ha permanecido fiel al principio *pacta sunt servanda* y ha rechazado la teoría de la imprevisión y la revisión del contrato por cambio de las circunstancias siempre basada en el art. 1134 del *Code*⁴⁰⁸.

§ 1. Imprevisión en la jurisprudencia administrativa. El caso *Gaz de Bordeaux* y la adopción de la teoría en razón del interés público.-

Otra fue la suerte de la teoría en la jurisprudencia administrativa, en 1916 el *Conseil d'État* en una célebre decisión (CE mars 1916 D. 1916 3.25), teniendo en cuenta las consecuencias onerosas de la *vis maior* en un contrato administrativo y resaltando el interés público, reconoció un '*droit à indemnité*' al afectado en el conocido caso de la suspensión del *Gaz de Bordeaux*⁴⁰⁹. El *Conseil* declaró admisible la modificación en consideración al cambio de las circunstancias en la concesión para el suministro de gas a la ciudad de Burdeos, y dio prevalencia al criterio del interés público en la conservación del contrato que resultaba esencial para la vida cotidiana de los ciudadanos. Este caso ofrece interesantes argumentos que merecen mayor atención, veamos. La compañía de electricidad demandó la revisión del precio del contrato pues el alza en el precio de la materia prima (carbón) no se compensaba con el precio de la concesión⁴¹⁰, el *Conseil*, luego de señalar las circunstancias extraordinarias (alza del

⁴⁰⁷ A. COLIN - H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, cit., 94 ss.

⁴⁰⁸ Así, recientemente una decisión de la sección tercera de la Corte civil de apelaciones (10 décembre 2003) siguió no obstante la solución tradicional rechazando la revisión de un contrato de *crédit-bail immobilier* en el que las condiciones inicialmente previstas habían sido modificadas por circunstancias económicas imprevistas y posteriores a su celebración (caída del mercado de arrendamientos) y que hicieron ruinoso la ejecución de la prestación del deudor, la Corte señaló respecto del límite de su competencia: << La cour d'appel (...) a pu en déduire que le crédit bailleur, qui n'était pas responsable des difficultés du marché locatif (...) et qui n'avait fait qu'appliquer les termes du contrat, n'avait pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial et n'avait commis aucune faute >>.

⁴⁰⁹ El *arrêt* es *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, CE 30 mars 1916, en *Sirey*, 1916, 3, 17 ss. En marzo de 1904 la ciudad de Burdeos había entregado a una empresa privada la concesión para el suministro de gas y energía eléctrica para toda la ciudad, el precio del gas se había establecido en 8 centavos el metro cúbico en tanto que el gas se usaba para la iluminación pública; con el inicio de la 1ª guerra mundial el precio del carbón subió exageradamente haciendo excesivamente oneroso para la sociedad concesionaria mantener su prestación en esas condiciones. Frustrado el intento de acuerdo amigable entre las partes, la cuestión llegó al Tribunal administrativo que rechazó las pretensiones de la actora en el sentido de una modificación del contrato, sin embargo, el Consejo de Estado las acogería en última instancia.

⁴¹⁰ En efecto, la tonelada de carbón había pasado de 35 F en enero 1915 a 117 F en marzo 1916, ciertamente a causa de la guerra y, como señala el *Conseil*, a causa de la ocupación enemiga de las

precio del carbón por estado de guerra) que incidieron en el contrato, determinó el rango de sus efectos afirmando que *l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée*⁴¹¹.

La construcción del *Conseil* se basa en una interpretación razonable del contrato que corrige las consecuencias onerosas de la *force majeure*⁴¹² reflejadas en este caso en el alza excepcional e imprevista de los precios⁴¹³, todo con el objetivo de conservar el contrato (*le contrat doit subsister*) ya que estaba en juego el interés público en la prestación del servicio de energía para la ciudad⁴¹⁴; según la solución, la ciudad pagaría a la compañía una *indemnité d'imprévision* para cubrir el déficit causado por el evento sobrevenido, el monto sería fijado de mutuo acuerdo y en su defecto por el juez. Este caso es el punto de partida que permite identificar la estructura de la teoría en la jurisprudencia administrativa y sus consecuencias en los siguientes términos: La teoría se aplica sólo en los contratos administrativos, los eventos sobrevenidos deben ser imprevistos⁴¹⁵ y extraños a la esfera de control de las partes (*vis extraria, fait du*

grandes regiones productoras de carbón, así como la dificultad en el transporte marítimo: vide las observaciones de M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16ª ed., Dalloz, Paris, 2007, 190 ss.

⁴¹¹ En este sentido, en materia de contrato forfetario el *Conseil* ha dicho << lorsque le marché exclut toute indemnisation, l'entrepreneur n'a droit à indemnité que dans la mesure où l'augmentation de certaines quantités d'ouvrages est imputable à une faute de l'administration ou bouleverse l'économie du contrat >>: CE 11 févr. 1983, Sté Entreprise Caroni, cit. << Le caractère forfaitaire du marché n'exclut pas l'application de la théorie de l'imprévision >>: CE 10 mars 1948, Hospices de la ville de Vienne: Lebon 124 CE 19 févr. 1992, SA Dragages et Travaux publics: Lebon 1109; RD imm. 1992. 204, obs. Llorens et Terneyre; Mon. TP 8 mai 1992, 53. << La jurisprudence n'accepte toutefois, d'indemniser l'entrepreneur que dans la mesure où les difficultés exceptionnelles et imprévisibles qu'il a rencontrées ont bouleversé l'économie du contrat ou sont imputables à l'administration >>: CE 4 déc. 1957, Ville de Rouen: AJDA 1958. II. 25. En cuanto a la asunción integral del riesgo en un contrato celebrado a precio forfetario, la Cour Administrative d'Appel de París ha señalado que << le titulaire d'un marché conclu à prix forfaitaire n'est pas tenu d'assumer l'intégralité des risques en cas de sujétions imprévues >>: CAA Paris, 7 mai 2002, Sté Idex: req. no 00PA02137.

⁴¹² La fuerza mayor debe resultar de un hecho imprevisible e irresistible, cfr. CE 12 juill. 1907, Nicolle: Lebon 656. << Il n'y a pas force majeure lorsque le comptable ou ses préposés ont fait preuve de négligence >>: CE 16 mai 1975, Berger: Lebon 307. << En revanche, l'insuffisance des effectifs du poste comptable peut être considérée comme un cas de force majeure si elle empêchait le comptable d'assumer ses tâches >>: CE 7 mars 1968, Frioux: Rec. C. comptes 144, en contra CE 16 mai 1975, Berger, ult. cit.

⁴¹³ En efecto el *Conseil* dijo: << On se trouve en présence de charges dues à des événements que les parties contractantes ne pouvaient prévoir, et qui sont telles que, temporairement, le contrat ne peut plus être exécuté dans les conditions où il est intervenu >>: *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, cit., 17 ss.; v. detalles y observaciones jurisprudenciales adicionales en M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., 191.

⁴¹⁴ << Le service public n'en doit pas moins être assuré –l'intérêt général l'exige- et le contrat doit subsister. La puissance publique, le concédant, aura à supporter les charges que nécessite le fonctionnement du service public et qui excèdent le maximum de ce que l'on pouvait admettre comme provision possible et raisonnable par une saine interprétation du contrat (...) qu'il importe de rechercher, pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tient compte à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la Compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale...>>: *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, cit., 17 ss.

⁴¹⁵ Se trata nuevamente del tortuoso requisito de la 'imprevisión', vide la amplia jurisprudencia administrativa en materia, en M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., 193, entre ellas se destacan: CE 1er févr. 1943, *Leostic*, Rec. 53; CE 10 févr. 1943, *Aurran*, Rec. 36; CE Sect. 23 janv. 1959, *Commune d'Huez*, Rec. 67;

prince)⁴¹⁶, e igualmente deben entrañar un *bouleversement de l'économie du contrat*. Este último rasgo tiene dos elementos: el primero es el exceso en el precio límite que las partes habían podido fijar a propósito de la evolución de los costos, y que evoca la imprevisión; el segundo es que la ejecución del contrato debe suponer un déficit realmente considerable e importante⁴¹⁷ y no una mera falta de ganancia.

Las consecuencias de la teoría en el derecho administrativo están ligadas a su fundamento contextual, esto es, a la necesidad de asegurar la continuidad del servicio público, para ello se concede a la parte afectada la posibilidad de invocar una *ayuda* que debe ser siempre *provisoria*. De este modo, se señala que el servicio público no puede ser suspendido mientras se revisa el contrato, no se trata de una *force majeure* en todo su alcance, sino de una 'imposibilidad económica', los contratantes no podrán interrumpir sus prestaciones y si lo hacen corren el riesgo de perder el beneficio de invocar la teoría de la imprevisión (CE Sect. 5 nov. 1982, *Soc. Propetrol*, Rec, 381). El contratante afectado tiene derecho a una *ayuda de la administración*, así, desde el *arrêt Gaz de Bordeaux* el *Conseil* ha invitado a las partes a << *se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la Compagnie pourra continuer le service* >>⁴¹⁸; a falta de acuerdo entre las partes sobre las modalidades de la nueva ejecución y el monto de la *indemnité d'imprévision*, le corresponderá al juez entrar a determinarlos en función de tres elementos: 1. Los precios contractuales y la variación de estos que al momento de celebrar el contrato las partes habían podido prever. 2. La *charge extra-contractuelle*, esto es, el monto del déficit producido por la ejecución de la prestación excesivamente onerosa. 3. La estimación del monto de la *indemnité*, en la que el juez debe tener en cuenta la proporción de los perjuicios, la situación financiera de la empresa, los beneficios y desventajas, y, en fin, la diligencia puesta por el contratante para superar la dificultad (CE Sect. 21 avr. 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*, Rec., 119).

La *indemnité d'imprévision* debe ser *provisoria*, ella está concebida como una ayuda para superar las cargas económicas excepcionales producidas por las circunstancias imprevisibles. Aquí dos cosas pueden ocurrir. 1. Se reestablece el equilibrio contractual porque desaparecen los eventos sobrevenidos o porque las partes llegan a un nuevo acuerdo mediante revisión⁴¹⁹ del contrato o alza de precios o tarifas. 2. Que la alteración

CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, Rec. 115; CE 19 févr. 1992, *SA Dragages et travaux publics c. Escota*, Rec. 1109.

⁴¹⁶ Vide por ejemplo CE 29 avr. 1949, *Ministre de la guerre*, Rec. 191 ; cfr. la voz '*Cause étrangère*' (droit civil), en *Lexique des termes juridiques*, 16e ed., Dalloz, Paris, 2008: << Événement (par ex. guerre, inondation) ou fait d'un tiers qui intervient dans la réalisation d'un dommage en présentant le triple caractère d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité et qui, par ces caractères, exonère une personne de toute responsabilité délictuelle ou contractuelle. Le cas fortuit et la force majeure en constituent deux espèces >>.

⁴¹⁷ En este sentido se afirmó en un caso concreto que <<la notion de déficit important est appréciée par le juge eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause: le fait que la société ait pu distribuer des dividendes à ses actionnaires n'exclut pas nécessairement l'octroi d'une indemnité d'imprévision>>: CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, Rec. 115.

⁴¹⁸ CE Sect. 5 nov. 1982, *Soc. Propetrol*, Rec., 381.

⁴¹⁹ La *révision* no procede en los casos de 1. '*Erreur de droit*': C. comptes, 5 déc. 1996, *Cne de Fécamp*: Rec. C. comptes 160, concl. *Proc. gén.*; Rev. Trésor 1997, 363; en ningún caso el procedimiento de revisión podrá servir para reabrir el debate contencioso sobre los argumentos de derecho C. comptes, 16 sept. 2002, CNAMTS: nota 9. 2. '*Erreur matérielle*': C. comptes, 15 oct. 1996, *Ancien agent comptable de l'Université de Paris X-Nanterre*, Rec. C. comptes 143; << lorsque l'erreur matérielle dénoncée a effectivement été commise, la Cour recherche si la requête ne peut être autrement qualifiée. S'agissant en l'espèce d'un simple lapsus calami sans conséquence sur le dispositif de l'arrêt, la course contente de

de la economía contractual sea de carácter definitivo, transformando la imprevisión en un caso de *force majeure* que justifica la *résiliation* del contrato⁴²⁰. Esta fórmula fue aplicada recientemente a propósito de un contrato de suministro de agua (CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, Rec. 227) por 20 años entre una ciudad y una empresa. La empresa demandó la *résiliation* del contrato pues la fuente de la cual debía extraerse el agua se hizo inutilizable por al menos 200 años a causa de una polución de origen industrial, y los costos para buscar otras fuentes de aprovisionamiento representaban de 2 o 3 veces más el precio estipulado en el contrato; ante la negativa de la ciudad a revisar el contrato, el *Conseil* concedió la *résiliation* y obligó a la demandada a pagar una *indemnité* por la 'carga extracontractual' resultante del perjuicio sufrido por el actor durante el periodo anterior a la *résiliation*.

Así pues en la actualidad la teoría de la imprevisión en el derecho administrativo se aplica fundamentalmente en materia de contratos de obra pública, así como también en materia de suministro de energía eléctrica, gas y agua, y su alcance no se limita sólo a la *indemnité d'imprévision*, sino que comprende también la *résiliation* por la fuerza mayor⁴²¹. Las consecuencias de la teoría han llevado a la administración pública y a los contratantes a estipular cláusulas de variación o de revisión⁴²² acordes con la evolución

procéder à la rectification >>: C. comptes, 15 oct. 1996, *Ancien agent comptable de l'Université de Paris X-Nanterre*.

⁴²⁰ Esto decidió el *Conseil d'État* en un *arrêt* del 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec. 1050: << dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable; dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la *résiliation* de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire >>.

⁴²¹ Vide *amplius* M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, op. cit., 196.

⁴²² << Il n'y a pas d'actualisation du prix sans accord préalable des parties. Ainsi, l'actualisation figurant uniquement dans un additif au marché remis au titulaire après la signature du contrat, n'est pas considéré comme ayant reçu l'accord du titulaire >>: CE 22 mai 1982, *SA Soprema: Lebon* 665; << une clause de révision des prix n'est applicable que si elle a fait l'objet d'une stipulation contractuelle à laquelle les parties n'ont pas renoncé >>: CE 17 juin 1981, *Cne de Papeete: Lebon* 814; << le jeu de la clause de révision des prix doit être conforme aux stipulations contractuelles. Les parties ne peuvent contester sa mise en oeuvre ni demander sa modification >>: CE 17 oct. 1956, *Cne de Rosny-sous-Bois: AJDA* 1956. II. 416 CE 22 mai 1958, *Guillen et centre municipal de Mazouna: AJDA* 1958. II. 255 CE 12 nov. 1958, *Ville d'Orange: AJDA* 1959. II. 6; CE 28 oct. 1959, *Sté Paul Ferré: AJDA* 1959. II. 300; << le cocontractant ne peut prétendre à aucune indemnité en invoquant l'inefficacité de la formule de révision, sauf dans le cadre de la théorie de l'imprévision >>: CE 4 mai 1988, *SA Laurent Bouillet Entreprise c/ CH régional universitaire de Clermont-Ferrand: RD publ.* 1988. 1432, obs. Llorens; << la théorie de l'imprévision peut jouer dans la mesure où la clause de révision des prix n'a pu être appliquée dans des conditions normales, et qu'il y a eu bouleversement de l'économie du contrat >>: CE 11 juin 1945, *Min. Guerre c/ Nadaud: Lebon* 255; CE 25 juin 1958, *Cie gale des bois manufacturés: AJDA* 1958. II. 406; CE 29 mai 1991, *Et. Public de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, cit.; CE 19 févr. 1992, *SA Dragages et Travaux publics*, cit.; la teoría de la imprevisión no se aplica si la cláusula de revisión logra soportar la alteración de la economía contractual: CE 15 févr. 1957, *Ets. Dickinson: AJDA* 1957. II. 161 CE 28 oct. 1983, *Sté auxiliaire d'entreprises et a.: Lebon* 780; CE 29 mars 1985, *Sté française de travaux publics Fougerolle: RD publ.* 1985. 1702, obs. Llorens; CE 20 déc. 1985, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris: RD publ.* 1986. 1729, obs. Llorens; la aplicación de una cláusula de revisión puede generar un aumento o una baja de los precios: CE 24 janv. 1962, *Sté routière et cie: Lebon* 1022; CE 13 juill. 1965, *Ets Blottière SARL: Lebon* 983; las cláusulas de revisión no son retroactivas, <<elles s'appliquent aux prestations réalisées après la conclusion du marché, à l'exclusion de celles

de la situación económico-financiera (CE 28 oct. 1983 nov. 1952, *Ville de Nice c. Société industrielle des travaux d'assainissement urbain*, Rec. 539); sin embargo, en ningún sistema de derecho tales cláusulas han sido suficientes para eliminar todas las dificultades que presentan los eventos sobrevenidos.

§ 2. Medidas legislativas relacionadas con la imprevisión.-

Empero estas decisiones en la jurisdicción administrativa, en los tribunales civiles permaneció la prueba de la '*force majeure*'⁴²³ y la negativa a la modificación del contrato. Sin embargo, la necesidad del remedio se haría más fuerte justo después de la primera posguerra, cuando se hicieron evidentes las situaciones que modificaban severamente las circunstancias iniciales de los contratos de duración, expresiones de fuerza mayor claro, pero aún no se daría el paso hacia la revisión. De esta manera, a nivel legislativo se promulgó la conocida '*loi Faillot*' (21.1.1918), que consentía a los jueces la posibilidad de resolver los contratos de suministro celebrados antes de la guerra siempre que el cumplimiento de una de las partes determinase cargas o daños superiores a aquellos razonablemente previstos al momento de la celebración del contrato⁴²⁴, pero no permitía su revisión⁴²⁵; una medida similar fue introducida luego de la segunda posguerra con una ley del 23 abril de 1949, retomando disposiciones análogas a aquellas de la ley *Faillot*⁴²⁶, pero autorizando además a los jueces a determinar condiciones de pago, dilaciones e incluso disminución de precios⁴²⁷. Estas leyes tuvieron una vigencia limitada. En la doctrina, las posiciones acerca de la intervención legislativa en materia de revisión del contrato no concuerdan. Para unos autores, si bien el remedio debe introducirse a la luz de los principios de justicia conmutativa, desde el punto de vista económico resultaría en cambio peligroso permitir la reforma de los precios ya que se corre el riesgo de inestabilidad económica e inflación, dejando ver el temor ante una excesiva intervención legislativa que debería

régularisées par un marché ultérieur >>: CE 4 janv. 1995, *CH général de Saint-Dié*: RD imm. 1995. 319, obs. Llorens et Terneyre; CE 9 févr. 1980, *Sté Entreprise nouvelle de l'Ouest*: Lebon 790; el carácter facultativo de la cláusula de revisión permite a la administración sustraerse a su aplicación: CE 15 juin 1955, *Min. Production industrielle c/ Pinardel*: AJDA 1955. II. 406; acerca de la duración de la cláusula, << la clause de révision des prix joue pendant toute la durée du contrat et la prolongation de celui-ci prévue par un avenant, dans la mesure où cet avenant précise que la réalisation des ouvrages devra être conforme aux stipulations contractuelles >>: CE 17 mars 1976, *Vuillemin*: Lebon 706; << en cas de retard dans l'exécution du marché imputable à d'autres corps d'état, de sujétions imprévues ou d'exécution tardive par l'administration, la clause de révision des prix continue à s'appliquer >>: CE 28 oct. 1964, *Sté SEPEC*: AJDA 1964. 715, obs. Montmerle; CE 13 déc. 1961, *Min. Travaux publics c/ Sté nationale de construction*: Lebon 706. En cuanto a la previsión de riesgos en el contrato de *vente de sous-marins*, la CDBF (Cour de Discipline Budgétaire et Financière) ha considerado que la imprevisión y la ausencia de anticipación de los riesgos en la ejecución del contrato << ont révélé un manque de diligence contraire aux principes fondamentaux de la gestion des dépenses publiques >>: CDBF 28 oct. 2005, *Min. Défense, Direction des constructions navales*, Contrat de vente de sous-marins Agosta 90 au Pakistan, no 150: note 8 et 22 bis.

⁴²³ K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 232.

⁴²⁴ K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., 233.

⁴²⁵ TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., 431.

⁴²⁶ Cfr. TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, op. cit., 431.

⁴²⁷ K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., 233.

darse sólo en caso de circunstancias excepcionales⁴²⁸; otros autores afirman que el legislador debe proceder siempre que el contrato esté en riesgo de perder su utilidad social⁴²⁹; sin embargo, para otros el legislador debe intervenir con un remedio excepcional para proteger de los eventos sobrevenidos a una cierta categoría de personas siempre que se trate de una *grande injustice*⁴³⁰. No obstante, en el ordenamiento francés se encuentran numerosas excepciones al principio *pacta sunt servanda* contenidas en normas especiales o en cláusulas contractuales⁴³¹.

Ahora bien, en materia de normas especiales deben distinguirse dos fuentes normativas al respecto que conceden al juez la posibilidad tener en cuenta los eventos sobrevenidos. La primera fuente está constituida por las ‘medidas legislativas circunstanciales’ (esto es, normas de carácter temporal dirigidas a resolver situaciones de crisis), y la segunda por las ‘medidas legislativas permanentes’. Ejemplo sobresaliente de la primera es la citada ley *Faillot* destinada a remediar los efectos de la inflación debida a la falta de materia prima ocasionada por la 1ª guerra mundial; con ésta ley se dio poder a los jueces para la *résiliation* de los contratos de compraventa celebrados antes del 1º agosto 1914 que tuviesen por objeto la entrega de bienes muebles o la prestación de un servicio a ejecución diferida siempre que la prestación se hubiese hecho excesivamente onerosa. Tiempo después, a causa esta vez de la 2ª guerra mundial, se promulgaron leyes para remediar los efectos inflacionarios y a favor de los ciudadanos repatriados luego del fin de la colonización, tales la ley del 29 junio 1935 sobre precio de venta de los *fonds de commerce*, la ley n. 49 del 22 abril 1949 con normas análogas a las de la ley *Faillot* para los contratos concluidos antes del inicio de la 2ª guerra, igualmente el decreto-ley del 26 septiembre 1939 que consentía al juez la revisión del contrato de arrendamiento en caso de ‘excesiva onerosidad’. Ejemplo de medidas legislativas permanentes se encuentran en el *Code civil* los arts. 900-2 a 900-8, el art. 960, los arts. 1769 a 1773; el art. 411-13 del Code rural; los arts. 26 ss. del decreto-ley del 30 sept. 1953; algunas leyes especiales como la ley n. 48-777 del 4 mayo 1948 y la n. 48-975 del 9 junio 1948 sobre renta vitalicia, la ley 49-1509 del 28 noviembre 1949 sobre revisión del precio en la promesa unilateral de venta, el art. 37 de la ley n. 57-298 del 11 marzo 1957 sobre cesión de derechos de autor.

⁴²⁸ Cfr. FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Les obligations*, cit., 299 ss.; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, cit., 873.

⁴²⁹ J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, cit., 358 ss.

⁴³⁰ P. EISMAN, *Obligations*, en *Traité pratique de droit civil français* de M. PLANIOL-G. RIPERT, 2eme ed., t. VI, Paris, 1952, 535.

⁴³¹ Normas especiales en el *Code civil* como el art. 1889 en materia de comodato, los arts. 902-2 y ss. en materia de liberalidades, algunas leyes especiales como la ley 25 marzo 1949 sobre renta vitalicia, y el decreto 30 septiembre 1953 sobre arrendamientos comerciales, los arts. 1769 y 1773 en materia de arriendo de fundo rústico, que permiten al arrendatario en caso de destrucción de al menos la mitad de la cosecha obtener una rebaja del canon, quizás muestra de un cierto *favor* respecto del empresario agrícola; todas estas disposiciones permiten al juez imponer la revisión del contrato no prevista por las partes cuando se encuentre en presencia de particulares dificultades para uno de los contratantes o de grave desequilibrio en el valor de las prestaciones. Cláusulas contractuales normalmente se encuentran de dos tipos: uno de escala móvil o indexación o de variación automática, y otro de salvaguardia, de *hardship* o revisión: v. R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, en *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1983, 1 ss.

17. Justificación de la teoría en el modelo francés.-

Resulta evidente el contraste de posiciones entre el derecho público y el derecho privado en materia de reconocimiento a la revisión del contrato. Por una parte, la jurisprudencia civil ha negado la aceptación general del remedio por considerarlo contrario a la regla de la intangibilidad del contrato, por otra en cambio, la jurisprudencia administrativa ha reconocido la revisión acudiendo a una ecuación conocida, el interés público está por encima de la regla *pacta sunt servanda*, y esto es lo natural en el derecho público donde el interés general prima sobre el particular⁴³², sin embargo, en el derecho privado las consideraciones resultan más complejas siempre que prevalega la vieja regla de la obligatoriedad absoluta, sin olvidar que el fundamento de la teoría de la imprevisión –como vía para llegar a la revisión/adaptación del contrato- en el derecho privado puede encontrarse acudiendo a diversas y bien distintas interpretaciones.

§ 1. La cláusula *rebus sic stantibus* y la difícil búsqueda de la voluntad de las partes.-

Tampoco en la doctrina francesa estuvo ausente la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus* como posible fundamento o justificación para el remedio de la revisión del contrato; como se vio, según esta conocida interpretación todo contrato de ejecución periódica o diferida tendría en su interior un presupuesto implícito, una condición no expresada por las partes en virtud de la cual frente a eventos sobrevenidos, imprevistos e irresistibles que hagan excesivamente onerosa la prestación, ellas habrían previsto la disolución unilateral del vínculo o la eventual renegociación de las obligaciones⁴³³. Acorde con esto, el juez no debe limitarse a la interpretación literal del contrato sino que en virtud del art. 1156 del *Code* debe buscar la común intención de las partes, esto es, debe realizar la difícil búsqueda de la voluntad no expresada⁴³⁴ para deducir de ella que las partes entendieron obligarse bajo las circunstancias que eran al momento de la celebración del contrato, pero, con la presuposición que si hubiesen podido prever el cambio de tales circunstancias no habrían contratado o lo hubieran hecho en términos distintos⁴³⁵. Sobre ésta línea interpretativa parte de la doctrina ha

⁴³² En este sentido afirma C. LARROUMET, *Droit civil*, cit., 385 que << en réalité, les impératifs du droit public, notamment du droit administratif, ne sont pas les mêmes que ceux du droit privé. Les contrats de droit privé ne servent que des intérêts particuliers, en dehors de tout intérêt général, et par conséquent les volontés des parties au contrat sont souveraines. Au contraire, le contrats administratifs servent le fonctionnement d'un service public dans l'intérêt général. Cela justifie une réadaptation du contrat aux circonstances économiques car, s'il n'en était pas ainsi, le service public ne pourrait pas fonctionner normalement dans l'intérêt général >>.

⁴³³ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil*, cit., 488 ss.

⁴³⁴ << On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes >>. Cfr. GHESTIN, op. cit., 353.

⁴³⁵ J. CARBONNIER, op. cit., 288.

sugerido enmarcar la presuposición no ya como una condición implícita sino como un término final tácito, otros como una cláusula de renegociación tácita en los contratos de ejecución diferida o periódica⁴³⁶. Ahora bien, se ha criticado que atribuir al juez la posibilidad de tener en cuenta los presupuestos del contrato para tratar la imposibilidad no absoluta, eliminaría la certeza de la hermenéutica contractual en cuanto la búsqueda de la voluntad de las partes sería una operación exclusivamente discrecional que no estaría permitida ni siquiera por el art. 1156, además, tener en cuenta la presuposición y así una cláusula *rebus sic stantibus* implícita, es una operación que parece contraria a la función del contrato y a su naturaleza, presentándose nuevamente la dificultad de distinguir entre los motivos y la cláusula *rebus sic*. Con ésta última crítica estamos parcialmente de acuerdo.

§ 2. Ruptura del elemento causal del contrato y enriquecimiento sin causa.-

También se buscó justificar la revisión del contrato con una aproximación al externo de la voluntad de las partes, esta vez desde el punto de vista de la teoría de la causa. Así, los eventos sobrevenidos habrían alterado el equilibrio del contrato en el cual se basa su causa, por lo tanto, habría desaparecido un elemento esencial. Esta interpretación considera la existencia de una lesión posterior que incide sobre la causa del contrato, aplicando análogamente algunos criterios relacionados con la naturaleza de la lesión enorme, criterios que por lo demás no son definitivos y sólo complican más el ámbito de la disciplina dogmática⁴³⁷. Sobre ésta línea otros autores han afirmado que la excesiva onerosidad de la prestación dejaría sin causa la expectativa del acreedor a esa prestación, constituyendo un enriquecimiento injustificado, dando a ésta importancia también durante la ejecución del contrato⁴³⁸. Aquí sobresale un cuestionamiento quizás evidente: ¿realmente la expectativa del acreedor de la prestación excesivamente onerosa perdió su causa? ¿Será cierto que su pretensión es injustificada y constituye un enriquecimiento sin causa? ¿La causa desapareció, se alteró o simplemente es ilegítima? Ciertamente, si quien *suo iure utitur neminem leadit*, el acreedor estaría en su legítimo derecho de exigir la prestación, aunque alterada, solo que esa exigencia, si bien en principio justificada en la obligatoriedad del contrato, resultaría contraria a la buena fe en la ejecución del mismo, quizás la ilegitimidad de esa pretensión no radica en un enriquecimiento sin causa, sino en el injusto empobrecimiento del deudor que se ve obligado a ejecutar una prestación que no se compadece con la contraprestación que recibe, en tanto que el cumplimiento de su expectativa no le generaría ganancia alguna, sino antes bien detrimento patrimonial desnaturalizándose de esta manera la función de los contratos como instrumento de intercambio patrimonial equilibrado, es decir, equitativo. Otros autores han propuesto reconocer la excesiva onerosidad sobrevenida mediante una extensión del ámbito de la *force majeure*, alternando los remedios de la

⁴³⁶ En este sentido se ha expresado parte de la doctrina tradicional, vide LAROMBIÈRE, *Obligations*, 2ª ed. t. IV, *sub* art. 1234, citado por G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2eme ed. Paris, 1927, 149; J. CARBONNIER, *op. ult. cit.*, 288.

⁴³⁷ Cfr. las consideraciones de F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, *cit.*, 308 ss. y la bibliografía allí citada en notas 126 a 128.

⁴³⁸ A partir de la caducidad del testamento por cambio imprevisto de las circunstancias justifica la presencia de esta posición en el ordenamiento francés J. CARBONNIER, *op. cit.*, 228.

résiliation y de la *renégotiation*⁴³⁹, no sin la crítica de otros estudiosos ante la necesaria distinción entre fuerza mayor e imprevisión⁴⁴⁰.

§ 3. Violación del deber de buena fe.-

Una elaboración doctrinal ulterior se basa en el tercer inciso del art. 1134 del *Code*, que impone a las partes la buena fe en la ejecución del contrato. Según esta interpretación, actuaría de mala fe el contratante que exige una prestación que se ha hecho excesivamente onerosa a causa de eventos sobrevenidos no imputables al deudor, argumento que evoca los alcances de la llamada *exceptio doli generalis (ut eo stari non oporteat ex fide bona)* que le correspondería al deudor para detener la exigencia de mala fe de su acreedor⁴⁴¹; esta concepción ha sido también criticada, aludiendo que la disposición normativa no reconocería una causa de resolución del vínculo y que el llamado a la buena fe estaría relacionado con las modalidades de ejecución de la prestación, imponiendo al máximo un deber de cooperación en el cumplimiento⁴⁴². Un desarrollo de esta postura fue planteado por un respetado estudioso que puso en evidencia cómo el perjuicio que padece el deudor de la prestación excesivamente onerosa se debería al ejercicio abusivo del derecho del acreedor que pretende de todos modos el cumplimiento, se trataría de una *suprême injustice* usar su derecho con tal rigor⁴⁴³, de manera que la revisión del contrato por imprevisión sería inadmisiblesi no se acepta la idea que existe un límite moral al ejercicio de los derechos y por tanto el acreedor no puede ejercer su derecho derivado del contrato hasta los límites de la injusticia⁴⁴⁴. Sin embargo, no existe fundamento legal sólido que justifique esta teoría y además falta el requisito de la culpa en la conducta del acreedor que exige el cumplimiento⁴⁴⁵. Ahora bien, como ha señalado un estudioso italiano, esta concepción representaría una de las posibles justificaciones normativas que la jurisprudencia podría usar para conceder un medio de tutela contra los eventos sobrevenidos, sobretodo si se tiene en cuenta el amplio espectro de interpretaciones del concepto de buena fe, y si ello

⁴³⁹ Vide por ejemplo C. LARROUMET, op. cit., 288.

⁴⁴⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les contrats*, cit., 151 ss.; J. CARBONNIER, op. cit., 281.

⁴⁴¹ Originariamente la problemática se remonta al edicto asiático de Quinto Mucio Scevola cuya noticia se encuentra en Cic. *Att.* 6.1.15. Resultaría interesante considerar la posible presencia en los ordenamientos modernos de una excepción de dolo general, dentro de la contraposición dolo-buena fe, para tratar los problemas del desequilibrio contractual inicial y sobrevenido facultando al deudor afectado a detener la pretensión (¿dolosa?) del actor y promover en el mismo juicio, por qué no, la corrección o la adaptación del contrato.

⁴⁴² J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, cit., 533 ss.

⁴⁴³ Así la conocida máxima latina '*summum ius summa iniuria*' de Cic. *De officiis*, I, 10, 33.

⁴⁴⁴ La construcción es de G. RIPERT, *La règle morale dans les contrats*, cit., 155 ss., seguido por L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, 1930, 192 ss.: << en matière contractuelle, comme dans les rapports entre tiers, il n'est pas permis de pousser son droit au delà des limites tracées par la bonne foi, par la morale juridique contumière; le summum jus devient la summa iniuria; ainsi s'élève et se résout le conflit séculaire entre le droit strict et la <<superlegalité>> dont le juge est institué ou s'institute le gardien permanent >>; ID., *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Temis, Bogotá, 1999, 3 ss.

⁴⁴⁵ No obstante, parece sugestiva una decisión de la décimo quinta sección de la Corte de apelaciones de París, 24 octubre 2000, D. 2001, somm. comm. 641 et 3236 en la que se afirmó: << l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire >>.

no ha ocurrido es por el obstinado rechazo por parte de la jurisprudencia a la teoría de la imprevisión, mientras que ella habría podido identificar por la vía hermenéutica, entre las obligaciones que componen el deber de buena fe del acreedor, aquella de no constreñir a la contraparte a ejecutar una prestación ‘excesivamente onerosa’⁴⁴⁶. Finalmente, debe recordarse la decisión atrás mencionada (Cass. civ. 3 novembre 1992) en la cual la Casación tuteló al deudor cuya prestación se había hecho gravemente onerosa, y lo hizo precisamente con base en la buena fe; si bien esta decisión ha suscitado discreto optimismo en la doctrina⁴⁴⁷.

§ 4. Justificaciones adicionales: deber de cooperación, limitación general de la responsabilidad del deudor *ex art.* 1150 y relevancia de los motivos del contrato.-

Conviene igualmente hacer referencia a otras teorías que si bien han tenido menor atención, ofrecen posteriores elementos de análisis. La primera fue formulada por uno de los más representativos juristas franceses del siglo XX, quien además de sostener que en la doctrina existían ya suficientes tesis para que la jurisprudencia acogiera la teoría de la imprevisión, afirmó que ésta podría justificarse a la luz del deber de cooperación entre los contratantes, que les impondría la colaboración mutua para superar la crisis sobrevenida en la ejecución del contrato repartiendo entre ellas las pérdidas, todo lo que traería significativas consecuencias sobre los poderes del juez en los casos de imprevisión⁴⁴⁸. Por otra parte, en las tesis de grado que al inicio de la década de los años veinte se ocuparon del tema, sobresalen otros dos planteamientos: uno a partir de la interpretación del art. 1150 del *Code* según el cual cuando el incumplimiento no sea voluntario, el resarcimiento se limita a la medida prevista o previsible al momento de celebrar el contrato, por lo que su sostenedor, reclamando la autoridad de POTHIER, señaló que éste habría encuadrado la imprevisión en la doble dimensión de causa y de efecto (entidad del daño)⁴⁴⁹ y que el art. 1150⁴⁵⁰ habría acogido esa postura al consagrar

⁴⁴⁶ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 313.

⁴⁴⁷ En este sentido los comentarios de P. MESTRE en *Rev. Trim. Dir. Civ.*, 1993, 124 ss, para quien la importancia de la decisión radica en que se habría identificado << cette exigence de bonne foi visée par l'article 1134, qui oblige ici une des parties à modifier, en cours d'exécution du contrat un système d'obligations pourtant librement ou, au moins, conventionnellement fixé à l'origine parce que des circonstances nouvelles (...) rendent très lourde l'obligation souscrite par l'autre, et donc très précariser sa situation >>.

⁴⁴⁸ J. CARBONNIER, op. cit., 269 ss.

⁴⁴⁹ En este sentido R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, I, cit., num. 160, p. 177: << Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation, foit parce qu'il s'est engagé téméairement à ce qu'il ne pouvoit accomplir, foit parce qu'il s'est mis depuis par la faute hors d'état d'accomplir son engagement; dans ce cas le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat, que le créancier pourroit souffrir de l'inexécution de l'obligation; car le débiteur est censé ne s'être fomis qu'à ceux-ci >>; pero la afirmación fundamental se encuentra en el num. 164 donde el jurista de Orléans señala: << Le principe sur lequel cette décision est fondée, est que les obligations qui naissent des contrats, ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. Or le débiteur en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteroient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger, que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir, que pourroient monter au plus haut lesdits dommages et intérêts, et non-audelà; donc lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n'a pu jamais penser qu'ils pouroient monter, ils doivent être réduits et modérés à la somme à laquelle on pouvoit raisonnablement penser, qu'ils pourroient monter au plus haut; le débiteur étant censé n'avoir pas consenti de s'obliger à davantage >>.

una limitación general de la responsabilidad del deudor válida en caso de incumplimiento, por lo que, con mayor razón la norma debería aplicarse también al deudor cumplido⁴⁵¹; el otro planteamiento fue hecho igualmente en una tesis doctoral de los años veinte, según el cual el silencio de la ley frente a la imprevisión no significaría su rechazo, y el fundamento de la teoría estaría no en la presuposición de la cláusula *rebus sic* sino en la relevancia de los motivos al interior del contrato, de manera que si al identificar los motivos luego de la interpretación del contrato, resultara que las partes no pueden alcanzar la finalidad esperada sino mediante la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, éste debe pues ser adaptado⁴⁵².

⁴⁵⁰ << Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts que on été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée >>.

⁴⁵¹ Es la tesis de L. FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur objets autre qu'une somme d'argent*, Thèse, Dijon, 1921, 234, citado por J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, cit., 355.

⁴⁵² La tesis doctoral de P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse, Nancy, 1992, 77 ss., citado por F. P. TRAI SCI, op. cit., 315 n. 155 y *passim*.

IV

Reductio ad aequitatem: el instrumento de la excesiva onerosidad sobrevenida En particular sobre el modelo italiano del *codice civile* de 1942

Sumario: **17.** *Pacta sunt servanda* y cláusula *rebus sic stantibus*. El *codice civile* de 1865 y la evolución doctrinal. § 1. El problema de los efectos de circunstancias sobrevenidas en el cumplimiento de la prestación a través del filtro de la cláusula *rebus sic stantibus* y sus justificaciones teóricas: voluntarista, objetivista, causalista, de la equivalencia y de la equidad. § 2. Hacia el reconocimiento legislativo de la ‘excesiva onerosidad sobrevenida’. **18.** Imposibilidad sobrevenida y el modelo de la excesiva onerosidad sobrevenida en el *codice civile* de 1942: fundamento, contenido y ámbito de aplicación. § 1. La imposibilidad sobrevenida en el *codice* de 1942. § 2. El modelo del art. 1467 del *codice civile*. § 3. El fundamento de la excesiva onerosidad sobrevenida. § 4. Contenido del remedio y ámbito de aplicación. § 4. 1. Eventos extraordinarios e imprevisibles. § 4. 2. Excesiva onerosidad sobrevenida. § 4. 3. Alea normal, previsión del evento y tipicidad contractual. § 4. 4. Ámbito de aplicación: contratos con prestaciones recíprocas; contratos de ejecución periódica, continua o diferida. § 5. La oferta de *reductio ad aequitatem*. § 6. Excesiva onerosidad y devaluación monetaria. **19.** Adaptación y tipicidad contractual. § 1. Contrato de mutuo. § 2. Contrato de garantía fiduciaria. § 3. Contrato de mandato. § 4. Contrato de locación. § 5. Contrato de obra ordinaria y de obra pública. § 6. Contrato de gestión o goce de cosa productiva. § 7. Contrato de suministro. § 8. Contrato de *factoring*. § 9. Contratos bancarios y de financiamiento. § 10. Contrato de seguro, de transacción y en bolsa. § 11. Contrato atípico constitutivo de carga real. § 12. Contrato preliminar y contrato de opción. **20.** Excesiva onerosidad en la jurisprudencia reciente.

17. *Pacta sunt servanda* y cláusula *rebus sic stantibus*. Imposibilidad en el *codice civile* de 1865 y la evolución doctrinal.-

Otra construcción dentro del cuadro de la gestión del fenómeno de la incidencia de eventos sobrevenidos en el programa contractual en los sistemas jurídicos actuales, es la italiana de la ‘excesiva onerosidad sobrevenida’ (art. 1467 c. c. it.) en el código vigente⁴⁵³, que introduce la figura en el ámbito de la resolución del contrato junto al incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida.

⁴⁵³ El código de 1865 no regulaba el fenómeno en su integridad, lo hacía igual que el *Code* francés reconociendo sólo la objetiva imposibilidad sobrevenida del cumplimiento (art. 1226 c. c. it. 1865), obviamente centrado en el pleno respeto a la voluntad de las partes y al principio *pacta sunt servanda*: vide P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 103 ss.; S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950, 267, relaciona el art. 1467 con la cláusula *rebus sic stantibus* y D.46, 3, 38 pr. de Africano, sin embargo, ha de verse cuánto de tradición se mantiene en la norma y cuánto se renueva; la aproximación de Di Marzo es pues cuestionable a la luz de las fuentes, y se sostiene sólo en cuanto el concepto de la cláusula sirve como vehículo dogmático para nominar una problemática aun más compleja, la compatibilidad entre eventos y cumplimiento, esto es, la incidencia de eventos externos sobre las obligaciones de las partes, en general, supervención contractual. En la doctrina del código de 1865 el problema del fundamento de la responsabilidad por incumplimiento

El código de 1865 trataba de las consecuencias de la imposibilidad en la parte dedicada a las obligaciones con las disposiciones de los artículos 1225, 1226 y 1298. El art. 1298 incluía dentro de los modos de extinción de las obligaciones, la hipótesis en que una determinada cosa que constituye el objeto de la obligación perece, o resta fuera del comercio, o se pierde sin conocer su existencia, siempre que esto ocurriese sin culpa del deudor (acorde con el principio *casus fortuitus nullam culpam praesupponit*) y antes de su mora, delimitando así el ámbito del riesgo en sentido técnico. Por su parte, los artículos 1225 y 1226 establecían la liberación del deudor cuando el incumplimiento se debiera a una causa extraña a él no imputable y no hubiera mediado su mala fe, o a una fuerza mayor o caso fortuito. Con este tratamiento, el art. 1298 constituía la única norma para la disciplina de la imposibilidad de la prestación, mientras que los arts. 1225 y 1226 estaban relacionados con el cumplimiento tardío de la prestación⁴⁵⁴.

Parte de la doctrina bajo el imperio del código anterior señaló la relevancia, junto a la imposibilidad objetiva del art. 1298, también de la imposibilidad subjetiva gracias a la influencia de la doctrina alemana (cfr. *supra* 13 § 1); no hubo mayor consideración en cuanto a lo dispuesto en los arts. 1225 y 1226, planteados bajo el aspecto de la diligencia del deudor en la ejecución de la prestación, la cuestión seguía siendo tratada, como en el código francés (cfr. *supra* 15), a la luz de la extinción de la obligación o de la liberación del deudor⁴⁵⁵. Así se agotaba la disciplina normativa de la imposibilidad, no hubo en el código ninguna consideración a la cláusula *rebus sic stantibus* y tampoco a circunstancias de excesiva onerosidad, el código del 65, centrado en el pleno respeto a la voluntad de las partes expresado en el viejo principio *pacta sunt servanda*, negó la argumentación considerándola lesiva de la certeza en los intercambios. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia se las arreglaron para buscar la justificación de un mecanismo más flexible para tratar los problemas más agudos de la imposibilidad sobrevenida⁴⁵⁶; una justificación se buscó en la disposición sobre buena fe en la ejecución del contrato (art. 1124), que se inspiraba en las exigencias de reequilibrio entre las prestaciones en caso de eventos excepcionales e imprevisibles ocurridos sucesivamente a la celebración del contrato. No obstante, la elaboración de la doctrina en el intento de justificar la existencia de un remedio afín a la cláusula *rebus sic stantibus* se manifestó en

estuvo relacionado con los estudios acerca de la noción de caso fortuito en relación con la imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa de extinción de las obligaciones; la doctrina reciente ha señalado que muchas de las contradicciones en las que incurrió la doctrina bajo el código del 65, fueron debidas a la confusión y sobreposición de dos aspectos de problemas distintos: el de la individualización del concepto de imposibilidad y el de la individualización de la noción de caso fortuito o causa no imputable: cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987, 79.

⁴⁵⁴ Vide en la doctrina del código derogado, *ex multis* E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. IV, 5° ed., Firenze, 1926, 604 ss.

⁴⁵⁵ Cfr. G. OSTI, *La cosiddetta clausola <<rebus sic stantibus>> nello suo sviluppo storico*, en *Riv. dir. civ.*, 1912, 1 ss.; ID., *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza*, en *Riv. dir. comm.*, 1916; ID., *Revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione*, en *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss.; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941, 15 ss.; F. P. TRASCIA, op. ult. cit., 36 ss.

⁴⁵⁶ OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, en *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 297 ss. No faltaron posiciones a favor sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a todos los actos jurídicos, afirmando que también estos podían extinguirse por la ocurrencia de eventos sobrevenidos e imprevistos: cfr. para esta argumentación MARONE, *Inadempimento dell'obbligazione e sopravvenienza*, Napoli, 1942, *passim.*, y los arts. 888, 1081, 1083, 1176, 1469, 1580, 1641, 1860 y 1916 del código abrogado y arts. 431 y 617 del viejo código de comercio de 1882; en contra vide OSILIA, op. ult. cit., 320 ss.

posiciones teóricas análogas a las consideradas en la doctrina francesa (cfr. *supra* 17) y atentas a la elaboración alemana (cfr. *supra* 11).

§ 1. El problema de los efectos de circunstancias sobrevenidas en el cumplimiento de la prestación a través del filtro de la cláusula *rebus sic stantibus* y sus justificaciones teóricas en la doctrina del código de 1865: voluntarista, objetivista, causalista, de la equivalencia y de la equidad.-

La teoría voluntarista, predominante en el contexto del auge del viejo dogma, veía en la voluntad en sentido subjetivo el fundamento de la cláusula como requisito esencial para la existencia del contrato. En sustancia, distinguiendo entre acto de voluntad y determinación de la voluntad – entendida ésta última como la representación mental de los sacrificios y las utilidades derivadas de la ejecución del contrato -, se afirmaba que el promitente quiere mientras tenga la certeza subjetiva de la correspondencia entre la representación actual y la futura realidad; en este sentido, si un hecho sobreveniente llegaba a alterar esa correspondencia, el promitente, que no habría contratado o lo habría hecho en términos distintos, se considera caído en error⁴⁵⁷. Se trataría entonces de un error en la representación o en el valor de las utilidades o las dificultades futuras, esto es, sobre la entidad económica de la prestación a la luz del art. 1104 del viejo código, situación que abriría paso a la disolución del vínculo. Se trata pues de la aplicación de una teoría sobre el error en el valor de la prestación, no obstante, un error o falsa representación de la entidad económica de la prestación no es tanto un error sobre el valor antes que un error sobre los motivos, y en consecuencia, irrelevante para el derecho. En efecto, donde se tratase de un error sobre el valor, habría sido jurídicamente relevante sólo en los casos de error sobre las cualidades sustanciales, conforme a la disposición del art. 1110 del código abrogado según la cual el error de hecho no produce la nulidad del contrato sino cuando recae sobre la sustancia que forma su objeto⁴⁵⁸. Esta teoría, como es evidente, estuvo influenciada por el dogma pandectístico de la voluntad, por tanto, en la problemática que nos ocupa, una construcción de este tipo resulta inaplicable (cfr. *supra* 10 § 2).

⁴⁵⁷ Como señala BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1998, 39 ss., en gran parte de los ordenamientos falta una disposición inspirada en la valoración de los presupuestos de la iniciativa negociada aplicable a toda circunstancia y a todo contrato, y esto porque la dificultad de disciplinar la cuestión mediante las técnicas jurídicas tradicionales y la constante preocupación de abrir camino a soluciones incompatibles con la certeza de los intercambios, han favorecido una política legislativa que parece delimitar el problema en el espacio vacío dejado por las normas. La disciplina del error es un típico ejemplo de esta política legislativa, se ha visto la tendencia que a finales del siglo XIX e inicios del XX relacionó el problema de la incidencia de eventos sobrevenidos con el dogma de la voluntad, tendencia criticada por ser lejana de la realidad; no obstante, una simplificación de la disciplina del error deja en la sombra la esencia de un problema de distribución del riesgo y del daño, y, si se observa bien, identificar un error en cada una de las hipótesis en las que circunstancias perturban la economía del contrato, no significa caer completamente en elaboraciones ficticias.

⁴⁵⁸ Cfr. acerca de esta teoría, los argumentos de ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, en *Riv. dir. civ.*, 1938, 309; Gius. PUGLIESE, *Laesio superveniens*, en *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 13; GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, cit., 105; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946, 41.

En la línea del dogma de la voluntad pero con una marcada tendencia a la objetivación, se ubica igualmente la teoría objetivista. En este sentido, el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* se buscaba en la voluntad considerada objetivamente, esto es, la intención de mantener el programa contractual dispuesto por las partes; sobre la base de que el consentimiento es requisito esencial del contrato y que debe permanecer también durante la fase de su ejecución, si se transformaba radicalmente la realidad predominante al momento de la celebración de manera que no correspondiera más con la voluntad inicial de las partes en el programa contractual originario, debería avanzarse hacia la resolución del vínculo por desaparición de uno de sus elementos esenciales, en este caso, el consentimiento. Esta concepción perdía sustento a la luz del art. 1123 del viejo código, en la medida que no resulta procedente que la desaparición del consentimiento, sea por causas externas sobrevenidas, imprevistas o imprevisibles, legitime la resolución o constituya un caso de *contrarius consensus* cuando la voluntad de terminar la relación estaría sólo en cabeza del contratante que alega una carga excesiva⁴⁵⁹.

Una tendencia ulterior, denominada causalista o de la voluntad marginal, también ella fundada en el dogma de la voluntad, pretendió justificar la cláusula en la permanencia de la voluntad originaria en su doble función de voluntad dirigida a la asunción de una obligación y a la ejecución de la prestación correspondiente⁴⁶⁰. Esta teoría señalaba la aplicación de la cláusula siempre que a causa de una divergencia entre el valor de la prestación de la parte obligada y el valor de la contraprestación, no fuera posible alcanzar la finalidad del contrato. Ahora bien, según esta argumentación, la resolución habría sido procedente sólo cuando los eventos sobrevenidos no hubieran podido ser considerados dentro de la representación mental de las partes al momento de la celebración del contrato, precisando que la cláusula se debía valorar a la luz de criterios objetivos, resaltando un elemento adicional a la cuestión, no había disolución del vínculo si no se llegaba a superar el alea normal del contrato⁴⁶¹. Al igual que la presuposición de WINDSCHEID, esta teoría pretendió la relevancia jurídica de un contenido volitivo que no fue expresamente deducido *in obligatione*⁴⁶², de este modo, la voluntad dirigida a la ejecución de la prestación correspondiente, o voluntad marginal, se confunde con los motivos internos que han determinado al contratante a obligarse, motivos que, como se señaló (cfr. la crítica a la presuposición *supra* **10** § 2), son irrelevantes para el derecho⁴⁶³. La causa de la obligación, entendida como la utilidad que el contratante espera de la contraprestación, se relaciona aquí con la voluntad final, de manera que en esta concepción la causa sería relevante no sólo en el momento originario, sino también durante la vida del contrato, si ella falta al inicio el contrato no se forma, y si llega a desaparecer durante su ejecución procede la resolución del vínculo.

⁴⁵⁹ DUSI, *Sulla clausola << rebus sic stantibus >>*, en *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 148; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., 43.

⁴⁶⁰ C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano 1995, 13.

⁴⁶¹ Esta es la teoría atribuida a OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, en *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss.

⁴⁶² Si bien es cierto que el consentimiento es necesario para la existencia y perfeccionamiento del contrato, una vez formado, es el contrato que procura los efectos que la ley le reconoce independientemente de cualquier intención ulterior de las partes; en este sentido, la obligación del deudor de cumplir la prestación deriva de la ley y no de la permanencia de su voluntad original: esta la opinión positivista de BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., 30 ss.

⁴⁶³ Gius. PUGLIESE, *Laesio superveniens*, cit., 7; OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, cit., 304 ss.

Sin embargo, la causa al igual que el consentimiento, es elemento esencial para la formación del contrato, y una vez éste se perfecciona despliega sus efectos de manera independiente de la permanencia del consentimiento o de la utilidad que es causa de las obligaciones recíprocas. No es la ocasión para desviar nuestro estudio hacia el problema de la causa, esta relación de conceptos es prueba de cómo la cuestión de los efectos de eventos sobrevenidos que producen una ‘excesiva onerosidad’, y en particular su explicación dogmática, es una problemática que se relaciona con diversos campos de la disciplina general del contrato⁴⁶⁴.

A partir de los años treinta del siglo XX, la presuposición fue considerada por la jurisprudencia al calificarla como circunstancia o evento que, si bien no manifestado, constituye siempre parte o elemento del contenido volitivo y delimita su alcance. Con esto la jurisprudencia adhería al concepto de presuposición entendida como autolimitación de la voluntad, separándola de la problemática de la imposibilidad sobrevenida⁴⁶⁵. La teoría de la presuposición vinculada a la causa puede considerarse en este contexto como un paso ulterior en el perfeccionamiento de la teoría del objeto. En esta tendencia se destaca la teoría de la equivalencia de las prestaciones, según la cual la voluntad expresada por las partes al momento de celebrar el contrato está sujeta a la autolimitación o presupuesto que durante su ejecución la correspondencia económica entre las prestaciones se mantenga inalterada; en este sentido, el consentimiento se da en razón de una prevista correspondencia entre deberes y atribuciones recíprocos, de modo que si la alteración de las circunstancias iniciales genera un desequilibrio entre las prestaciones, desaparece la causa que había motivado a contratar y procede entonces la disolución del vínculo. En estos términos se buscó el fundamento positivo de la teoría en la disposición del art. 1101 del viejo código, que definía el contrato a título oneroso como aquel en el cual cada uno de los contratantes entiende, mediante el equivalente, procurarse una ventaja; el art. 1101 se refería a una equivalencia subjetiva o contraprestación, ya que la misma disposición normativa definía los contratos a título gratuito como aquellos en que una parte entiende dar una ventaja a la otra sin equivalente a cambio⁴⁶⁶.

La teoría que explica el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* en la equidad, planteó que si el destino del contrato cambiaba por la incidencia de hechos nuevos, imprevistos e imprevisibles que hubieran alterado el equilibrio entre las prestaciones, el contrato debía terminarse a causa de la desaparición de una de aquellas circunstancias

⁴⁶⁴ En el derecho romano, generalmente las convenciones no eran civilmente obligatorias, las solemnidades y los hechos dirigidos a la existencia o al cumplimiento que el derecho romano tenía por excepción subordinada o anexa a la eficacia civil de las convenciones, eran llamados *causae obligandi*. No puede hablarse en el derecho moderno de ‘causa’ en este sentido, pues hoy en día las convenciones son civilmente obligatorias por sí mismas, por el mero efecto del consentimiento de las partes. Los problemas de la ‘causa’ exceden el ámbito de este estudio, valga tan solo señalar que la relación de esta noción con el problema de la correspondencia entre eventos y cumplimiento, es fruto de la exaltación de la voluntad y de la contaminación interpretativa del problema general de la imposibilidad-excesiva onerosidad con el vehículo dogmático de la cláusula *rebus sic stantibus* y la cuestión de los presupuestos de la voluntad contractual.

⁴⁶⁵ Cfr. Cass. 15 febbraio 1932, n. 351, en *Foro it.*, 1932, n. 57; Cass. 19 gennaio 1937, n. 141; Cass. 24 giugno 1940, n. 2079, en *Foro it.*, 1941, I, 511; Cass. 23 aprile 1940, n. 1294.

⁴⁶⁶ C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 17 n. 40, señala que no hubo consideraciones sobre el adjetivo <<equivalente>> de la norma en un sentido económico, esto es, como la necesidad de una justa proporción entre las prestaciones considerada como elemento esencial del contrato. Para una crítica a esta teoría vide, entre otros, DUSI, *Sulla clausola << rebus sic stantibus >>*, cit., 153.

en relación con la cual los contratantes se habían obligado (*foundation o basis*, cfr. *infra* 25 § 5 y 26 § 6), incluso en ausencia de pacto expreso, en virtud del art. 1224⁴⁶⁷ del código del 65. A esta teoría se señaló un equívoco, esto es, afirmar que la equidad del art. 1224 era fuente obligatoria de derechos justificante de la resolución del contrato, situación que negaba el art. 1223; la equidad en la disposición del art. 1224 se habría referido a la posibilidad de agregar, a los deberes expresamente dispuestos en el programa contractual o en la ley, también otros deberes por razones equitativas⁴⁶⁸.

Una última elaboración doctrinal de la época señaló el fundamento de la cláusula en la disposición de los arts. 1218 y 1228 del viejo código, el primero empeñaba al cumplimiento de la obligación contraída o en su defecto al resarcimiento del daño, que constituye aquí el equivalente de la prestación no ejecutada, el segundo limitaba dicho resarcimiento a los daños previstos y previsibles. Con esto, debía sostenerse necesariamente que también la prestación, de la cual el resarcimiento constituye el equivalente, estaba dentro de los mismos límites de lo previsto o previsible, con la consecuencia que, si sobreviene un evento imprevisto e imprevisible que imponga al deudor una carga no considerada al momento de la celebración del contrato, este no estaría en realidad obligado a soportarla, ya que si lo hubiera previsto no habría aceptado obligarse o al menos lo hubiera hecho con términos distintos⁴⁶⁹.

Esta diversidad de teorías relacionadas todas entre ellas, al igual que las críticas enunciadas, reflejan la dificultad de encontrar en el texto normativo del código del 1865 los fundamentos para explicar un fenómeno que supera la conceptualización dogmática tradicional y que, en definitiva, no fue considerado por los legisladores. Ninguna de las teorías enunciadas resulta válida al confrontarse con el viejo código, además no armonizan con el principio del art. 1226 según el cual solamente la imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación, consecuencia de una fuerza mayor o caso fortuito, puede liberar al deudor de la obligación acorde con la elaboración tradicional cristalizada en el *Code* francés.

§ 2. Hacia el reconocimiento legislativo de la ‘excesiva onerosidad sobrevenida’.-

La posición negativa a consideraciones ulteriores y más refinadas acerca del problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento, forzada por las circunstancias, debía necesariamente cambiar. Como se señaló, a finales del siglo XIX y comienzos del XX se destacó un renovado interés en la doctrina por la argumentación de la cláusula *rebus sic stantibus* y los matices del problema de los eventos sobrevenidos y su incidencia en el cumplimiento⁴⁷⁰. Los estudios se

⁴⁶⁷ << i contratti (...) obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano >>.

⁴⁶⁸ Cfr. entre otros, BRUGI, *La presupposizione ed i criteri di interpretazione del contratto formulati negli artt. 1124 e 1131 c.c.*, en *Riv. dir. comm.*, 1907, II, 46 ss.; vide las críticas en BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., 26.

⁴⁶⁹ Vide *amplius* BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., 45 ss.

⁴⁷⁰ Vide entre otros BARSANTI, *Risolubilità del contratto a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto*, en *Arch. giur.*, 1899, 3; ASCOLI, *La guerra come causa de forza maggiore*, en *Riv. dir. civ.*, 1916, 240; BRUGI, *Impossibilità della prestazione e clausola rebus sic stantibus*, en *Riv. dir. comm.*,

intensificarían con ocasión del primer conflicto mundial, en efecto, nuevas consideraciones vendrían propuestas debido a la guerra como causa ejemplar de fuerza mayor en especial en los contratos de duración. Normas en materia de contrato de obra pública permitieron la revisión de precios a causa de eventos sobrevenidos que habían determinado su aumento⁴⁷¹; disposiciones en materia de derecho del trabajo permitían la modificación del contrato colectivo en caso de notables cambios de las circunstancias iniciales (decreto real n. 1130 del 1º julio 1926 art. 71); una propuesta innovadora fue la del art. 22⁴⁷² del Proyecto italo-francés de código de obligaciones y contratos que introducía una acción general por lesión en los contratos (acción de anulabilidad) en caso de desproporción entre las prestaciones, sin embargo, sosteniendo todavía la presunción de un consentimiento que no ha sido libremente formado y señalando sólo el problema del desequilibrio contractual inicial⁴⁷³; y el art. 516 del proyecto Vivante de código de comercio contemplaba la excesiva onerosidad en el contrato de obra.

Al igual que en Alemania y en Francia, también en la experiencia italiana fue la crisis económica subsiguiente a la primera posguerra la situación que llevó a tener particular consideración del fenómeno de la supervención contractual. Especial importancia tuvo en 1915 el art. 1⁴⁷⁴ del *decreto legislativo luogotenenziale* n. 739 del 27 mayo 1915, que introdujo por primera vez la excesiva onerosidad sobrevenida en esta ocasión para tratar los problemas de la depreciación monetaria posterior a la guerra, de tal manera que la nueva figura se equiparaba en sus consecuencias a la imposibilidad de la prestación. La norma fue del todo contingente, el decreto sería luego abrogado en 1920 por el decreto real n. 663. Sin embargo, una parte de la doctrina de la época y en contraste con la jurisprudencia⁴⁷⁵, recibió el principio innovador planteando una extensión de su aplicación más allá del evento bélico que había determinado la emanación de la ley, este sería el inicio de arduas discusiones teóricas en busca de explicar el nuevo instrumento⁴⁷⁶. Entre los varios autores, uno en particular

1923, II, 629; OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, cit., 297; Gius. PUGLIESE, *Laesio superveniens*, cit., 5.

⁴⁷¹ En este sentido el decreto legislativo n. 107 del 6 febrero 1919 art. 8; y los decretos reales n. 1316 del 21 julio 1927; n. 1896 del 6 agosto 1937; n. 1296 del 21 junio 1938; n. 901.

⁴⁷² << *Se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto o alla prestazione dell'altro contraente di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre le obbligazioni...>>.*

⁴⁷³ No obstante la norma ponga en evidencia la noción de 'desproporción', resulta claro que se trata más bien de una hipótesis de desequilibrio inicial. En efecto, según la relación del proyecto la disposición pretendía atacar la usura en todas sus formas, mediante una norma que encontraba su precedente en el art. 1103 del código civil italiano para la colonia Eritrea, renunciando de esta manera a reproducir disposiciones sobre el límite máximo de los intereses, demasiado restringidas y fácilmente evitables; la propuesta es similar a la disposición del § 138 BGB, pero se distingue pues éste introduce el abuso de la necesidad, o de la inexperiencia o la ligereza de un contratante por parte del otro, mientras que el Proyecto considera el problema desde el punto de vista del consentimiento viciado: cfr. la *Relazione* del proyecto (§ 7) en el *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Provveditorato General dello Stato, Roma, 1928.

⁴⁷⁴ << *A tutti gli effetti dell'art. 1226 c.c. la guerra è considerata causa di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione* >>.

⁴⁷⁵ Cfr. Cass. 5 maggio 1925, en *Riv. dir. comm.*, 1926, 254; Cass. 31 gennaio 1939, en *Riv. dir. comm.*, 1939, II, 520; Cass. 24 giugno 1940, n. 2079, en *Foro it.*, 1941, 511.

⁴⁷⁶ Vide en cuanto a la evolución de la figura en doctrina y jurisprudencia, *ex multis*, G. SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato interno emessi in occasione della guerra*, en *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 892, y los sucesivos escritos del mismo autor en la *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 628 ss.; *Riv. dir.*

considerando la doctrina medieval de la *reductio ad aequitatem*, sostuvo la opinión según la cual en caso de cambio de las circunstancias iniciales el mejor modo para restablecer el turbado equilibrio entre las prestaciones era el de conceder la revisión del contrato, tal posición, empero, no fue recibida en estos términos por el legislador de 1942⁴⁷⁷.

18. Imposibilidad sobrevenida y el modelo de la excesiva onerosidad sobrevenida en el *codice civile* de 1942: fundamento, contenido y ámbito de aplicación.-

§ 1. La imposibilidad sobrevenida en el *codice* de 1942.-

Las nuevas disposiciones acerca de la imposibilidad eliminaron parte de los problemas de aplicación de los viejos arts. 1225 y 1226, sin embargo, generaron nuevas dudas sobre el concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación frente a la resolución del contrato prevista en los arts. 1463 y ss. Al confrontar estas normas con los arts. 1218⁴⁷⁸ (sobre incumplimiento de las obligaciones), 1256⁴⁷⁹, 1257⁴⁸⁰ y 1258⁴⁸¹ (sobre imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor), se observa que la imposibilidad en general no sería el fundamento de la liberación del deudor, sino

comm., 1919, II, 766; *Riv. dir. comm.*, 1920, II, 215 ss.; y *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 1 ss.; B. BELOTTI, *Sulla legislazione commerciale di guerra*, en *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 570 ss.; GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, cit., 135; P. TARTAGLIA, voz <<onerosità eccessiva>>, en ED, XXX, Milano 1980, 156 ss.; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 21 ss. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 48 recuerda que ya antes de la entrada en vigor del código de 1942 se recorría en doctrina y jurisprudencia el principio tradicionalmente manifestado de la cláusula *rebus sic stantibus*, así como el frecuente llamado de la jurisprudencia a la 'presuposición', no obstante, otras teorías se orientaron en sentido claramente objetivo reclamando la causa del negocio (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 262; CARRIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1949, 593; REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 344), o también la equidad, la solidaridad, la conservación del equilibrio contractual (cfr. *infra* 18 § 3).

⁴⁷⁷ ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, cit., 309. Acerca del punto vide P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 105, quien, además, afirma que son tan numerosos los casos en que se permite la revisión del contrato en el sistema italiano que ella pareciera ser la regla y la resolución su excepción.

⁴⁷⁸ << Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile >>.

⁴⁷⁹ << L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento.

Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla >>.

⁴⁸⁰ << La prestazione che ha per oggetto una cosa determinata si considera divenuta impossibile anche quando la cosa è smarrita senza che possa eserne provato il perimento. In caso di successivo ritrovamento della cosa, si applicano le disposizioni del secondo comma dell'articolo precedente >>.

⁴⁸¹ << Se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile.

La stessa disposizione si applica quando, essendo dovuta una cosa determinata, questa ha subito un deterioramento, o quando residua alquanto dal perimento totale della cosa >>.

aquella determinada conforme a los arts. 1256 sobre imposibilidad definitiva o temporal, 1257 sobre pérdida de la cosa, y 1258 sobre imposibilidad parcial. En efecto, con base en la disposición del art. 1218 la imposibilidad liberatoria sería aquella sobrevenida, total y no-imputable, siempre que el deudor pruebe que la prestación debida se hizo subjetiva y objetivamente imposible, esto es, cuando concurren el elemento objetivo de la imposibilidad y el subjetivo de la ausencia de culpa; de esta manera se acentuó el carácter absoluto de la imposibilidad y se excluyó la resolución cuando el evento sobrevenido no genera imposibilidad sino una dificultad para el cumplimiento, identificando la dificultad con la excesiva onerosidad de la prestación (de los arts. 1467 y ss.), o bien cuando se trate de impedimentos causados por condiciones subjetivas del deudor⁴⁸². De este modo, acorde con la disposición del art. 1218, el límite de la responsabilidad está determinado no por la culpa sino por la imposibilidad objetiva y no imputable de cumplir la prestación, por cuanto debe ser acogida la elaboración doctrinal que, sobre el texto del art. 1218, rechazó una equiparación entre *casus* y ausencia de culpa en el código de 1942 para efectos de la prueba liberatoria de la responsabilidad del deudor⁴⁸³.

Para la doctrina, la imposibilidad que exime de responsabilidad se da con el perecimiento de la cosa no fungible en las obligaciones de dar, equiparado por el art. 1257 a su pérdida o a su exclusión del comercio, es decir, en los casos de la llamada imposibilidad material y de imposibilidad jurídica. En las obligaciones de hacer, la imposibilidad libera al deudor siempre que sea absoluta y objetiva, como en los casos de pérdida de las facultades físicas necesarias para el cumplimiento⁴⁸⁴.

Acorde con la enseñanza tradicional, una simple dificultad sobrevenida no libera al deudor de su obligación, sin embargo, no cabe duda hoy en día que si se configuran los requisitos, esa dificultad puede ser entendida como excesiva onerosidad que justifica la adaptación o en últimas la resolución del vínculo. Se trata, en el fondo, de la mayor o menor incidencia de los eventos o circunstancias sobrevenidas en las obligaciones, y en consecuencia en el cumplimiento; la exigibilidad de la prestación se suspende cuando eventos sobrevenidos, que si bien no impiden absolutamente la prestación, inciden de tal manera en ella que su ejecución requeriría medios y actividades razonablemente incompatibles con el tipo contractual y con la prestación acordada, esta es la cuestión a

⁴⁸² Vide en la jurisprudencia, Cass. n. 2018 14 ottobre 1970, en *Rep. Foro it.*, 1971, n. 437 ss.; Cass. n. 1409 14 aprile 1975, en *Rep. Foro it.*, 1975, n. 280.

⁴⁸³ Acerca del punto vide M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 357 ss., que señala además cómo la culpa no es un elemento constitutivo de la responsabilidad por incumplimiento sino de la imputabilidad de la imposibilidad de cumplir, en este sentido, mientras que la prestación sea objetivamente posible, el deudor está obligado a cumplirla; cuando la prestación se hace imposible en sentido objetivo y relativo, la obligación no se extingue y procede el resarcimiento si el deudor no prueba que dicha imposibilidad no se debió a su conducta negligente. La posibilidad de la prestación, para efectos del incumplimiento, parece en todo caso indicar una idea de culpa que puede considerarse distinta a la noción positiva de la diligencia del buen padre de familia, pero que permanece igualmente ligada al modo de ser del comportamiento debido que constituye propiamente el resultado al que se dirige la prestación.

⁴⁸⁴ R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, en *Europa e diritto privato*, 2001, 654 ss. La jurisprudencia reciente ha interpretado en modo restrictivo la noción de imposibilidad sobrevenida en las obligaciones de hacer, en particular en los contratos de trabajo subordinado, sosteniendo que ni siquiera en caso de enfermedad permanente que impida al trabajador desarrollar la actividad acordada, se configuraría el supuesto de imposibilidad liberatoria para el empleador en cuanto el mismo trabajador habría podido ser destinado a otra actividad, particular consideración jurisprudencial esta: v. Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, en *Il Corriere Giuridico*, 1999, 729 ss.

resolver, el problema del grado de incidencia del evento y la relevancia jurídica de la *difficultas* siempre que ésta se identifique con una onerosidad excesiva, de allí la conceptualización presente en los distintos sistemas, prestación imposible, o inexigible, o impracticable, en últimas la relación entre eventos externos y tipo contractual, todo lo que es siempre un problema de distribución del riesgo.

Además de absoluta, para el efecto liberatorio la imposibilidad debe ser definitiva conforme al segundo inciso del art. 1256, puesto que la imposibilidad temporal exime al deudor sólo de la responsabilidad por el retraso en el cumplimiento, a no ser que la imposibilidad permanezca << *fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla* >>. De este modo, los límites al periodo de suspensión parecen estar determinados en función de los conceptos teleológicos de 'título de la obligación' y 'naturaleza del objeto de la prestación', estos, y no el tiempo de duración del impedimento, estarían entonces en la base de la distinción entre imposibilidad temporal e imposibilidad definitiva. No obstante, al tenor de la norma, parece claro que el verdadero límite al periodo de suspensión es el de la frustración del interés del acreedor⁴⁸⁵. Acorde con la tradición, se requiere finalmente la no imputabilidad del hecho al deudor (*casus nullam culpam praesupponit*). Valga también señalar que en cuanto a la empresa, la doctrina ha dicho que el carácter absoluto de la imposibilidad debe ser entendido como un impedimento tal que ningún deudor estaría en grado de cumplir en las mismas condiciones.

Interesantes comentarios resultan cuando la imposibilidad de la prestación del deudor sea imputable al acreedor, una parte de la doctrina afirma que se debe seguir lo dispuesto en el art. 1463, mientras que otros opinan que debe ser seguido cuanto previsto en el art. 1453 sobre resolución por incumplimiento, en este caso del acreedor⁴⁸⁶. El camino entre una y otra norma depende del reconocimiento de un deber de colaboración del acreedor hacia el deudor, sin duda presente en el espíritu del código en materia de obligaciones y contratos, baste recordar el principio general de buena fe en la ejecución del contrato previsto en el art. 1375⁴⁸⁷, o la regla general de comportamiento del art. 1175⁴⁸⁸; además, el art. 1358⁴⁸⁹ sobre comportamiento de las partes durante el estado de pendencia de la condición, establece el deber de comportarse según la buena fe para aquel que se obligó o enajenó un derecho bajo condición suspensiva o lo adquirió bajo condición resolutoria. Ahora bien, si en general en caso de prestación diferida también el acreedor debe comportarse de manera tal que no obstaculice el cumplimiento, con mayor razón debería predicarse su deber de no hacer imposible la prestación⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ En este sentido R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale*, cit., 653 ss.: << l'art. 1256 è chiaro. Solo il venir meno dell'interesse del creditore all'adempimento rende definitiva la impossibilità che, dal punto di vista naturalistico, sia transeunte: l'impossibilità temporanea finché perdura l'interesse del creditore, è compatibile con l'obbligazione >>. En la jurisprudencia vide Cass. 17 luglio 1947, n. 1129, en *Rep. Foro it.*, 1947, n. 325; Cass. 19 gennaio 1950, n. 159, en *Rep. Foro it.*, 1950; Cass. 22 ottobre 1982, n. 5496, en *Rep. Foro it.*, 1983, n. 302.

⁴⁸⁶ Vide *amplius* R. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000, 201 ss.

⁴⁸⁷ << Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede >>.

⁴⁸⁸ << Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza >>.

⁴⁸⁹ << Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione suspensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione resolutoria, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte >>.

⁴⁹⁰ En este sentido F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 44.

Por otra parte, se ha dicho que así como el art. 1463⁴⁹¹ es una aplicación del art. 1256, igualmente el art. 1464⁴⁹² sería la aplicación del art. 1258. El art. 1464 dispone que la imposibilidad parcial tenga dos efectos alternativos, la reducción de la prestación o el derecho de renuncia cuando falte un interés considerable en obtener al menos la parte todavía posible de la prestación. Cabe preguntarse entonces acerca de la naturaleza de tal derecho de renuncia, si no se trata más bien de una verdadera y propia resolución; doctrina y jurisprudencia se han cuestionado sobre si tal derecho constituye un derecho potestativo cuyo ejercicio se remitiría a la sola voluntad de la parte, o si bien la liberación de la contraparte debería ser declarada por el juez luego de valorar el interés del acreedor en el segmento de ejecución todavía posible, en este sentido, parte de la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la renuncia debe operar de derecho mediante el simple acto de parte (acto extrajudicial de renuncia)⁴⁹³. Resulta interesante notar, e insistimos, que en el fondo la cuestión es determinar la incidencia del evento externo en las obligaciones, una mayor incidencia conduce hacia la resolución, una menor incidencia conduce hacia la reducción, renegociación o adaptación; la mayor incidencia señala una imposibilidad absoluta, la menor incidencia una imposibilidad parcial, o una excesiva onerosidad o una mera y simple dificultad irrelevante para estos efectos.

Diferencia sustancial entre los efectos de la imposibilidad absoluta y aquella parcial, es precisamente la posibilidad de reducción del valor de la prestación (procedimiento prístino de adaptación a las contingencias propio de nuestro sistema, con valor originario en la *reductio* o *remissio mercedis*, cfr. *supra* 4), y ello porque la incidencia del evento permite todavía un espacio para la adaptación equitativa de la relación. Ahora bien, ¿cuáles hipótesis comprende la imposibilidad parcial?, comprende seguramente además de una disminución cuantitativa del valor de la prestación, también la pérdida de calidad del bien, en cuyo caso la reducción de la contraprestación debe ser en medida igual a la disminución del valor económico causada por el deterioro⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ << *Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito* >>.

⁴⁹² << *Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale* >>.

⁴⁹³ Cfr. en la jurisprudencia, Cass. 8 marzo 1960, n. 430, en *Rep. Foro it.*, 1961, n. 374; Cass. 19 settembre 1975, n. 3066, en *Rep. Foro it.*, 1976, n. 6299; Cass. 17 luglio 1987, n. 6299, en *Rep. Foro it.*, 1987, n. 456. En la doctrina, vide *ex multis* R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale*, cit., 653 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 1011 ss.

⁴⁹⁴ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 46 señala que esto llevó a parte de la jurisprudencia a considerar, erróneamente según el a., que la imposibilidad parcial podía, sin más, prescindir de la imposibilidad material de la prestación, comprendiendo también aquellos casos en los que el bien ha sufrido una considerable reducción del valor socio-económico (Trib. Lucera, 9. 1. 1980, en *Giur. di merito*, 1980, p. 1980).

§ 2. El modelo del art. 1467 del *codice civile*.-

El modelo del art. 1467⁴⁹⁵ es de aplicación restringida, se trata de contratos con prestaciones recíprocas, donde las prestaciones están ligadas entre sí por un nexo de interdependencia funcional, es decir, el sinalagma, y cualquier intento de basar la figura en un principio demasiado general sería tergiversar la función asignada por la ley⁴⁹⁶. La regla de la excesiva onerosidad prevista en el art. 1467, supone, como afirma CARDILLI⁴⁹⁷, tener en cuenta dos presupuestos: el primero, que tal onerosidad excesiva no esté relacionada con circunstancias ordinarias (elemento destacado en la concepción serviana: *si nihil extra consuetudinem acciderit*) o previsibles por las partes⁴⁹⁸; el segundo, si la onerosidad excesiva se debe a circunstancias no extraordinarias e imprevisibles, ella no entra en el alea normal del contrato⁴⁹⁹. El presupuesto de la acción se limita al ámbito de los contratos de ejecución continuada o periódica y a los de ejecución diferida⁵⁰⁰ y el remedio no procede si la parte que lo solicita ha ejecutado completamente su prestación⁵⁰¹.

Acorde con la *traditio* del sistema, la norma introduce la oferta de modificación del contrato⁵⁰² basada en la *aequitas*, con el fin de corregir el desequilibrio y evitar la resolución; la posibilidad de la oferta se concede a la parte demandada⁵⁰³, recordando la similitud con la *reductio ad aequitatem* en materia de *laesio enormis* y de contrato celebrado en estado de necesidad o de peligro, elemento sobresaliente también en cuanto a la cláusula *rebus sic stantibus* en el sistema de los doctores medievales, y, presente ya originariamente al interior del sistema en materia de supervención contractual con la *reductio* o *remissio mercedis*⁵⁰⁴ y la adaptación del contrato en la

⁴⁹⁵ << Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, si la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto >>.

⁴⁹⁶ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 48 ss.; P. TARTAGLIA, voz <<onerosità eccessiva>>, cit., 158; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 48 ss.

⁴⁹⁷ <<Bona fides>> *Tra storia e sistema*, cit., 170 n.55 y bibliografía allí citada; vide también C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 25 ss.

⁴⁹⁸ <<...per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili...>>.

⁴⁹⁹ <<...La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto...>>.

⁵⁰⁰ << Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita...>>.

⁵⁰¹ Acerca del punto en doctrina y jurisprudencia vide C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 59 n. 30 y 31.

⁵⁰² En cuanto a la naturaleza jurídica de esta oferta en el derecho italiano, vide F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, 89 ss.; V. M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 82 aclara que en la imposibilidad total de la prestación, la resolución no entra en la disponibilidad de las partes a la renegociación, es una imposición autoritativa del ordenamiento jurídico para ambas.

⁵⁰³ << La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto >>.

⁵⁰⁴ Que existe en nuestro derecho en la solicitud de rebaja del canon (*reductio mercedis*) por el deterioro o destrucción de la cosa debido a casos fortuitos extraordinarios en el arrendamiento de predios rústicos (art. 2041 C.C.).

*locatio conductio*⁵⁰⁵, todo lo que evidencia la exigencia de adecuar las prestaciones mediante la renegociación⁵⁰⁶ o adaptación y procurar la satisfacción del interés contractual de las partes antes que frustrarlo del todo y terminar la relación⁵⁰⁷. De esta manera, subsiste, también aquí, el deber de restablecer el equilibrio de las prestaciones conforme al espíritu de cooperación y solidaridad⁵⁰⁸, y sólo cuando las reglas no resulten idóneas para atender la excesiva onerosidad sobrevenida, se podrá recorrer el campo de la resolución del contrato⁵⁰⁹.

§ 3. El fundamento de la excesiva onerosidad sobrevenida.-

En la relación del Ministro de Justicia al código civil del 16 marzo de 1942, se lee textualmente que el art. 1467 habría introducido de manera expresa y en vía general el principio de la sujeción implícita de los contratos con prestaciones recíprocas a la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre la huella del derecho común y, por ende, en relación con una tradición puramente italiana⁵¹⁰. Sin embargo, la cláusula es un vehículo dogmático de una problemática más aguda, la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento, los efectos de estas anomalías, en últimas, la relación entre contrato y realidad. La cláusula en sí misma no agota la cuestión, ella sirvió de carta de presentación de un problema más complejo que se traduce correctamente en términos de distribución del riesgo. En este sentido, parece exacto afirmar que el art.

⁵⁰⁵ Es el reclamo a un principio difuso ya entre los comentaristas medievales y consolidado por el derecho común en relación con los contratos de larga duración ‘*contractus quia habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*’, una máxima contaminada de la interpretación medieval de D. 46, 3, 38 pr. y D. 12, 4, 8 y que no tuvo en cuenta el tratamiento del problema ya en las fuentes sobre el contrato de *locatio conductio* y su adaptación mediante la *reductio mercedis*.

⁵⁰⁶ La fase de negociación entre las partes, en efecto, no termina con la celebración del contrato, sino que se presenta nuevamente cada vez que se determine una alteración relevante en el equilibrio de las prestaciones: v. E. C. ZACCARIA, *L’adattamento dei contratti a lungo termine nell’esperienza giuridica statunitense*, cit., 490 n. 39; ello podría inducir a considerar sutil la distinción tradicional entre la fase de formación y la fase de ejecución del contrato; FONTAINE, *Les Clauses de Hardship*, en *Dir. prat. comm. int.*, 1976, 279 habla de un contrato ‘evolutivo’ que se abre paso respecto del contrato intangible.

⁵⁰⁷ Además, <<la revisión realizada no es óbice para impetrar o acordar una nueva>> : F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, en el *Rapport général* elaborado para las *Journées Brésiliennes* de la *Association Henri Capitant*, Rio de Janeiro - São Paulo, 23 - 27 mayo 2005, 7; cfr. C. G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 193;

⁵⁰⁸ Cfr. CAMPBELL – HARRIS, *Flexibility in Long-Term Contractual Relationships: The Rule of Cooperation*, en 20 *J. Law & Soc.*, 1993, 167. Sobre la idea de dar fuerza a una moralidad intersubjetiva o alentar un comportamiento virtuoso en los contratos (una concepción alternativa) vide S. V. SCHIFFRIN, *The divergence of contract and promise*, en *Harvard Law Review*, vol. 120:708 / 2007, 752.

⁵⁰⁹ Sobre el punto R. CARDILLI, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, cit., 171, afirma que ésta interpretación se introduce de manera coherente en el interior del sistema jurídico al cual pertenece el ordenamiento italiano; cfr. P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 106, para quien la concepción acogida en el código peca por defecto, pues si bien tiene en cuenta el cambio de las circunstancias en los casos de ruptura del equilibrio sinalagmático entre las prestaciones, deja fuera otro supuesto también relevante, el de la llamada ‘frustración de la finalidad contractual’ o ‘frustración del contrato’. En cuanto al efecto de la *non adaptation* en las cláusulas de *hardship* nos referiremos adelante *infra* 29, en todo caso al respecto v. U. DRAETTA – R. LAKE, *Contrats Internationaux*, cit., 195 ss.

⁵¹⁰ C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 27.

1467 tradujo en norma el principio tradicionalmente expresado por la cláusula, pero, no obstante, la disposición se refiere sólo a la hipótesis de lo 'imprevisible' determinando así el cumplimiento a la sola eventualidad de circunstancias que las partes no habrían podido considerar. Ahora bien, parece indiscutible que una disposición en términos de excesiva onerosidad de la prestación prueba que el código vigente pone en práctica un control sobre el equilibrio económico de los contratos, pero quizás no establece un principio tan general que incluya cualquier otra fuente de perturbación del equilibrio distinta del evento imprevisible⁵¹¹. La norma habla de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. El carácter extraordinario, es elemento originario señalado ya en la interpretación serviana (*si nihil extra consuetudinem acciderit*), el evento debe ser extraño a las partes y al contrato (característica de la *vis* como *extraria*); la imprevisión de los eventos, elemento también existente en el sistema, característico del *casus*, esto es, el evento *cui prevederi non potest*; sin embargo, no hay referencia expresa a un evento *cui resisti non potest*, característico también de la *vis* como típico evento sobrevenido causa de alteraciones al equilibrio. Sin embargo, si se observa bien el requisito de un evento extraordinario, puede afirmarse que, al tenor de la norma, resulta imprevisible todo evento fuera del curso ordinario de las cosas, y que un hombre medio prevé sólo aquello que está dentro de ese curso ordinario o normal de los acontecimientos⁵¹²; con esta interpretación se extiende el ámbito de aplicación del instituto a todos aquellos eventos que en abstracto son objetivamente previsibles y que el hombre medio no se esfuerza en considerar, pero una interpretación así de amplia deja el problema de aquellos eventos que cualquier hombre medio habría podido prever y por el contrario resultan omitidos en el contrato, esto es, todos aquellos riesgos comprendidos en el alea normal que, según la disposición, debe ser superada para que proceda el remedio⁵¹³.

Como se vio, bajo la influencia de doctrina y jurisprudencia y las nuevas exigencias de la práctica, el legislador tomó en consideración la necesidad de implementar el remedio de la excesiva onerosidad, sin embargo, fueron normas del todo transitorias y el instituto fue introducido de manera sistemática sólo en el código civil de 1942⁵¹⁴. En este sentido, revivieron las teorías atrás enunciadas acerca del fundamento del remedio.

⁵¹¹ Cfr. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c. c.*, en *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 ss., quien critica la asimilación de dos cuestiones profundamente distintas; cfr. también M. BESSONE, op. cit., 48 ss.

⁵¹² En este sentido M. BESSONE, op. cit., 49 y bibliografía allí citada, en particular BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 192 ss., quien señala correctamente que el riesgo está en el continuo movimiento de la vida, en efecto, el problema es que con el transcurrir del tiempo la valoración comparativa entre el costo y el rendimiento de la prestación pueda mostrarse frustrante, engañosa. No obstante, el contratante no puede ser protegido contra cualquier desilusión de sus expectativas, pues hay expectativas razonables y legítimas, pero también las hay que no tienen fundamento legítimo y no se justifican a la luz del principio de auto-responsabilidad. Por otra parte, el 'alea' es inherente al contrato por el solo hecho que establece un programa que implica, para la valoración de los intereses en juego, atenerse a la rigidez de las condiciones presentes al momento de celebrar el contrato.

⁵¹³ M. BESSONE, op. cit., 49 ss.

⁵¹⁴ A pesar de la abundante y autorizada reflexión doctrinal y jurisprudencial, la configuración dogmática de la excesiva onerosidad es todavía hoy una cuestión controvertida. En efecto, si se prescinde de la idea que el hecho común y general de la exigencia de mantener invariables las condiciones que determinaron las partes al celebrar el contrato es la *ratio* de la codificación del instituto y su rasgo particular, ninguna de las teorías acerca del fundamento jurídico del remedio puede considerarse satisfactoria: v. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, en *Comm. cod. civ.*, Torino, 1960, 580

La corriente dominante enfatizó en la causa, que desaparecería como consecuencia del evento sobrevenido, requiriendo así la tutela al contratante frente a un riesgo imprevisto de alteración del valor de la prestación, en últimas, un defecto parcial de la causa, aceptando que ésta debe permanecer durante toda la vida del contrato⁵¹⁵.

Por su parte, la tendencia objetiva afirmó que la *ratio* del nuevo instituto debía justificarse a la luz de un vicio no de la causa sino del objeto, que perdería el requisito de su determinación *ex art.* 1346⁵¹⁶. En este sentido el art. 1346 habría fijado límites cualitativos y cuantitativos a la prestación, límites que comprenden toda la entidad del negocio, atinentes al objeto y a la actividad con éste relacionada que el contratante debe desarrollar⁵¹⁷; a esta interpretación se opuso otra doctrina señalando que se trataría más bien de un defecto funcional de la causa, y que el fundamento del nuevo remedio estaría en la ampliación del concepto de imposibilidad y por ende en el ámbito funcional del contrato, esta argumentación ubica la excesiva onerosidad dentro de los modos de extinción de las obligaciones. Sin embargo, es oportuno señalar junto con la doctrina, que no obstante las diferencias específicas entre imposibilidad y excesiva onerosidad, estas deben acumularse dentro del *genus* de las alteraciones no imputables de la economía del contrato durante la fase de su ejecución, al mismo nivel de aquellas alteraciones imputables como el incumplimiento, que junto a las otras dos anteriores entran todas en el amplio campo de los defectos o anomalías en la ejecución del contrato⁵¹⁸.

Una autorizada doctrina y alguna jurisprudencia del siglo pasado, seguramente influenciadas por el dogma de la voluntad, señalaron el fundamento del remedio en el controversial instituto de la presuposición, afirmando que ésta consistiría en la previsión que la situación inicial bajo la cual el contrato se basa, permanezca sustancialmente inalterada o no sufra variaciones más allá del alea inicialmente prevista⁵¹⁹, reviviendo así la teoría subjetiva planteada inicialmente en Alemania. Como fundamento se señaló entonces la exigencia de proteger al contratante de los riesgos de una grave perturbación del valor económico de la prestación causada por eventos inesperados, partiendo del presupuesto que las partes habrían querido salvaguardar el equilibrio contractual y una

⁵¹⁵ La argumentación es sugestiva, en efecto, si la voluntad causal es la que determina a las partes a obligarse, y de esto surgen las atribuciones patrimoniales respectivas, y si estas atribuciones no constituyen sino el medio para la actuación concreta de la voluntad causal, es lógico que, cuando este medio falla, la misma *ratio* de la tutela jurídica acordada con las atribuciones exige que la causa pueda ser eliminada o modificada, esto es, que esas atribuciones patrimoniales puedan ser neutralizadas o modificadas: vide E. ENRIETTI, *Commentario del codice civile. Obbligazioni*, I, (dir. M. D'Amelio, E. Finzi), Firenze, 1948, 891. La doctrina inmediatamente posterior al código afirmaba que el remedio estaba necesariamente vinculado a la causa del contrato: en este sentido, A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 127 ss.

⁵¹⁶ << L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile >>.

⁵¹⁷ Cfr. L. MORUZZI, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, en *Temì*, 1954, 262 ss.

⁵¹⁸ A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, en *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, vol. XVIII, 20.

⁵¹⁹ Cfr. entre otros, F. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, en *Foro it.*, 1960, 1579 ss.; G. B. FERRI, *Dalla clausola << rebus sic stantibus >> alla risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Quadrimestre*, 1988, 512 ss.; en la jurisprudencia vide Cass. 2 settembre 1981, n. 5168, en *Foro it.*, 1982, I, 104; Cass. 28 gennaio 1995, n. 8689, en *Rep. Foro it.*, voz *Contratto in genere*, n. 308; Trib. Pescara, 5 ottobre 1995, en *Giur. Merito*, 1998, 64 ss.; Cass. 24 marzo 1998, n. 3083, en *Giust. Civ.*, 1998, I, 3161 ss.; Trib. Sondrio, 31 maggio 2000, en *Foro it.*, 2000 cc. 2832 ss. En contra, vide *ex multis* DE MARTINI, *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi*, en *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II, 356; R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, cit., 163; F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, en *Riv. dir. civ.*, 1958, 59 ss.

equitativa distribución de los riesgos sin observar alteración alguna en la causa del contrato que pude todavía ser alcanzada en concreto⁵²⁰. Relevancia de los presupuestos se da también cuando, bajo un aspecto funcional del contrato, el presupuesto se considera como motivación típica relevante, no ya en el plano subjetivo del error de previsión sobre los motivos sino en el plano objetivo de la causa, constituyendo dicho motivo la base o fundamento común del negocio (objetividad del presupuesto)⁵²¹. En este sentido, la jurisprudencia ha definido la presuposición como una determinada situación de hecho o de derecho, pasada, presente o futura, de carácter objetivo, cuya ocurrencia o desaparición es independiente de la voluntad de las partes y que debe considerarse tenida en cuenta por ambos contratantes, aunque no haya sido expresada, como presupuesto común en la formación de su consentimiento y de la que depende la permanencia del vínculo, evocando la doctrina de la *Geschäftsgrundlage*⁵²². Otras veces se ha entendido la presuposición no como elemento de integración del programa contractual sino como instrumento interpretativo de la efectiva voluntad de las partes⁵²³.

Al margen de la voluntad de las partes y de la naturaleza y la finalidad económica del contrato, una interpretación general y no propiamente dogmática señaló el fundamento de la resolución del art. 1467 en la sanción por la violación de un deber de solidaridad que tenía su base en el ordenamiento corporativo que rodeó al código del 1942⁵²⁴, desaparecido el ordenamiento corporativo, el principio jurídico de solidaridad se habría afirmado como principio ético en términos de protección de los intereses y los factores de producción asumidos en la relación obligatoria⁵²⁵.

Lo cierto es que al tenor de la norma, la continuidad del vínculo alterado por eventos sobrevenidos depende de la modificación equitativa, del restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones, un llamado - que no es el único en el código- a las razones de equidad, que habría estado, según la Relación al Rey, en la base de la redacción del nuevo instituto. Al margen de las críticas al dogma de la voluntad y a la presuposición, estos son criterios ya superados, y como señala la doctrina, en presencia de una disciplina positiva de la excesiva onerosidad sobrevenida, el llamado al instituto de la presuposición resulta confuso y desvía la atención del problema, idóneo como es, a determinar superposiciones con otros institutos de la disciplina del contrato. El art. 1467 no es expresión de la presuposición en sentido propio ni tampoco introduce el principio general que ella expresa; las circunstancias y los aspectos que la presuposición revela son significativamente diferentes de aquellos que comprenden los remedios para la incidencia de eventos sobrevenidos. En efecto, mientras la norma de la excesiva onerosidad hace depender la eficacia del vínculo de la permanencia de ciertos presupuestos objetivos, rigurosamente disciplinados (modificación equitativa y

⁵²⁰ Vide R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., en *Trattato di diritto civile* vol. IV (dirs. Grosso-Santoro Passarelli), Milano, 1972, 287 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile 5, la responsabilità*, Milano, 1997, 389 ss.

⁵²¹ F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, 69; cfr. Cass. 17 maggio 1976, n. 1738, en *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 341.

⁵²² Cfr. Cass. 6 luglio 1971, n. 2104, en *Giur. it.*, 1973, I, 282; Cass. 3 dicembre 1991, n. 12921, en *Giur. it.*, 1992, I, 2210.

⁵²³ Cfr. C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 33 nota 26 y jurisprudencia allí citada, en especial Cass. 17 maggio 1976, n. 1738, en *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 341; Cass. 9 maggio 1981, n. 3074, en *Giur. it.*, 1983, I, 1738.

⁵²⁴ OSILIA, *Sul fondamento della risolvibilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, en *Riv. dir. comm.*, 1959, 39 ss.

⁵²⁵ En este sentido C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 27.

condiciones de mercado), la presuposición lo hace respecto de presupuestos subjetivos específicos (circunstancias del supuesto de hecho concreto), premisas implícitas y datos psicológicos variables⁵²⁶. Una doctrina reciente, que se ha ocupado con especial énfasis del problema de los presupuestos del actuar negocial, continúa a remarcar que el instituto de la presuposición no encuentra fundamento en el art. 1467, pero afirma que la cuestión se resolvería en la necesidad de distinguir entre la incidencia del evento sobrevenido sobre el sinalagma funcional y la posibilidad de valorar con instrumentos hermenéuticos la entidad de la contraprestación pactada, con el fin de establecer la relevancia causal de una finalidad-motivo perseguida por una de las partes⁵²⁷; esta interpretación conduciría aparentemente a reconsiderar aquella parte de la doctrina⁵²⁸ que ha afirmado la irrelevancia jurídica de circunstancias previsibles que determinan una alteración en el valor de las prestaciones, pues, en efecto, si se habla de presuposición, la valoración de la contraprestación constituye de todas maneras el parámetro para la identificación de un posible vicio teleológico de la causa concreta⁵²⁹.

Por cuanto se busquen justificaciones, unas más convincentes que otras, el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida refleja igualmente el problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento, entre contrato y realidad, las técnicas para el control de dicha compatibilidad asumen formas diversas, pero todas tienen en común que buscan resolver el mismo problema, una ejecución que en sustancia es todavía posible, pero que bajo la nueva realidad no generaría la ventaja esperada para quien a ella está obligado. En general, debe distinguirse entre la incidencia del evento sobrevenido en el equilibrio sinalagmático originario (en los contratos con prestaciones recíprocas que implican una relación de duración) e incidencia del evento sobrevenido en la esfera patrimonial del deudor (en todos los contratos con prestaciones recíprocas), en términos de dificultad en el cumplimiento⁵³⁰; en particular en este último grupo de casos, la mayor onerosidad del cumplimiento tiene

⁵²⁶ Esta es la argumentación, entre otros, de R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, cit., 163; P. TARTAGLIA, voz <<onerosità eccessiva>>, cit., 158; un resumen de estas posiciones en C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 33 ss., quien afirma que dadas las taxativas condiciones de aplicación del instituto delineadas por la norma, el remedio tiene alcance limitado, mientras que la presuposición se aplica siempre que se intuya una voluntad de las partes dirigida a limitar la validez y la eficacia del contrato en relación con la existencia de una circunstancia presupuesta. Además, debe señalarse cómo la presuposición se aplica también en los contratos de ejecución inmediata, incluso frente a circunstancias presentes o pasadas, por ende no sobrevenidas: ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e <<frustration of contract>>*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1239; cfr. M. BIANCA, *Diritto civile 5, la responsabilità*, cit., 390, para quien distinguiendo correctamente entre presuposición y excesiva onerosidad sobrevenida, el problema se traslada al ámbito de la interpretación del contrato.

⁵²⁷ Esta es la opinión de M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 312, quien agrega además que, si la valoración de la contraprestación es posiblemente un criterio hermenéutico de individualización del interés de los contratantes no expresado en el programa, el área de la 'presuposición distributiva del riesgo de la realidad' no comprende sino circunstancias originarias o sobrevenidas, idóneas a incidir sobre el aspecto cualitativo del programa negocial y no sobre el aspecto cuantitativo de la correspondencia económica originaria o sucesiva entre las prestaciones.

⁵²⁸ Vide en especial BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 50 ss.

⁵²⁹ Fuera de este caso existen sólo hipótesis legales en las que la falta de equivalencia entre las prestaciones puede: 1. Asumir relevancia jurídica indirecta, como p. ej. 'condiciones inicuas' (art. 1447), lesión *ultradividuum* (art. 1448), error sobre el valor o el precio (art. 1429), perjuicio causado al incapaz natural por la mala fe del otro contratante (art. 428 inc. 2); 2. Constituir un presupuesto de aplicación de una regla de responsabilidad, como p. ej. las 'condiciones distintas' de aquellas en las que habría sido celebrado el contrato (art. 1440): cfr. M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 312 n. 233.

⁵³⁰ C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 111 ss.

carácter subjetivo, respecta a la posición del deudor y no al cambio de valor de la prestación y por lo mismo al equilibrio sinalagmático. Puede así hablarse de una dificultad de *praestare* que podría valorarse acudiendo a la cláusula general de buena fe siempre que se admita y justifique una teoría de la inexigibilidad de la prestación. Surgen aquí nuevamente los interrogantes propuestos inicialmente en la doctrina en el ámbito de la jurisprudencia de los intereses, esto es, la existencia de criterios atendibles para considerar el umbral de la inexigibilidad o el límite al sacrificio del deudor.

§ 4. Contenido del remedio y ámbito de aplicación.-

§ 4.1. Eventos extraordinarios e imprevisibles.-

Toda relación humana que tiende a perdurar en el tiempo está sometida a las contingencias propias del futuro, y no siempre resulta sencillo mantener invariables las condiciones iniciales que forman su base; de igual manera, aquellos negocios cuyos efectos están llamados a prolongarse en el tiempo, son propensos a padecer anomalías que afectan el normal equilibrio entre las prestaciones. Debido precisamente a su duración⁵³¹ enfrentan el riesgo de eventuales acontecimientos sobrevenidos que pueden hacer absolutamente imposible la ejecución de la prestación (problema del riesgo contractual en sentido estricto y pérdida del *commodum obligationis*), o alterar en forma anómala la proporcionalidad de la operación económica produciendo un desequilibrio sobrevenido grave entre las prestaciones que se refleja en una evidente mayor onerosidad del cumplimiento para una de las partes⁵³², de allí la exigencia de equidad de la cooperación en la distribución de los riesgos que exceden el alea normal del contrato⁵³³; este último caso, en el *codice* italiano encuentra sustento en la disciplina de la excesiva onerosidad sobrevenida. Este modelo, como señalamos, se integra con dos elementos propios de nuestra tradición jurídica y presentes en el sistema, el carácter extraordinario e imprevisible de los eventos, criterios que provienen de la interpretación de la fuerza mayor y del caso fortuito, necesarios para la aplicación del remedio. Eventos extraordinarios, o bien, *extra consuetudinem*, que se manifiestan raramente por

⁵³¹ << La incertidumbre política, económica, financiera del mundo actual y, en especial, de algunas regiones, sumada a la universalización de las relaciones, cada día más intensa, y a las transformaciones veloces de la ciencia y de la tecnología, despierta más inseguridad y menos confianza en la estabilidad de la base económica de los contratos de larga duración >>: F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, cit., 8.

⁵³² E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, § 8, 190 recuerda que el deudor de la prestación que se ha hecho excesivamente onerosa, no se libera; sin embargo se revela un peligro: el de la ruina de su economía, debido al excesivo costo de la prestación, y que un derecho inspirado en las exigencias de la sociabilidad no puede ignorar. En la imposibilidad sobrevenida el deudor se libera del cumplimiento de la prestación que se ha hecho imposible y se abre el camino a la determinación de cuál de las partes debe sufrir la pérdida del *commodum obligationis*, mientras que en la excesiva onerosidad sobrevenida la actuación de la relación obligatoria permanece, en abstracto, todavía posible, solo que la cooperación requerida a una de las partes se presenta para ella excesivamente onerosa. Se trata de una imposibilidad en el cumplimiento de la prestación que no es de carácter absoluto, hay un cambio relevante de las circunstancias iniciales del contrato, pero no se anula del todo la prestación sino que se recorren los supuestos de la excesiva onerosidad que permiten al afectado pedir el reequilibrio de las prestaciones: cfr. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 767 ss.

⁵³³ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., § 8, 188 ss.

tipología y alcance⁵³⁴, eventos fortuitos, o bien, que un hombre medio *prevederi non potest*; cuanto más se prolongue en el tiempo la duración del contrato, tanto más probabilidades hay de que ocurran estos eventos⁵³⁵. Ahora bien, todo evento imprevisible es extraordinario más no todo evento extraordinario es imprevisible; en efecto, la imprevisión es una categoría más amplia que la del carácter extraordinario, en las hipótesis concretas, dentro de ella se comprende también éste. Es un hecho conocido que en nuestro tiempo un gran número de situaciones pueden ser previstas, incluso aquellas extraordinarias, esto genera dificultad para la eficacia de este requisito. Evento extraordinario es aquel que está fuera del curso normal de los acontecimientos, del todo extraño a las partes y al contrato en particular. Ahora bien, extraña a las partes y a la llamada alea normal del contrato es sin duda la *vis*, evento extraordinario que en todo caso *resisti non potest*, fuerza irresistible de la que no obstante no habla la norma. La extraordinariedad pone en evidencia la distinción apreciable en el modelo serviano (cfr. *supra* 2), el reconocimiento de un ámbito de riesgos interno propio del contrato, y un ámbito externo ajeno al mismo, o si se quiere, entre ámbito de normalidad y ámbito de anormalidad de los eventos, se trata de una valoración de carácter objetivo.

El evento debe ser extraordinario, pero esto solo no basta, además de extraordinario debe ser imprevisible, y la trascendencia del remedio se pone así en el requisito de la imprevisión; la cuestión es sin duda de probabilidad, si un evento no es probable no debe considerarse previsible, de manera que resulta imprevisible aquel evento cuya ocurrencia es lógicamente improbable, se trata de un criterio subjetivo que involucra la capacidad de representación de la probable ocurrencia de un evento⁵³⁶, representación mental que, para no caer en las profundidades de la presuposición o de las teorías subjetivas, debe entenderse en clave objetiva en la medida que se considera en proporción a la capacidad de previsión del contratante medio en el caso y la actividad concretos. De este modo pareciera que la cuestión regresa sobre el requisito de la extraordinariedad, en efecto, la previsión o no del evento causa de alteración al equilibrio económico de la operación, debe pues ser considerada a la luz de la normalidad o anormalidad del evento y en relación con un modelo objetivo, en otras palabras, una circunstancia es previsible o no según que hubiese podido ser prevista con una diligencia media⁵³⁷, pero no la de cualquier persona sino la del contratante en el caso y la actividad profesional concretos. En este sentido, la jurisprudencia ha aceptado la procedencia del remedio incluso en caso de eventos previsible pero que superan la capacidad de representación que de ellos tiene un hombre medio, valga decir, cuando superan la llamada alea normal del contrato⁵³⁸. Ahora bien, de esta argumentación

⁵³⁴ M. BIANCA, *Diritto civile 5, la responsabilità*, cit., 396.

⁵³⁵ Vide Cass. Sez. Un., 3 agosto 1949, n. 2150, en *Giur. it.*, 1950, I, 421.

⁵³⁶ En la doctrina vide, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 191 ss.; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., 90 ss.; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., 26 ss.; SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en *Riv. dir. civ.*, 1960, 149; G. B. FERRI, *Dalla clausola << rebus sic stantibus >> alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., 67; C. M. BIANCA, *Diritto civile 5, la responsabilità*, cit., 396; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 15 ss.

⁵³⁷ La doctrina recuerda que conforme al art. 1176 inc. 2, en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación con la naturaleza de la actividad ejercida: C. G. TERRANOVA, op. cit., 131 n. 68.

⁵³⁸ Cass. 15 dicembre 1984, n. 6574, en *Giust. civ.*, 1985, I, 2795. El alea normal del contrato se identificaría con la imprevisión y la extraordinariedad de los eventos: E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, en *Commentario del codice civile. Obbligazioni*, I, (dir. M. D'Amelio, E. Finzi), Firenze, 1947,

resulta lógico afirmar que la imprevisión debe ser considerada en relación con la posibilidad de las partes de representarse mental y útilmente, al momento de celebrar el contrato, la probable ocurrencia futura del evento (posibilidad o imposibilidad de representación mental del evento)⁵³⁹; así, son entonces susceptibles de representación aquellos eventos que con un esfuerzo objetivamente ordinario el contratante en el tipo concreto podría prever en relación con las circunstancias bajo las cuales se estableció el vínculo⁵⁴⁰. Sin embargo, queda el problema de la tendencia a señalar la identidad sustancial de los dos requisitos, tendencia que absorbe la extraordinariedad del evento dentro de la noción de previsión/imprevisión⁵⁴¹.

Ahora bien, al igual que en los distintos modelos, la procedencia del remedio depende de la no imputabilidad del evento a la conducta del deudor, o mejor, que con su conducta no haya favorecido las consecuencias del evento sobre la prestación generando la excesiva onerosidad de la misma; de esta manera, el remedio no se aplica entonces cuando el deudor no haya previsto por su negligencia un evento previsible, o cuando la excesiva onerosidad se produce estando el deudor en incumplimiento, y finalmente cuando el deudor haya agravado su situación contribuyendo así al estado de excesiva onerosidad⁵⁴².

§ 4. 2. Excesiva onerosidad sobrevenida.-

Conforme al primer inciso del art. 1467 el remedio procede cuando los eventos extraordinarios e imprevisibles den lugar (nexo de causalidad) a una 'excesiva onerosidad sobrevenida', sin establecer la medida del exceso. Sin embargo, el segundo inciso de la norma aclara que el remedio no procede cuando la excesiva onerosidad

900; M. BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467, risoluzione per eccessiva onerosità, alea normale del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 5.

⁵³⁹ El problema principal está en determinar el grado de certeza de la previsión del evento, de manera que si todo evento extraordinario resulta en abstracto previsible, la previsión debe entenderse limitada a aquellos eventos cuya ocurrencia tenga un determinado margen de certeza, sin indicar un criterio matemático de probabilidad: cfr. R. SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, t. II, Torino, 1993, 675.

⁵⁴⁰ Cfr. LIPARI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell'inflazione*, en *Giust. civ.*, 1985, I, 2799.

⁵⁴¹ Cass. 10 luglio 1952, n. 2116, en *Giust. civ.*, 1952, 496 ss.; Cass. 28 gennaio 1995, n. 1027, en *Foro it.*, 1995, I, 2898 ss. En la doctrina vide A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Padova, 1952, 133; C. BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., 80 ss. En contra vide F. P. TRASCIA, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 76 ss. quien señala: <<Secondo una opinione, che ci sembra di poter condividere, i due requisiti dell'evento non sarebbero sostanzialmente equivalenti. Ci sembra, infatti, che anche l'evento straordinario possa avere un certo grado di prevedibilità, dato che tutto può essere oggetto di previsione, anche un evento straordinario quale la guerra, un evento catastrofico, l'esaurimento di alcune materie prime e quant'altro >>, en este sentido el a. concluye que << il giudizio relativo alla straordinarietà dovrebbe avvenire in base ad un dato statistico, dovrebbe essere effettuato in funzione del ramo di attività cui l'obbligazione si riferisce e con riferimento al criterio dell'uomo comune >>.

⁵⁴² Se trata de la relación de causalidad directa entre imprevisión, extraordinariedad y excesiva onerosidad: R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 282. En la jurisprudencia vide Cass. 4 agosto 1949, n. 2170, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, II, 1770; Cass. 29 maggio 1953, n. 1614, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, V, 427; Cass. 13 dicembre 1980, n. 6464, en *Giur. it.*, 1980, I. Valga agregar que la imprevisión del evento se excluye en caso de cláusulas de adaptación automática: cfr. Cass. 3 agosto 1949, n. 2150, en *Giur. it.*, 1950, I, 421; Cass. 27 novembre 1990, n. 11412, en *Giur. it.*, 1991, I, 1429.

entre en el alea normal del contrato, criterio que se erige de gran relevancia para la operatividad del instituto. La norma deja pues un amplio campo de discrecionalidad al juez quien deberá libremente establecer el alcance de la desproporción⁵⁴³. Sobre el concepto de ‘excesiva onerosidad’ las posiciones pueden resumirse en dos: 1. El requisito debe entenderse en sentido literal, es decir, que resulta necesaria una modificación del valor de la prestación en sí misma, de modo que el desequilibrio debe resultar de confrontar el valor o el costo de la prestación al momento de celebrar el contrato, con el valor o el costo en el momento en que debe cumplirse⁵⁴⁴. 2. La fórmula implica un cambio general de todo el equilibrio entre las prestaciones, y no sería suficiente el cambio del valor intrínseco de la prestación en sí misma considerada.

A la primera interpretación se ha criticado que llevaría a una equiparación del concepto de excesiva onerosidad con el de imposibilidad subjetiva y que se correría el riesgo de legitimar cualquier clase de incumplimiento, y, en consecuencia, lesionar el principio de la obligatoriedad del contrato; por ello la jurisprudencia no dudó en señalar que la prestación debía ser valorada objetivamente, en relación con la consistencia real y efectiva del bien objeto de dicha prestación y no en relación con las condiciones subjetivas del deudor⁵⁴⁵. En realidad, se trata de un temor dogmáticamente injustificado, si se observa bien, la problemática de fondo pertenece a la categoría de las anomalías (o si se quiere, dificultades) en el cumplimiento no imputables al deudor, entre ellas al primer lugar se ubica la imposibilidad objetiva, sin embargo, no puede negarse dogmáticamente que la excesiva onerosidad señala una imposibilidad subjetiva en el sentido de *difficultas praestandi*, una dificultad que, de llenar los requisitos de la norma, abre el camino a las consecuencias legales: la resolución o la modificación equitativa. En todo caso, resulta conveniente señalar que no debe confundirse la prestación con los medios necesarios para su cumplimiento, ahora bien, la prestación se hizo excesivamente onerosa pero su cumplimiento es todavía posible, esto excluye el campo de la imposibilidad absoluta, y si la fórmula del art. 1467 no se explica a la luz de una *difficultas* subjetiva, resulta necesario entonces darle un sentido objetivo sin confundirla con la imposibilidad, para ello se requiere una aproximación distinta que no considere la prestación en sí misma sino respecto de la contraprestación⁵⁴⁶. En este sentido, la fórmula de la excesiva onerosidad debería interpretarse a la luz del desequilibrio entre las prestaciones, en otras palabras, en la ruptura de la equivalencia económica entre los intercambios patrimoniales de las partes, en la frustración de la expectativa de enriquecimiento lícito⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Cass. 24 luglio 1948, n. 1234, en *Foro it.*, 1948, I, 298 ss.; Cass. 29 gennaio, 1949, n. 131, en *Rep. foro it.*, voz *Obbligazioni e contratti*, n. 261.

⁵⁴⁴ Del desequilibrio resultante, la parte que pide la resolución deberá dar la prueba de la onerosidad excesiva: F. CARRESI, *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirs. Cicu e Messineo), vol. XXI, t. II, Milano, 1987, 839 ss. Para A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 428, en cambio, una valoración cuantitativa de las prestaciones sería demasiado simple, por lo que resultaría necesario examinar la ‘entidad del cambio de valor o de costo’ de la prestación, confrontando el valor o costo inicial de la prestación a ejecutar y el valor o costo de ella al momento del cumplimiento, usando el término monetario como criterio de medida; este a. pone al mismo nivel la excesiva onerosidad y la imposibilidad, bajo el concepto común a ambas de ‘dificultad de la prestación’, sin afirmar que sean contiguos en la escala de dificultad.

⁵⁴⁵ Cass. 20 luglio 1956, n. 2809, en *Giust. Civ.*, 1956, I, 1641.

⁵⁴⁶ A. BOSSELI, voz <<*Eccessiva onerosità*>>, en *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1960, 333.

⁵⁴⁷ En términos de utilidad, la desproporción o desequilibrio sería excesiva cuando la diferencia entre la utilidad de la prestación y la utilidad de la contraprestación sea tal que deba considerarse frustrada la

Un evento sobrevenido extraordinario e imprevisible, que genere una excesiva onerosidad, no es suficiente todavía para la aplicación del remedio, el evento debe, adicionalmente, superar la llamada alea normal del contrato.

§ 4. 3. Alea normal, previsión del evento y tipicidad contractual.-

Para la procedencia del instituto, el art. 1467 en el segundo inciso exige adicionalmente que el evento supere la llamada ‘alea normal del contrato’, es decir, que la excesiva onerosidad sobrevenida haya alterado las condiciones del vínculo de manera que imponga a una de las partes un sacrificio económico que excede el alea normal del contrato⁵⁴⁸; en este sentido, la más autorizada doctrina señaló que debía entenderse superada el alea normal a la luz de la alteración de la proporción entre el costo previsible y el resultado previsible de la prestación, o bien en la alteración del equilibrio inicial⁵⁴⁹. Establecer los confines de la noción de alea normal en la disciplina normativa resulta de gran importancia ya que el concepto asume la condición de criterio legal para la distribución del riesgo contractual⁵⁵⁰.

Acorde con la disposición normativa, llama de inmediato la atención la aparente relación de subordinación entre las nociones de alea normal y excesiva onerosidad, en la medida que la norma admite la relevancia de la onerosidad sólo cuando esta supere el

finalidad perseguida con el contrato: v. E. ENRIETTI, *Commentario del codice civile. Obligazioni*, cit., 897 ss.

⁵⁴⁸ C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 153.

⁵⁴⁹ Vide E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 191 ss. Se trata de la identidad sustancial entre las nociones de alea normal, previsión y medida excesiva de la onerosidad: cfr. LIPARI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell'inflazione*, cit., 2797. C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 154 ss. precisa que el alea normal del contrato es un concepto autónomo, en últimas se puede afirmar que es complementario de la extraordinariedad y la imprevisión del evento, en el sentido que la imprevisión de un evento está en relación con el alea que caracteriza al determinado tipo contractual. Una tendencia (v. NICOLÒ, voz <<Alea>>, en ED, I, Milano, 1958, 148 ss.) señaló la relación entre el primer y el segundo inciso de la norma en estudio, de dicha relación se derivaría como consecuencia una carga para las partes, la de prever el riesgo de las prestaciones que la normalidad del tráfico jurídico puede implicar, de modo que el remedio sería aplicable cuando el evento sobrevenido implique una alteración del programa contractual inicial. Otra interpretación señaló una identidad sustancial entre alea normal y previsión (LIPARI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell'inflazione*, cit., 2795 ss.), y en últimas para otros la fórmula del segundo inciso sería una especificación del primer inciso, esto es, de los casos en que la onerosidad debe considerarse excesiva (cfr. A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., 25 ss.; C. BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., 75 ss.

⁵⁵⁰ En este sentido F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 240 señala que en relación con el alea normal y el alea convencional, la primera situación que debe comprobarse tiene que ver con la presunción de la asunción integral del riesgo por parte del deudor, protegido – en línea de principio, pero no en caso de eventos sobrevenidos de carácter exorbitante – mediante cláusula expresa de adaptación, dicha presunción no puede ser acogida en cuanto se sustentaría en la mera existencia de la cláusula y crearía una indebida asimilación del alea normal con el alea convencional, o bien la absorción de la primera en la segunda. Debe tenerse atención, el alea normal constituye en este caso no sólo el límite a la aplicación de la normativa sobre la resolución, sino también el elemento de unidad del negocio con el contexto del mercado.

alea normal⁵⁵¹, se trataría de una duplicidad de los requisitos necesarios para la procedencia de la demanda de resolución. Sin embargo, para algunos dicha subordinación sería tan solo aparente y los conceptos estarían en planos distintos, en efecto, parte de la doctrina habla de la autonomía conceptual de la noción de alea normal respecto de aquella de la excesiva onerosidad, esa autonomía resultaría clara en el hecho que la segunda se resume en un criterio objetivo-cuantitativo dirigido a medir el riesgo de variación en el costo de la prestación, mientras que la primera se resume en un criterio relativo-cualitativo idóneo para establecer cuándo se supera el riesgo propio del tipo contractual⁵⁵², en otras palabras, se trataría de un parámetro cualitativo para establecer la relación entre el evento sobrevenido y el tipo contractual, entendido éste desde el punto de vista abstracto de su función y concreto de su contenido⁵⁵³. ¿Cuál es entonces el contenido de la noción de alea normal? Se ha dicho que está constituida por la relación de compensación entre costo previsible y rendimiento previsible de la prestación; o por la variación normal de la situación económica contractual; o por la variación de valor entre las prestaciones de un determinado contrato en régimen de normalidad; o por el riesgo de la actividad desarrollada por un sujeto en relación con las previsiones de éxito de la actividad; o de la incerteza sobre la ventaja o el daño económicos que las partes buscan obtener con el programa contractual; o por las oscilaciones de valor causadas por las normales y regulares fluctuaciones del mercado; o por el riesgo de la variación de costos y valores que está dentro de los límites de la normalidad; o por el margen de incerteza de los daños y ventajas relacionados con la posible variación de las circunstancias del cumplimiento⁵⁵⁴.

El alcance general del concepto, que además no encuentra una interpretación satisfactoria en la voluntad del legislador acorde con la Relación al Código, justifica la multiplicidad de opiniones por parte de la doctrina en la búsqueda de una definición. El alea normal es un criterio elástico en cuanto a la causa y a la ejecución del contrato, esto requiere una especial articulación interpretativa que tenga en cuenta el tipo de riesgo inherente a la causa típica del contrato, así como la figura negocial en concreto y el desequilibrio entre las prestaciones⁵⁵⁵. En doctrina y jurisprudencia la opinión

⁵⁵¹ Acerca de la coincidencia de las nociones, vide A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., 265.

⁵⁵² Cfr. A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 447 ss. Como afirma TERRANOVA, op. ult. cit., 155, <<è peraltro evidente che non sempre gli accadimenti straordinari ed imprevedibili comportano il superamento della normale alea contrattuale; così come, d'altro canto, il superamento della normale alea negoziale non sempre presuppone un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione >>, en este sentido, en algunos contratos de bolsa es frecuente la ocurrencia, en un breve periodo de tiempo, de notables variaciones del valor de las prestaciones, sin que esto constituya superar el alea normal del contrato.

⁵⁵³ Vide *ex multis* NICOLÒ, voz <<Alea>>, cit., 1026.

⁵⁵⁴ Así, respectivamente E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 191; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., 26; A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, cit., 180; P. TARTAGLIA, voz <<onerosità eccessiva>>, cit., 64; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, cit., 442; A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, cit., 65; C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 492; BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467, risoluzione per eccessiva onerosità, alea normale del contratto*, cit., 5.

⁵⁵⁵ Cfr. E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, en *Rass. dir. civ.*, 1987, 722 ss. quien además señala (p. 720) cómo el alea normal sea un elemento extraño al contrato, y que para efectos de la *reductio ad aequitatem*, la reconstrucción del nexo de equivalencia entre las prestaciones deberá ser fijada teniendo en cuenta la eventual asunción del riesgo por parte de uno de los contratantes, para determinar en concreto la posibilidad de una lesión al equilibrio.

consolidada observa que exceden el alea normal aquellos desequilibrios que van más allá de la previsión normal de las fluctuaciones y las variaciones de costos que entran en las habituales oscilaciones del mercado en relación con la contratación específica y el alcance o posibilidad de previsión de los efectos del evento sobrevenido; cabe preguntarse entonces sobre la existencia de un deber de previsión al momento de celebrar el contrato, un deber con origen en el principio de auto-responsabilidad. Parece así que la noción de alea normal debe considerarse, según las orientaciones doctrinales, a la luz de un criterio de naturaleza económica que implica tener en cuenta, para determinar cuándo se supera el alea normal, un juicio de previsión que se articula con tres aspectos: cuantitativo, cualitativo y temporal. En este sentido deberá comprobarse si la prestación es excesivamente onerosa respecto de la causa típica (aspecto cuantitativo), pero también respecto del tipo contractual específicamente diseñado y que podría contener datos atípicos (aspecto cualitativo), y, en fin, que la onerosidad excesiva haya provocado una alteración durante el desarrollo de la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación (aspecto temporal)⁵⁵⁶. Los criterios cualitativos y cuantitativos buscan establecer un agravio al empeño económico del obligado, esto es, una situación que excede la incerteza económica de la operación; el criterio temporal busca establecer una comparación entre los términos del programa contractual original y su fisonomía cambiante al momento de la ejecución, utilizando como parámetro la unidad monetaria para establecer la comparación del valor original y sucesivo entre las prestaciones⁵⁵⁷.

Por otra parte, si bien es cierto que en todo contrato hay un margen de incerteza sobre su éxito, parece conveniente distinguir entre alea normal en los contratos conmutativos y alea propiamente jurídica en los contratos aleatorios⁵⁵⁸. El contrato es aleatorio cuando una sola de las partes soporta el riesgo de un evento causal que incide en el contenido de su derecho o de su prestación⁵⁵⁹, de forma tal que al momento de la celebración del contrato halla una incerteza respecto el *an* o el *quantum* de la prestación; en cambio, en el contrato conmutativo el objeto de las prestaciones recíprocas no depende de factores causales, y el riesgo económico está en relación sólo con la

⁵⁵⁶En este sentido fundamentalmente NICOLÒ, voz <<Alea>>, cit., 1016; E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, en *Giur. it.*, 1986, I, 1715; C. G. TERRANOVA, op. cit., 157.

⁵⁵⁷C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 157.

⁵⁵⁸La distinción entre contratos conmutativos y contratos aleatorios ha sido generalmente atribuida a POTHIER, *Traité des obligations*, Chez Debure, Paris, 1764, 18 ss., quien efectivamente indica que los contratos conmutativos << sont ceux par lesquels chacune des parties contractantes donne et reçoit ordinairement l'équivalent de ce qu'elle donne...>>, estos contratos se dividen a su vez en cuatro tipos ampliamente conocidos y de matriz romana: *do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias*; y los contratos aleatorios << sont ceux par lesquels l'un des contractans sans rien donner de sa part, reçoit quelque chose de l'autre, non par libéralité, mais comme le prix du risque qu'il a coru...>>. Para C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 491 la aleatoriedad no excluye la reciprocidad de las prestaciones, y por tanto no sería correcta la contraposición entre contratos aleatorios y contratos conmutativos cristalizada en el art. 1104 del *Code civil* francés, en la medida que la categoría de los contratos conmutativos del código francés tendería a identificar la que en el código italiano de 1942 se denomina de los contratos con prestaciones recíprocas; se trata del problema de la compatibilidad entre alea y carácter conmutativo del contrato.

⁵⁵⁹C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 491. Téngase en cuenta además que el contrato puede ser aleatorio por su misma naturaleza, esto es, caracterizado por un riesgo específico y en el que la relación costo-beneficio resulta necesariamente incierta al momento de la estipulación; o por la voluntad de las partes, mediante cláusulas aceptadas consensualmente y que introducen factores de riesgo potencialmente idóneos para generar alteraciones a la relación costo-beneficio.

posibilidad que al momento de la ejecución el costo de la prestación determinado *ab initio* registre notables variaciones⁵⁶⁰. En efecto, el alea que caracteriza los contratos aleatorios incide sobre el contenido de la prestación y por tanto resulta extraña al alea de la variación de costos de la misma; el alea de la variación de costos es inherente a todo tipo contractual y está a cargo de ambas partes cuando no supera los límites de normalidad, el alea de la variación de costos que permanece dentro de tales límites constituye así el alea normal del contrato⁵⁶¹. Ahora bien, en los contratos conmutativos la excesiva onerosidad debe exceder el alea normal del contrato, y esto tiene que ver esencialmente con los efectos obtenidos en relación con los previstos; pero el remedio no se aplica cuando el contrato es aleatorio sea por su naturaleza sea por voluntad de las partes, y en este caso se trata de un juicio que recae sobre la causa del contrato. Aquí conviene señalar que el alea normal no desaparece cuando los contratantes en ejercicio su facultad de autorregulación establecen una medida convencional de alea del contrato (*rectius*: cláusula de adaptación), dicha medida convencional no elimina el alea normal sino que más bien fija los límites dentro de los cuales no habrá espacio para los ajustes que derivarían de la aplicación de una cláusula de indexación. De esta manera, una vez superado el límite acordado por las partes, la cláusula de adaptación ejecuta los parámetros señalados para contener el desequilibrio dentro del alea convencional sin imponer un sacrificio mayor al inicialmente estipulado. No obstante esto, la necesidad de buscar en el alea normal un criterio para la distribución del riesgo será ineludible en aquellas hipótesis en las que, debido a eventos no considerados por los contratantes o no considerados en la magnitud y proporción en que han ocurrido, la cláusula de adaptación convencional no permita la modificación del contrato en los términos establecidos por las partes.

§ 4. 4. Ámbito de aplicación: contratos con prestaciones recíprocas; contratos de ejecución periódica, continua o diferida.-

Aquí la noción dogmática que se exige como premisa es la de ‘duración de los contratos’, o mejor, la de la clasificación de estos según su duración. Como se ha señalado a lo largo de estas páginas, el problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual tiene que ver con la fase de ejecución de las prestaciones y con el desequilibrio sobrevenido de estas; la lesión al equilibrio debe ser una *laesio superveniens*, a la luz de una distinción propia de la tradición italiana atribuida a Bartolo, la distinción entre contratos *qui unico momento perficitur* y contratos *qui habent tractum successivum*. En estos últimos, para que sea relevante la *mutatio temporis*, entendida como cambio de las circunstancias iniciales, debe haber siempre una *distantia temporis* entre el momento de la estipulación del contrato y el momento de la ejecución de sus prestaciones. Un gran número de contratos que a diario celebran el común de los ciudadanos no dejan margen al accionar del tiempo, sus prestaciones se ejecutan de manera instantánea, no son repetitivas y la naturaleza instantánea no cambia por la intervención de un plazo o un término (sin embargo en este caso habrá relevancia causal del tiempo considerada la *distantia temporis*); pero

⁵⁶⁰ En este sentido, A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, cit., 65 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 491 y nota 155.

⁵⁶¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 492.

también otro gran número de contratos, en especial aquellos celebrados en el mundo empresarial organizado, son de prestaciones que se ejecutan de manera sucesiva o escalonada en el tiempo (*rectius*: contratos de duración). No obstante, la relevancia del tiempo en estos contratos no es siempre idéntica⁵⁶², los más comunes (contratos de tracto sucesivo propiamente dichos) crean entre las partes una verdadera relación permanente, una continuidad sin intervalos (p. ej. la locación, la sociedad, el contrato de seguro, el contrato de trabajo), pero en otros casos se usa la noción de contratos de ejecución escalonada, donde las prestaciones se ejecutan a repetición, se escalonan en el tiempo de forma independiente, solo que van consideradas como pertenecientes a un todo único en razón de la unidad del acto originario único e indivisible. Considerada esta premisa, veamos cómo se explica esta materia en la doctrina y el código italianos.

El remedio que nos ocupa se aplica en el sistema italiano a los contratos con prestaciones recíprocas⁵⁶³ y a los contratos con prestaciones de ejecución periódica, continua o diferida. Estas categorías pertenecen a la teoría general del contrato, en particular se relacionan con la causa del contrato y acá serán consideradas de manera sucinta.

La reciprocidad de las prestaciones significa que la prestación de una parte encuentra su remuneración en la prestación de la otra, los contratos con prestaciones recíprocas se llaman también sinalagmáticos y comprenden principalmente los contratos de intercambio, de concesión y de servicios a título oneroso en los que la prestación de una parte se recompensa con la prestación de la otra⁵⁶⁴. El vínculo de reciprocidad se llama tradicionalmente ‘*synallagma*’, acorde con la expresión griega συνάλλαγμα empleada en las fuentes del derecho romano y cuyo referente positivo más importante se encuentra en el art. 1102 del *Code civil* francés⁵⁶⁵. El *synallagma* constituye la causa del contrato (el llamado ‘*synallagma* genético’), pero se realiza durante su actuación mediante la ejecución de las prestaciones de cada una de las partes (*synallagma* funcional)⁵⁶⁶. Ahora bien, puede suceder que la prestación de una de las partes se haga

⁵⁶² Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *les obligations*, cit., 261 ss.

⁵⁶³ El código habla de prestaciones << *corrispettive* >>, aquí hemos optado por traducir << recíprocas >>, en cuanto una transliteración de la expresión no parece útil ni conveniente.

⁵⁶⁴ Vide *ex multis* C. M. BIANCA, *Diritto civile* 3, *il contratto*, cit., 488 ss. y bibliografía allí citada.

⁵⁶⁵ Acerca de la expresión se ha ocupado ampliamente la doctrina romanista, vide para una aproximación, al tema, *ex multis* E. BETTI, *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, en *BIDR*, 25, 1912, 65 ss.; ID. *Sul valore dogmatico della categoria <<contrahere>> in giuristi proculiani e sabiniani*, en *BIDR*, 28, 1915, 3 ss.; DE FRANCISCI, *Synallagma: storia e dottrina dei contratti cosiddetti contratti innominati*, Pavia, 1913; RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, en *Studi Bonfante*, I, 1930, 125 ss.; LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, en *BIDR*, 45, 1938, 295; LAURIA, *Contractum, delictum, obligatio*, en *SDHI*, 4, 1938, 165 ss. P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 51 ss.; ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, cit., 25 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, terza ed., Torino, 1963, 48 ss.; H. P. BENÖHR, *Das Sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des Klassischen Römischen*, Hamburg, 1965, *passim*; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino, 1996, *passim*; S. SCHIPANI, *Il contratto e il sistema giuridico latinoamericano*, en *Mélanges Fritz Sturm*, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, 1277 ss.; R. CARDILLI, *Considerazioni ‘storico-dogmatiche’ sul legame tra contratto e obbligazione*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 2, Napoli, 2006, 1 ss.

⁵⁶⁶ Es en este momento que el intercambio programado y la función económico-social del contrato se realizan en concreto; de esta forma, en el contrato con prestaciones recíprocas, tales prestaciones están indisolublemente vinculadas entre ellas mediante un nexo de interdependencia funcional, esto es, que

imposible o excesivamente onerosa por causa no imputable al deudor (eventos extraordinarios e imprevisibles), de manera que desde el punto de vista de la teoría de la causa, el *synallagma* funcional sufriría una alteración respecto de aquello originariamente y en concreto establecido por las partes, una alteración que impide su actuación (imposibilidad absoluta) o bien impide el cumplimiento en las condiciones y los términos programados (dificultad relevante)⁵⁶⁷. Este defecto funcional de la causa justifica entonces la resolución del vínculo contractual con efectos retroactivos entre las partes⁵⁶⁸.

En la categoría de contratos con prestaciones recíprocas se comprenden todos los contratos de intercambio a título oneroso en los que hallan atribuciones patrimoniales recíprocas entre las partes, o en general, todos aquellos contratos que sintetizan un fenómeno de intercambio patrimonial de una parte a la otra, o señalan una relación teleológica o finalista entre las prestaciones⁵⁶⁹. En ausencia del presupuesto de la reciprocidad, están excluidos del remedio los contratos a título gratuito y los contratos asociativos. El primero, por definición, no tiene contraprestación, lo que hace imposible cualquier valoración comparativa de la excesiva onerosidad, no obstante, al contrato a título gratuito, unilateral como es, se refiere el art. 1468⁵⁷⁰, de manera que aceptando que la categoría de contrato gratuito coincide con la de contrato unilateral, será procedente el remedio de la *reductio* para los contratos gratuitos en los términos del art. 1468⁵⁷¹.

cada prestación tiene su razón de ser en la contraprestación: cfr. en este sentido C. G. TERRANOVA, op. ult. cit., 50 ss. y bibliografía allí citada.

⁵⁶⁷ El *synallagma* funcional indica la interdependencia de las prestaciones durante la actuación del contrato, en el sentido que una parte puede negarse a ejecutar la prestación si la contraparte no ejecuta la suya (excepción de incumplimiento: art. 1460) y puede liberarse si la contraprestación se hace imposible por causa no imputable a las partes (art. 1463) o si hay un grave incumplimiento de la contraparte (art. 1453): C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, il contratto*, cit., 488.

⁵⁶⁸ Para la doctrina, el fundamento de la resolución se encuentra en el mecanismo funcional de los contratos con prestaciones recíprocas, en el sentido que la resolución se justifica a la luz de una anomalía funcional del contrato; en efecto, en estos contratos cada una de las partes se obliga y condiciona su cumplimiento en razón de la promesa de su contraparte, de manera que el incumplimiento sobrevenido de uno de los dos repercute directamente sobre la reciprocidad del vínculo comprometiendo la funcionalidad del contrato, tradicionalmente se ha entendido que la consecuencia es que el otro contratante está facultado para disolver la relación y liberarse de la prestación que le compete: cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 270. Sin embargo, considerados los amplios llamados actuales a la equidad y al equilibrio contractual, una perturbación de la causa funcional requiere, antes que la resolución, proceder a la modificación equitativa del contrato, a la luz de la cooperación entre las partes: para una noción acerca de un deber general de revisión, me sea permitido reenviar a J. F. CHAMIE, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, cit., 113 ss. En cuanto a la apertura de las reglas para la resolución del contrato en la edad de la formación de nuestro sistema, cfr. *supra* 4.

⁵⁶⁹ Cfr. CARRIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 214 ss.; DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 23 ss.; OSTI, voz <<Contratto>>, en *Noviss. dig. it.*, IV, 1959, 490 ss.; P. TARTAGLIA, voz <<onerosità eccessiva>>, cit., 31. La reciprocidad se distingue de la equivalencia de las prestaciones en la medida que ésta indica, en su versión objetiva, la equivalencia entre el valor económico de las prestaciones, y en su aspecto subjetivo, el equilibrio inicial de valores fijado en el contrato en particular: C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, il contratto*, cit., 490.

⁵⁷⁰ << Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità >>.

⁵⁷¹ La cuestión ha generado no pocas dudas en doctrina y jurisprudencia, se trata del análisis de la diferencia entre onerosidad y gratuidad en el interior de cada tipo contractual. En todo caso, la norma debe aplicarse solamente a los contratos que sintetizan efectivamente el sacrificio de una de las partes cuya pérdida jurídica no está acompañada por obligación alguna de la contraparte, y no a los simples

En los contratos de sociedad, parte de la doctrina afirma que la excesiva onerosidad sería tan solo mediata, esto es, que a diferencia de cuanto ocurre en los contratos conmutativos o de intercambio, las prestaciones de los socios, antes de pasar a ventaja de los otros mediante la distribución de las utilidades, transitan por el patrimonio social del cual salen privadas de toda identidad⁵⁷². Otros, en cambio, aseguran que los contratos de sociedad serían de prestaciones recíprocas en la medida que la función asociativa no excluiría la dependencia recíproca entre las prestaciones de los socios y entre las prestaciones y el derecho al reparto final; si en realidad las características del vínculo societario impiden que la emisión de acciones o la repartición de utilidades puedan considerarse excesivamente onerosas, no puede afirmarse lo mismo de la prestación del socio que ha sido diferida en el tiempo y que puede hacerse luego excesivamente onerosa⁵⁷³.

Dudas han surgido sobre la aplicación del remedio al contrato preliminar, en efecto, parte de la doctrina ha señalado que el instituto no sería aplicable dado que el contrato preliminar no tendría *per se* un valor económico y por tanto no sería susceptible de excesiva onerosidad, en este sentido, sólo el contrato definitivo sería resoluble en cuanto sólo a él se refiere el requisito de la imprevisión y no a los negocios preparatorios⁵⁷⁴; para otros, en cambio, en tales contratos la resolución por excesiva onerosidad debería justificarse con la presencia de una onerosidad considerada no frente al valor de la prestación sino a la luz del exceso de costo de las consecuencias patrimoniales que ella comporta⁵⁷⁵.

No pocos problemas interpretativos suscita la posible aplicación del remedio a los contratos de fiducia. En efecto, la fiducia⁵⁷⁶ es un contrato en principio unilateral, generalmente gratuito y en él no se observa reciprocidad de las prestaciones, el art. 1936 establece que << *é fideiussiore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui* >>. La relación aquí es entre acreedor y garante, de manera que si se piensa en la aplicación de la resolución por una eventual excesiva onerosidad, la disolución del vínculo sería absolutamente en detrimento del acreedor del deudor principal, que accedió a obligarse confiando también en la garantía, que se anularía completamente con el efecto irretroactivo del remedio resolutorio. De mayor complejidad resulta el análisis en la fiducia *omnibus*.

La disposición del art. 1467 establece una delimitación ulterior al ámbito de aplicación del instituto, la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida se aplica a los contratos de ejecución continua, periódica o diferida. En los contratos de ejecución

actos unilaterales u obligaciones específicas aisladas del tejido contractual: en la jurisprudencia cfr. Cass. 10 agosto 1953, n. 2694, en *Foro it.*, 1954, I, 1276 ss; Cass. 9 marzo 1954, n. 671, en *Foro Pad.*, 1954, I, 129 ss.; Cass. 22 gennaio 1982, n. 436, en *Rep. Foro it.*, voz *Contratto in genere*, n. 92; Cass. 16 giugno 1983, n. 4141, *Rep. Foro it.*, voz *Contratto in genere*, n. 244. En la doctrina vide, entre otros, A. BOSELLI, voz <<*Eccessiva onerosità*>>, cit., 334; SACCO, *Il contratto*, en *Tratt. dir. civ. it.* (dir. Vasalli), Torino, 1975, 663; A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, en *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 376 ss.; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 54 ss.

⁵⁷² A. BOSELLI, voz <<*Eccessiva onerosità*>>, cit., 334.

⁵⁷³ En este sentido SACCO, *Il contratto*, cit., 987. La jurisprudencia ha seguido esta opinión: cfr. Cass. 27 febbraio 1976, n. 639, en *Giust. civ.*, 1976, I, 895.

⁵⁷⁴ Así fundamentalmente, A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, cit., 167 ss.; A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, cit., 380.

⁵⁷⁵ Vide, entre otros, C. G. TERRANOVA, op. cit., 93 ss; C. TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare, en Recesso e risoluzione nei contratti* (a cura di De Nova), Milano, 1994, 84 ss.

⁵⁷⁶ Definido por el art. 1936 así << *È fideiussiore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui* >>.

continua, la única prestación se ejecuta sin solución de continuidad, en forma progresiva desde el perfeccionamiento del contrato hasta que llegue a término final su eficacia; en los contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo, una variedad de prestaciones se sintetizan en una serie de actos escalonados en el tiempo y separados por determinados intervalos; por su parte, en los contratos de ejecución diferida, la prestación, que se resume en un solo acto de ejecución, se cumple a distancia de tiempo más o menos considerable respecto de la fecha de la estipulación del contrato (*distantia temporis*)⁵⁷⁷. En este sentido, en las primeras dos categorías (que aglutinan los llamados contratos de duración) el tiempo constituye no solo característica funcional de toda la operación sino también unidad para la medida del valor de la prestación, mientras que en los contratos de ejecución diferida el tiempo (término para el cumplimiento) está en función del interés práctico del acreedor en postergar la recepción de la prestación⁵⁷⁸. La doctrina señala que la distinción entre contratos de ejecución continua y contratos de ejecución periódica sería aceptable en el plano teórico, sin embargo, en la práctica resulta de difícil aplicación en cuanto una prestación periódica bien puede prolongarse en el tiempo hasta el punto de convertirse en una de ejecución continua; dificultades también se predicen de la tercera categoría en la medida que en ella estarían comprendidos sólo aquellos contratos en los que el hecho de diferir la ejecución derive de un específico acuerdo de las partes o resulte de la naturaleza del contrato⁵⁷⁹.

Al tenor de la norma del 1467 del *codice*, la parte que debe la prestación que se hizo excesivamente onerosa, está legitimada para usar el mecanismo resolutorio, sin embargo, surge la duda acerca de su aplicación también cuando haya sido ejecutada una

⁵⁷⁷ Las primeras dos categorías señalan el ámbito de los llamados contratos de duración, en la medida que en ambas la prolongación de las prestaciones en un determinado periodo de tiempo resulta condición esencial para la actuación del vínculo estipulado por las partes, la única diferencia entre ellas es la presencia o no de una conducta dirigida a la ejecución continua de la relación. En cambio, en los contratos de ejecución diferida la prolongación en el tiempo de las prestaciones no es característica peculiar, y adquiere relevancia sólo el hecho de la ejecución en momento temporalmente distinto del momento de la celebración del contrato: vide *amplius* C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 57 ss.

⁵⁷⁸ Acerca de la 'relevancia causal' del tiempo y la diversificación de categorías en los contratos de duración, cfr. E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., 895; STOLFI, *Appunti sui contratti di durata*, en *Studi in memoria di B. Scorta*, Roma, 1940, 843 ss.; OPPO, *I contratti di durata*, en *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 227 ss.; J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *les obligations*, cit., 261ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Les Obligations*, cit., 152 ss. Acerca de la *distantia temporis* como hecho relevante para la aplicación del remedio, la Relación del ministro de Justicia al Rey sobre el *codice* del 42 decía (n. 341) que: <<...sta nel differimento dell'esecuzione (...) la ragione di una tutela che vuole evitare le dannose conseguenze economiche del sovvertimento dell'equilibrio contrattuale voluto dalle parti; questo sovvertimento può verificarsi, così quando la prestazione deve essere eseguita ad un termine unico, come quando deve essere eseguita a periodi o in continuità (...) Non si è distinto nemmeno tra contratti a lungo termine e contratti a termine breve. A ben guardare, l'estremo della assoluta imprevedibilità dell'evento, si può riconoscere più difficilmente in un contratto a lungo termine, anziché in un contratto a termine breve...>>. Se trata de la *distantia temporis* entre el momento de la celebración del contrato y el inicio o desarrollo de su ejecución; el desequilibrio contractual es relevante en cuanto sobrevenido, de allí la exigencia que la ejecución no se consume coeva al momento de la celebración, y para que el evento sobrevenido genere un desequilibrio contractual, la periodicidad, continuidad o aplazamiento deben predicarse de la obligación principal y no de las accesorias: cfr. P. TARTAGLIA, voz <<onerosità eccessiva>>, cit., 160 ss. Se tenga en cuenta que la concesión de plazo de gracia no entre en las hipótesis de aplicación del remedio ya que de todas formas subsiste una relación temporal entre el acto constitutivo del vínculo y el acto del cumplimiento: cfr. CARRESI, *Sulla nozione di contratto ad esecuzione differita di cui all'art. 1467 cod. civ.*, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, I, 149 ss.

⁵⁷⁹ Cfr. C. G. TERRANOVA, op. cit., 57 y bibliografía allí citada.

de las prestaciones, bien porque era contemporánea a la celebración del contrato, bien porque la contraparte dio lugar al incumplimiento. La doctrina ha dicho que la expresión empleada en el art. 1467 (<< *la parte che deve tale prestazione* >>) no debe interpretarse en el sentido que está legitimada sólo la parte que no ha cumplido todavía (*res ad huc integra*), sino en el sentido que la legitimación es de la parte afectada por la excesiva onerosidad, y que para efectos del remedio debe tenerse en cuenta solamente el desequilibrio sobrevenido sin tener en cuenta aspecto alguno relacionado con la ventaja injustificada de la contraparte que debe recibir la prestación⁵⁸⁰. Esta interpretación no parece satisfactoria en cuanto se correría el riesgo de superponer el mecanismo resolutorio a la función de sólo activar obligaciones derivadas del enriquecimiento sin causa⁵⁸¹; en realidad, en la práctica no resulta posible aplicar el remedio ante una prestación ejecutada en su integridad ya que el hecho mismo del cumplimiento temporáneo e integral indica la superación de cualquier *difficultas* relevante. Esto mismo, sin embargo, no puede decirse cuando la prestación ha sido ejecutada sólo parcialmente, en efecto, el evento extraordinario incide durante la ejecución de la prestación continua, periódica o diferida, cuando normalmente ella se encuentra, en general, parcialmente cumplida; además, negar en este caso el remedio no se justificaría si se piensa que hay protección en el art. 1468 para los contratos con obligación para una sola de las partes.

La misma idea de temporalidad conduce a pensar que el remedio puede aplicarse también fuera del ámbito de los contratos típicamente de ejecución continua o diferida, siempre que exista un intervalo entre la celebración del contrato y la ejecución de la prestación. En este sentido, en la Relación al Rey (n. 665) se lee que no hay distinción entre contratos de ejecución continua o periódica y contratos de ejecución diferida, en efecto, se afirma en la Relación - con el impropio llamado a la cláusula *rebus sic stantibus*- que la admisión del remedio no puede depender de la naturaleza particular de la prestación continua o periódica, también la obligación a término es una obligación de ejecución diferida, la razón de la tutela contra las dañosas consecuencias económicas del vuelco del equilibrio contractual estipulado por las partes no está en la periodicidad o continuidad de la prestación sino en el acto de diferir la ejecución, esto es, la relevancia causal del tiempo. Siempre acorde con la Relación al Rey, la alteración del equilibrio puede ocurrir bien cuando la prestación debe ejecutarse en un término único, así como también cuando debe ejecutarse en periodos o continuamente; efectivamente no se distinguió entre contratos de larga o de breve duración⁵⁸², por ello se ha dicho que

⁵⁸⁰ FISSIOTTI, *Adempimento totale di una delle prestazioni e risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, en *Foro it.*, 1957, IV, 77.

⁵⁸¹ Aquí conviene señalar que, en rigor, el acreedor que exige la prestación que se hizo excesivamente onerosa, exige el cumplimiento de la prestación tal y como acordado por las partes, esto es, *suo iure utitur*, no obstante, es precisamente en este punto que sobresalen consideraciones ulteriores pues, en realidad, ¿acaso no abusa de su derecho el acreedor que, a sabiendas, exige el cumplimiento de una prestación que ha sufrido una desproporción sobrevenida en daño del deudor?, o, ¿acaso no se enriquece injustamente el acreedor que, a sabiendas, la recibe? Estas son las consideraciones alrededor del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa que indudablemente sobresalen como eventuales aspectos de fondo del problema de la compatibilidad entre circunstancias y cumplimiento visto desde el punto de vista del acreedor de la prestación anómala, una cuestión que para nosotros se resume en una máxima romana que, extrapolada de su contexto, adquiere amplio potencial dogmático: *succurrendum est quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnun sentire per alterius lucrum* [Pomp. Libro XIV *ad Sabinum*. D. 23, 3, 6, 2].

⁵⁸² La Relación afirma (n. 665) que en los contratos de larga duración << le parti non potranno mai dire che non fosse genericamente prevedibile un radicale mutamento della situazione economica, in

para la aplicación del remedio no es necesario que el acto de diferir la ejecución de la prestación haya sido estipulado en el programa original⁵⁸³, basta solamente que luego las partes, expresa o tácitamente, hayan diferido la ejecución por un mutuo consentimiento originado en la oportunidad de una o de ambas (siempre en beneficio de la relación), o por causa de las circunstancias extraordinarias que exigen emplear todos los medios para asegurar el cumplimiento y proteger las expectativas de los contratantes⁵⁸⁴. Aquí la cuestión es de gran importancia pues la labor interpretativa debe ser muy cuidadosa para no correr el riesgo de convertir en obligación a término toda obligación no ejecutada y desnaturalizar el alcance del remedio. Un argumento adicional debe tenerse en cuenta, el aplazamiento puede seguir como consecuencia de una imposibilidad temporal (art. 1256 inc. 2º), superada ésta, el deudor continúa obligado a no ser que la obligación se extinga por imposibilidad absoluta, o que el impedimento temporal genere una excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, en cuyo caso el interés del deudor a la resolución o modificación debe prevalecer.

Problemas interpretativos adicionales surgen en cuanto a la aplicación del remedio a los contratos con efectos reales diferidos o eventuales, como la venta de cosas de género, la venta de cosa ajena, la venta a ratas con pacto de reserva, la venta de cosa futura, la venta sujeta a término o condición, el contrato de servidumbre, y la enfiteusis de cosa futura. Como se ha señalado, el mecanismo del art. 1467 tiene que ver con los contratos de ejecución continua, periódica o diferida, siempre que la prestación no haya sido ejecutada en su totalidad, en este sentido, se excluyen del remedio los contratos con efecto real inmediato, esto es, traslativos o constitutivos de la propiedad o de otro derecho contemporáneamente al perfeccionamiento del acto, sin importar que las partes hayan diferido la estipulación de la escritura pública⁵⁸⁵. No obstante el remedio no se aplique a los contratos traslativos, la jurisprudencia ha concedido el mecanismo en hipótesis de compraventa o permuta de terrenos para la construcción cuando condiciones urbanísticas sobrevenidas hayan determinado una alteración al equilibrio de la relación, así como también en hipótesis de compraventa de acciones, frente a la indisponibilidad sobrevenida de un bien del patrimonio social⁵⁸⁶. El efecto real del contrato traslativo del dominio es un efecto automático del contrato de venta, sin

dipendenza dei molteplici eventi che possono sopravvenire durante il lungo spazio di tempo in cui i contratti stessi devono spiegare il loro effetto. Per converso, quando per l'esecuzione di un contratto è stabilito un termine di breve durata, molto più facile è che non si preveda un avvenimento straordinario, nel tempo che intercede fra l'assunzione dell'obbligazione e l'adempimento >>.

⁵⁸³ Cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., 992; CARRESI, *Sulla nozione di contratto ad esecuzione differita di cui all'art. 1467 cod. civ.*, cit., 149.

⁵⁸⁴ Un aplazamiento de la ejecución no programado inicialmente puede ocurrir cuando, en razón de la importancia o de la naturaleza de la prestación, o de la capacidad productiva del vendedor, o por otros motivos de oportunidad, las partes adhieren expresa o tácitamente a postergar o diferir el tiempo de la ejecución: cfr. Cass. 16 luglio 1954, n. 2329, en *Giust. civ.*, 1954, 1974; Cass. 5 ottobre 1954, n. 3291, en *Giust. civ.*, 1954, 2218. De relevancia del aplazamiento para efectos del remedio no puede hablarse en caso de incumplimiento imputable, en contra vide Cass. 14 marzo 1951, n. 645, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, 631; BRACCANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, 62 ss.

⁵⁸⁵ Acto público que tiene solamente la función de reproducir un consentimiento ya manifestado en la forma privada: cfr. Cass. 16 maggio 1991, n. 5480, en *Foro. it.*, 1991, n. 402.

⁵⁸⁶ En estos casos la jurisprudencia se ha basado en la teoría de la presuposición, en el sentido que, la edificabilidad del terreno, en el primer caso, y la transferencia de la propiedad sobre el bien, en el segundo, deberían considerarse 'circunstancias presupuestas' por las partes al celebrar el contrato: cfr. Cass. 17 mayo 1976, n. 1738, en *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 341; Cass. 3 diciembre 1991, n. 12921, en *Giur. it.*, 1992, I, 2210.

embargo, está sujeto ex art. 1523⁵⁸⁷ a la condición suspensiva del pago por parte del comprador de la última rata del precio, lo que permite afirmar la aplicación del remedio también a favor del vendedor. No hay duda en cambio de la aplicación del remedio cuando el efecto real se posterga convencionalmente (p. ej. término o condición) para una fecha sucesiva a la del perfeccionamiento del contrato, siempre que no se trate de una obligación accesoria⁵⁸⁸.

No se duda de la procedencia del remedio en caso de compraventa con eficacia obligatoria, como en la venta de cosas determinadas apenas en su género y en la venta de cosa ajena siempre que la prestación de una de las partes se haga excesivamente onerosa antes de consolidarse el efecto traslativo, efecto condicionado, en la primera, al hecho posterior de la determinación conforme al art. 1378⁵⁸⁹, en la segunda, a la adquisición de la propiedad de la cosa enajenada ex art. 1478 inc. 2^o⁵⁹⁰. En cuanto a la venta a ratas con pacto de reserva⁵⁹¹, la aplicación del remedio ha sido generalmente aceptada, no interesa aquí la calificación jurídica de la figura sino la relevancia de la *distantia temporis* y el efecto de diferir la ejecución de la prestación⁵⁹²; si bien no habría mayor problema en reconocer la aplicación del instituto a favor del comprador obligado a la prestación en ratas, problemático resulta extender también el remedio al vendedor cuyo interés abstracto debe igualmente ser protegido. Acerca del punto la doctrina ha dicho que, si en sentido positivo puede afirmarse que la *traslatio* de la propiedad no es efecto automático de la venta sino consecuencia de la verificación de la condición suspensiva (pago de la última rata), en sentido contrario sería posible afirmar que la transferencia así condicionada no constituye una postergación efectiva del cumplimiento de la prestación del vendedor (transferencia del derecho con los riesgos implícitos) sino un instrumento adicional de garantía para el alienante, sin olvidar que la posición del vendedor está adecuadamente protegida por los arts. 1525 y 1526.

Interesantes comentarios suscita la aplicación del remedio en la compraventa de cosa futura. En efecto, en la venta de cosa futura las prestaciones recíprocas del comprador y del vendedor no se agotan en un único momento, antes bien la transferencia del derecho es, por definición, posterior en el tiempo al acuerdo del cual

⁵⁸⁷ << Nella vendita a rate con riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna >>.

⁵⁸⁸ Vide en general P. TARTAGLIA, voz << *Onerosità eccessiva* >>, cit., 162. Se excluye también del remedio la compraventa con efecto real inmediato, cuando diferida la entrega del bien o el pago del precio, sobreviene una notable devaluación monetaria: cfr. en este sentido C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 66 ss., quien señala cómo la inflación, si bien pueda ser extraordinaria e imprevisible, no implica nunca una excesiva onerosidad de la prestación de transferencia de la posesión o de la tenencia todavía debida por el vendedor, tampoco asume relevancia el aumento de valor de la cosa vendida o la disminución de poder adquisitivo de la moneda del precio que se debe.

⁵⁸⁹ << Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti (art. 1465). Trattandosi di cose che devono essere trasportate da un luogo a un altro, l'individuazione avviene anche mediante la consegna al vettore (art. 1678 ss.) o allo spedizioniere (art. 1737 ss.) >>.

⁵⁹⁰ << Il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa (art. 171) >>.

⁵⁹¹ Esta figura ha sido calificada como contrato de efecto real con prestación continua, periódica o diferida para una sola de las partes; o como figura autónoma distinta de la categoría de la duración o de la transferencia diferida; o como contrato de ejecución diferida atinente a la prestación del comprador. Al margen de la calificación jurídica de la figura, no hay duda que la *distantia temporis* asume relevancia permitiendo así la procedencia del remedio: cfr. A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., 144.

⁵⁹² P. TARTAGLIA, voz << *Onerosità eccessiva* >>, 162.

deriva la determinación o determinabilidad del precio. Ahora bien, si durante el tiempo que transcurre entre la celebración del contrato y la sucesiva existencia de la cosa, la prestación de una de las partes se hace excesivamente onerosa a causa de eventos extraordinarios e imprevisibles, se cuestiona entonces si la parte interesada pueda o no acudir al art. 1467. En la venta de cosa futura el problema se pone desde dos aspectos, si se considera desde el punto de vista del vendedor o desde aquel del comprador, según que los eventos extraordinarios e imprevisibles hayan hecho excesivamente onerosa la prestación de uno u otro de los contratantes⁵⁹³. De la parte del vendedor no hay duda de la procedencia, de la parte del comprador no hay duda que el problema no se plantea y no procede el remedio. La cuestión se pone indudablemente respecto de la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura, inicialmente la doctrina y la jurisprudencia negaron la aplicación del remedio al considerar la venta de cosa futura un contrato en curso de formación por ausencia de su objeto⁵⁹⁴, pero en la actualidad prevalece la posición que la considera un contrato con efectos obligatorios, suficientes para generar el efecto traslativo, y se permite la aplicación del remedio siempre que exista un lapso de tiempo entre la celebración y la ejecución del contrato. Que la venta de cosa futura sea un contrato de ejecución continua o periódica debe excluirse del todo, la compraventa es un contrato de ejecución única y en ella falta toda característica estructural de periodicidad; resta entonces preguntarse si pueda ser considerado un contrato de ejecución diferida⁵⁹⁵. La compraventa de cosa futura se califica como un negocio con efectos típicos parcialmente suspendidos, tal estado de pendencia que expresa la eficacia típica del negocio, se explica al distinguir el objeto del negocio del

⁵⁹³ Vide *amplius* P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di << cosa futura >>*, Napoli, 1962, 232 ss.

⁵⁹⁴ Esta doctrina afirmó que en la venta de cosa futura no se difería la ejecución de la prestación sino el perfeccionamiento del contrato, vide *amplius* BOSELLI, *Eccessiva onerosità, compravendita di cosa futura, offerta di riduzione ad equità*, en *Giur. it.*, 1951, I, 541 ss., para quien parece imposible, desde un punto de vista rigurosamente científico, pensar en una onerosidad de la obligación principal del vendedor de transferir la propiedad de la cosa al comprador, ya que dicha obligación no podría considerarse fundada mientras la cosa y el derecho no alcancen igualmente su existencia. Sin embargo, este razonamiento no parece satisfactorio, en efecto, si se admite la tesis del negocio en formación, se llega, con poca coherencia, a reconocer como satisfactoria en la práctica la tendencia jurisprudencial que aplicó el art. 1467 a la venta de cosa futura, que en todo caso restó una posición imposible de justificar teóricamente. La tesis del negocio en formación fue ya superada, en especial porque no contribuía a resolver las dificultades prácticas, como por ejemplo la configuración de la excesiva onerosidad de la transferencia del derecho *ex parte venditoris*, ya que la transferencia se realiza automáticamente al llegar a existir la cosa, y el derecho *ipso iure* pasa al comprador en el momento en que llega a existir la cosa, por ello la resolución procede sólo antes de dicho momento. En este sentido las consideraciones de P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di << cosa futura >>*, cit., 235, para quien, en efecto, cualquiera que sea el fundamento atribuido a la resolución por excesiva onerosidad, cualquiera que sea la función que se le reconozca, lo único cierto es que su aplicación requiere la inexecución de la prestación hecha excesivamente onerosa.

⁵⁹⁵ En efecto, resulta obvio que la aplicación del remedio debe suponer la existencia de un término (mediante cláusula convencional) en virtud del cual se está obligados a diferir el cumplimiento de la prestación como señala CARRESI, *Sulla nozione di contratto ad esecuzione differita di cui all'art. 1467 cod. civ.*, cit., 148 ss. Sin embargo, el problema no se agotaría en la determinación de dicha cláusula, la atención se pone sobre la naturaleza del contrato que, si bien en ausencia de un término, puede en virtud de su naturaleza ser de ejecución diferida; vuelven aquí las consideraciones en relación con la imposibilidad parcial, en la medida que un impedimento temporal no imputable al deudor permitiría al menos considerar la posibilidad que el contrato se haga de efecto diferido: cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di << cosa futura >>*, cit., 233 y jurisprudencia allí citada en nota 30 in fine.

objeto de la prestación, y al considerar como temporalmente imposible la transferencia del derecho de propiedad; ahora bien, es cierto que la prestación es lógica y temporalmente posterior a la estipulación del contrato, sin embargo, esto solo, que la prestación sea futura respecto de su fuente, no es suficiente para calificar la venta de cosa futura como negocio con efectos típicos parcialmente suspendidos; en efecto, resulta necesario que halla un requisito de eficacia que difiera la realización, aunque parcial, de los efectos típicos del contrato. En este sentido, sólo cuando exista una razón para la suspensión de la eficacia del contrato, éste puede calificarse como negocio con efectos típicos parcialmente suspendidos, más general, negocio con efectos diferidos. Acorde con esto, la compraventa de cosa futura es contrato conmutativo con efectos diferidos pues no hay correspondencia temporal entre la formación y la ejecución de las obligaciones. Ahora bien, aceptada la procedencia del remedio en la compraventa en general, y en la de cosa futura en particular, según la disposición del art. 1467 la excesiva onerosidad se predica de la prestación de quien solicita la resolución, de manera que en la compraventa de cosa futura la acción debe ser admisible para el vendedor mientras no haya transferencia del derecho, y en caso de frutos pendientes, la resolución será procedente antes de la separación de los mismos. En síntesis, el remedio procede en todos los casos en que durante la *distantia temporis* entre el momento de la celebración del contrato y la ejecución de la prestación diferida, sobrevienen eventos que alteran el equilibrio contractual⁵⁹⁶.

Por otra parte, resulta admisible la resolución del art. 1467 para el contrato sujeto a condición suspensiva, siempre que la excesiva onerosidad ocurra antes de cumplirse la condición y no cuando el contrato pierda su eficacia debido a la no ocurrencia de la condición. En el contrato sujeto a término, debe distinguirse según que el término haya sido puesto a favor del deudor, o del acreedor o de ambos. Bajo la consideración que los eventos extraordinarios e imprevisibles no beneficiarían sino que afectarían a la contraparte, si el término favorece al deudor el remedio parece inaplicable, en cambio, sí procede cuando el término es en beneficio del acreedor, para evitar que los efectos negativos recaigan sobre el obligado⁵⁹⁷.

El remedio de la excesiva onerosidad, en fin, no se aplica al contrato de servidumbre, contrato con efectos reales en el que la prestación primaria se agota en el acto de la manifestación del consentimiento sin permitir la *distantia temporis*⁵⁹⁸. Acorde con la doctrina⁵⁹⁹, a la misma conclusión debe llegarse en cuanto al contrato de enfiteusis de cosa futura, pues el efecto traslativo es siempre consecuencia del contrato aunque la actuación del efecto real dependa de un evento futuro, de manera que habiendo ya el sujeto provisto la atribución con la celebración del contrato, una excesiva

⁵⁹⁶ El remedio no es admisible, en cambio, en la venta en masa de cosa futura a precio alzado o global, pues considerado el carácter aleatorio de esta figura, el evento sobrevenido no estaría en grado de producir en este caso una alteración al equilibrio entre el valor de las atribuciones, antes bien verificándose la imposibilidad de realizar el programa establecido por las partes: en este sentido C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 70 y bibliografía allí citada.

⁵⁹⁷ TERRANOVA, op. cit., 71, recuerda que una excesiva onerosidad ocurrida sucesivamente al vencimiento del término no permitirá la aplicación del remedio, constituyendo más bien un incumplimiento contractual.

⁵⁹⁸ Tampoco procede a favor del titular del fundo dominante obligado a pagar un canon por el ejercicio de la servidumbre, ya que a cargo del propietario del fundo sirviente existe sólo un deber de *pati* o de *non facere*: cfr. MASSA, *Di presupposizione, oneri reali e corresponsività*, en *Foro it.*, 1987, I, 2179.

⁵⁹⁹ Cfr. TERRANOVA, op. cit., 72.

onerosidad de su prestación, ya inexistente, no puede configurarse y por tanto no se aplica el remedio.

§ 5. La oferta de *reductio ad aequitatem*.-

La norma en estudio en su tercer inciso consagra la posibilidad para el contratante demandado de restablecer el equilibrio y evitar las consecuencias de la resolución ofreciendo una reducción en equidad de la prestación hecha excesivamente onerosa. De inmediato resalta el valor dogmático de un criterio igualmente propio de nuestro sistema y de una tradición netamente italiana. La oferta de *reductio* en equidad encuentra su referente en la historia de la *laesio enormis* y la controvertida *lex secunda* del título XLIV libro IV del *Codex repetitae praelectionis*, que en materia de lo que hoy llamamos desequilibrio inicial o congénito, introdujo la posibilidad de corregir la anomalía y evitar las consecuencias, en ese caso, de la rescisión del vínculo. No es esta la ocasión para desviar nuestra atención hacia las consideraciones del instituto rescisorio, valga anotar que, el remedio para el desequilibrio inicial contenido en la lesión enorme y el remedio para el desequilibrio sobrevenido contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, fueron dos institutos centrales en la interpretación medieval que, bajo la influencia de la equidad canónica y el uso predominante de un principio interpretativo fundado en la *aequalitas*, consideró adecuado suponer la oferta de *reductio* de C. 4, 44, 2 también para moderar el desequilibrio en los contratos *qui habent tractum successivum*. La oferta de reducción en equidad es pues un elemento característico de estos dos instrumentos, y no por casualidad el código italiano disciplinó la oferta de *reductio ad aequitatem* para los dos remedios. En todo esto, sin duda, podemos decir hoy que existe la idea de un interés en la conservación del contrato que prevalece aunque parezca que no es posible alcanzar las expectativas de las partes; si se observa con atención, precisamente el interés con el remedio es adaptar el contrato, para conservarlo y permitir así la realización de la expectativa privada. Hoy en día es verdadero afirmar que en el desequilibrio inicial se prefiere corregir la anomalía antes que rescindir el contrato, y con más razón en el desequilibrio sobrevenido se prefiere adaptar el contrato antes que terminarlo y frustrar definitivamente el proyecto de las partes; sin embargo, tradicionalmente – y como se plantea en el código italiano que atribuye la prioridad a la resolución- la cuestión se mira desde la óptica de la resolución del vínculo, en el sentido que o bien las partes asumieron el riesgo derivado del alea del contrato, o bien se trata de un incumplimiento, es decir, validez en el primer caso, resolución en el segundo, *tertium non datur*. Sin embargo, un cierre de este tipo ha sido ya superado considerada la relevancia del problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual, esto es, cuando los eventos externos inciden relativamente en la prestación cuya ejecución supone un esfuerzo patrimonial que no satisface las expectativas esperadas por el obligado con la contraprestación, en los términos precisos del código, excesiva onerosidad sobrevenida.

En este contexto cabe preguntarse ¿cuál es el alcance de la expresión legislativa ‘reducción en equidad’?, y si ésta, planteada como oferta, pueda constituir un remedio en sentido técnico y cuál sea la naturaleza jurídica del mismo, si sustancial o procesal. Al margen de las consideraciones históricas sobre la expresión *reductio ad aequitatem*, no puede negarse que en el interior de la noción predomina la idea de restablecer el

equilibrio de la reciprocidad, no casualmente el mismo código se remite al criterio equitativo en materia de rescisión, de ‘condiciones inicuas’ y ‘compensación equitativa’ habla el art. 1447, de ‘modificación del contrato suficiente para reducirlo en equidad’ habla el art. 1450; y en la resolución, el art. 1467 *sub examine* habla de ‘modificar equitativamente las condiciones del contrato’⁶⁰⁰. Tampoco es este el lugar para detenernos sobre el concepto de equidad y su evolución e influencia en la interpretación jurídica, valgan tan solo algunas referencias. En la filosofía, expresión del ámbito general de la experiencia humana, la noción más antigua de equidad se remite a la fórmula de la justicia en el caso concreto (ARIST. *Etica nicomachea*, 5, V, 14; 1137 b., 26), fórmula que llevada al ámbito legislativo encuentra difícil aplicación dado el carácter universal de la ley; en este sentido, una concepción de equidad obtuvo mayor acogida, aquella que la observó como un conjunto de preceptos que regulan las relaciones humanas por encima de las disposiciones jurídicas y que el legislador debe considerar al momento de la elaboración de las normas. Sobre la huella de esta concepción se fue consolidando una idea jurídica más específica según la cual en caso de lagunas la única fuente disponible está en la equidad y en los principios generales que la acompañan⁶⁰¹. Esta interpretación encontró su auge en el pensamiento de SANTO TOMÁS (*Summa Theologica*, I, II, q. 120, 1) y de allí fue predominante en la tradición secular (cfr. *supra* 9 § 3). En el plano de la experiencia jurídica italiana del siglo pasado, se asignaron fundamentalmente dos significados al concepto, uno como equidad general, otro como justicia en sus distintas articulaciones semánticas (sentimiento jurídico / normas ideales objetivamente conocibles por el intelecto racional / conjunto de reglas impuestas por la conciencia social)⁶⁰². En este contexto, la doctrina señaló también el otro sentido de la noción de equidad, el de la justa reglamentación del caso individual, de adaptación de la norma a la situación de hecho, una equidad ‘particular’ que relacionada con el remedio en estudio, no sería otra cosa que un criterio para juzgar la reglamentación de un caso concreto y que corresponde a la conciencia subjetiva del juez, esta interpretación afirmó que la equidad era expresión de los poderes discrecionales del juez⁶⁰³. Ya la misma doctrina clásica había señalado que las numerosas referencias positivas al principio de equidad en el ordenamiento italiano, habrían modificado cualitativamente el rol del juez. En efecto, el poder del juez, además de medio para garantizar la actuación constante de las normas, se constituye hoy en

⁶⁰⁰ La equidad cumple otras funciones complementarias, en la determinación del programa contractual van considerados los arts. 1349, 1657, 1733, 1736, 1738, 1749 II, 1755 II y 2099; en la interpretación del contrato ex art. 1371; como criterio además de la voluntad y los usos en los arts. 1733, 1736 y 1749 II; o también como criterio para eliminar el contrato como reacción a su injusticia en los casos de los arts. 1450, 1467 y 1664 II.: cfr. para una idea general, F. PANUCCIO DATTOLA, *L’offerta di riduzione ad equità*, cit., 90 ss.

⁶⁰¹ Acerca de la formación del concepto de ‘principios generales del derecho’ vide S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Milano, 1999, 83 ss.

⁶⁰² Vide *ex multis* RAGGI, *Contributo all’apprrezzamento del concetto di equità*, en *Studi in onore di Filangieri*, 1919, 44 ss.; BRUGI, *L’equità e il diritto positivo*, en *Riv. it. fil. dir.*, 1923, 453; CALAMANDREI, *Diritto ed equità nell’arbitrato*, en *Studi*, III, Padova, 1934, 69 ss.; GORETTI, *Il valore delle massime d’equità*, en *Studi per Carnelutti*, I, Padova, 1950, 311; D’AGOSTINO, *L’equità nella teoria generale del diritto*, en *Atti del VII Convegno*, Milano, 1975, 3 ss.; BETTI, *Teoria generale della interpretazione* 2, Milano, reimpr. 1990, 839 ss.

⁶⁰³ Cfr. ROMANO, voz << Principio di equità >>, en ED, XV, 1966, 86 ss.; OSILIA, *L’equità*, en *Foro pad.* 1948, II, 74.

actor fundamental e indispensable en la relación entre la autonomía privada y el ordenamiento jurídico⁶⁰⁴.

Ahora bien, considerada la importancia de los contratos de duración, no puede negarse que frente a un desequilibrio sobrevenido ambas partes, que a la luz de la buena fe deben ser conscientes que mantener esa situación inicua es del todo inconveniente, tienen interés en revisar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias. La parte afectada está legitimada para exigir la resolución, pero debe suponerse que ella mantiene la voluntad y el interés de cumplir, solamente si se adapta su prestación, por esta razón la parte demandada puede ofrecer la equitativa modificación del contrato para detener la resolución del vínculo, y de ser aceptada dicha oferta se abre paso a la continuidad de la relación en interés de ambos contratantes. El desequilibrio en la reciprocidad de ventajas y desventajas programada frustraría las expectativas de quien se ve obligado a cumplir una prestación que se hizo de mayúscula onerosidad, pero antes que invitar a las partes a la renegociación, la norma italiana concede el mecanismo resolutorio al afectado, quien busca fundamentalmente liberarse de su obligación y sólo subsidiariamente esperar la oferta de la contraparte para restablecer la equitativa reciprocidad de intereses y expectativas patrimoniales. Se observa entonces que a la gravedad de la resolución se opone la alternativa de modificación equitativa de las prestaciones, destacándose así la tendencia hoy predominante hacia la conservación-adaptación del contrato y la importancia de mantener la recíproca equivalencia de las prestaciones⁶⁰⁵; cabe señalar también que se permite igualmente un amplio espacio a la autonomía privada si se considera la libertad para ofrecer la reducción en equidad y la libertad de aceptarla incluso en sede extrajudicial.

La desproporción entre las prestaciones, como hemos señalado desde el inicio, debe ser determinada por factores externos, no es fruto de la libre elección de las partes, por esto resulta equitativo emplear un criterio para atemperar los intereses y expectativas

⁶⁰⁴ La intervención del juez sería en estos casos integrativa, modificativa o incluso creativa: al respecto vide F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, cit., 97 y la doctrina allí citada. Se tenga en cuenta igualmente que, en cuanto a los poderes del juez, al pronunciarse este sobre la causa debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir en equidad (*Codice di procedura civile* art. 113: << Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità...>>), como en la hipótesis de la oferta que comentamos; además, el juez de primer grado o el de apelación, deciden el mérito de la causa según la equidad cuando se trata de derechos renunciables de las partes que así lo solicitan (*Codice di procedura civile* art. 114: << Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta>>), y de esto se trata justamente la modificación equitativa, de la disponibilidad de derechos. Aquí surge la conocida preocupación de permitir al juez una *Vertragskorrektur* que en los ordenamientos jurídicos ha sido vista como un menoscabo inaceptable a la certeza del derecho: cfr. CARDILLI, *Bona fides*, cit., 150 con cita de R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die richtliche Behandlung anstössig-übermässiger Verträge*, Berlin, 1979, 186.

⁶⁰⁵ La doctrina distingue entre 'reciprocidad' y 'equivalencia' de las prestaciones (BIANCA, *Diritto civile* 3, *il contratto*, cit., 488 ss.), sin embargo, considerados los distintos alcances interpretativos de la noción de 'equivalencia de las prestaciones', hemos optado aquí por señalar una 'recíproca equivalencia', una 'reciprocidad de intereses y expectativas patrimoniales', pues la reciprocidad no es solo bilateralidad pura y simple, sin contenido axiológico, en la reciprocidad cada prestación está determinada por la contraprestación no sólo como condición primaria para la ejecución (*exceptio non adimpleti contractus*), sino también como condición secundaria o de equilibrio para la continuidad de esa ejecución, es decir, la reciprocidad desaparece cuando el cumplimiento de la prestación de una parte, mutadas las circunstancias iniciales, no encontraría frente a esa nueva realidad la equitativa satisfacción patrimonial esperada de la relación recíproca de obligación como originariamente programada.

patrimoniales de los contratantes, dándoles la posibilidad de adaptar y conservar la relación, en el caso italiano, mediante el derecho para la parte demandada de ofrecer la modificación equitativa del contrato. En este sentido el derecho de proponer la oferta de reducción en equidad parece corresponder con la noción ampliamente conocida de 'derecho potestativo'. Y esto porque, fijándose con atención, el acto de oferta visto como ejercicio de un derecho no requiere en la sede judicial la aceptación del demandante para producir sus efectos (<< *La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo...*>>), la posición de quien demanda la resolución es de mera sujeción, él no puede negarse, salvo los presupuestos de ley, a la reducción en equidad una vez que ésta haya superado el control judicial; el juez está legitimado no solo para la resolución, sino que debe decidir también sobre la equidad de la eventual oferta, y debe presumirse que de aceptarla ella vincula al demandante por cuanto el juez habrá decidido el camino de la conservación y no el de la resolución. Sin embargo, este control judicial sobre la equidad de la oferta contrasta o se superpone con un relevante aspecto procesal en la medida que la posición sustancial del demandante, de mera sujeción, se agota en últimas con la decisión judicial que reconoce o niega la equidad de la oferta. Ahora bien, también es cierto que la adaptación no restablece las condiciones tal y como estaban al inicio, y no puede hacerlo pues la realidad se lo impide, lo que se pone en práctica es la modificación acorde con las nuevas circunstancias y los esfuerzos de las partes; sin duda, el contenido de la oferta y el contenido de la ejecución de la prestación inicial son distintos en su forma y significado, en efecto, la oferta es una declaración, un hecho del lenguaje, la ejecución de la prestación es un hecho real. En todo caso, no sería correcto afirmar que la oferta no es el acto mediante el cual ese derecho potestativo se ejerce y que es más bien el acto con el que se cumple el control de equidad de la oferta, afirmar que la oferta es acto de demanda, de petición de verificación y no de absolución o condena, no contribuye a resolver la cuestión de su naturaleza jurídica, esto es, su naturaleza sustancial, procesal o mixta.

Las soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia permiten señalar cuándo un hecho o un acto jurídico puede calificarse procesal o sustancial. Un primer grupo tiene que ver con el modo de ser o de expresarse del hecho, el hecho u acto jurídico es procesal porque pertenece al proceso y en él se manifiesta, sería una parte del proceso; otro grupo tiene que ver con la eficacia, es procesal el hecho u acto que produce efectos en el proceso, y constituye, modifica o extingue derechos, deberes, cargas, poderes, expectativas de los sujetos procesales⁶⁰⁶. Aquí surge de inmediato cómo la oferta de reducción en equidad no puede ser un mero fenómeno procesal, así como tampoco agota su importancia solamente en el plano sustancial del contrato; en el fondo de esta discusión se encuentra el problema más amplio de la relación entre derecho y proceso, no es esta la ocasión, y sería superfluo e inconveniente, para detenernos en esos aspectos considerada la vasta bibliografía al respecto, la cuestión se remite a la categoría del negocio procesal y al problema de la relevancia sustancial del proceso⁶⁰⁷. Revisando bien estas categorías, se observa cómo la oferta puede ser

⁶⁰⁶ Cfr. *ex multis* BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 119 ss.

⁶⁰⁷ Para quienes lo admiten, el negocio procesal constituye, en sentido amplio, un acto extra-procesal que produce efectos sobre la relación procesal y tiene como contenido el reglamento de un futuro proceso, o la renuncia total o parcial de derechos o facultades procesales, en general, una declaración de voluntad emanada fuera del proceso; y en sentido estricto sería negocio procesal aquel puesto en ejercicio en el proceso por parte de ciertos sujetos calificados como partes, esto es, una voluntad dispositiva emitida en el ámbito del proceso y dirigida a la producción de un efecto jurídico procesal específico. A favor de esta

también acto emitido en el ámbito del proceso, pero ella no entra igualmente en la noción de negocio procesal en sentido amplio en cuanto no es una declaración de voluntad que produce necesariamente efectos sobre el rito del proceso, en efecto, las consecuencias del acto de oferta influyen sobre el mérito de la sentencia, pero en ningún caso la oferta puede afirmarse, de aceptar la categoría, un negocio procesal. Por otra parte, no puede negarse que los fenómenos procesales tienen estrecha relación con el derecho sustancial y expresan sus efectos, allí ocurre una fusión de principios y efectos sustanciales y procesales, en términos de compatibilidad, prevalencia o absorción según el caso; el acto de oferta o cualquier otro de naturaleza sustancial, no pierde esa característica en ocasión de la participación procesal de sus efectos y la necesidad de su verificación en el proceso. Ahora bien, la eficacia de la oferta está sin duda ligada y determinada por la voluntad del sujeto antes que por la valoración del juez, en efecto, ella puede ser propuesta y aceptada de manera extrajudicial, en este sentido es posible afirmar que la oferta, como declaración de voluntad, es un acto sustancial cuyos efectos son en parte independientes del proceso pero no se agotan en él. La oferta de reducción en equidad no es una demanda o una instancia en sentido técnico así como tampoco una mera figura procesal, los fenómenos procesales son de tres clases, los que constituyen hechos del proceso y tienen efectos sobre el proceso; los que acontecen fuera del proceso pero tienen efectos sobre el proceso; y, en fin, los que acontecen dentro del proceso pero tienen efectos fuera de él. Sólo los primeros son procesales puros, los demás se miran bajo el análisis sustancial. La oferta de reducción en equidad, en fin, no es un hecho del proceso y sus efectos no inciden necesariamente sobre el proceso ya que, como hemos dicho, puede ser extrajudicial. Es cierto que se trata de un acto sustancial externo al proceso, y que sus efectos pueden o no participar en el mismo, sin embargo, su naturaleza sustancial no cambia pues sus efectos no se refieren al rito o *modus procedendi*⁶⁰⁸.

Aceptado que la oferta de *reductio* es un acto sustancial, resta preguntarse cómo se hace efectiva en el proceso (su eficacia procesal), si con demanda de reconvencción o si mediante excepción. Si mediante excepción, la oferta sería admisible hasta el momento de remitir la causa al Colegio⁶⁰⁹ e incluso en sede de apelación (cfr. *Codice di procedura civile* arts. 183, 184 y 345)⁶¹⁰; para quien la considera una reconvencción sería

categoría, por lo demás discutible, se había manifestado una autorizada doctrina: vide, entre otros, E. BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, cit., 110 ss.; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 775; ID. *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1933, 343; CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale*, II, Padova, 1938, 77 ss. En contra de la categoría fundamentalmente la doctrina clásica alemana, vide BÜLOW, *Das Beständnissrecht*, Freiburg, 1899, 156 ss.; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage, eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 460 ss.; SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, Berlin, 1951, 135 ss.

⁶⁰⁸ Vide *amplius* F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, cit., 78 ss.

⁶⁰⁹ En el tratamiento de la causa civil, cuando el juez instructor considere que la causa está madura para la decisión de mérito, la remite al Colegio que proferirá la sentencia; el juez instructor invitará entonces a las partes para que precisen o señalen modificaciones sobre las conclusiones que llevarán al Colegio, la remisión inviste al Colegio de toda la causa (cfr. *Codice di procedura civile* arts. 187 y ss., en apelación cfr. arts. 352 y 339).

⁶¹⁰ Art. 183 c. p. c.: << Nella prima udienza di trattazione le parti possono precisare e, quando occorre, modificare le domande, eccezioni e conclusioni formulate nell'atto di citazione e nella comparsa di risposta...>>; art. 184 c. p. c.: << Durante l'ulteriore corso del giudizio davanti al giudice istruttore, e finchè questi non abbia rimesso la causa al collegio, le parti (...) possono modificare le domande, eccezioni e conclusioni precedentemente formulate (...) proporre nuove eccezioni che non siano precluse da specifiche disposizioni di legge >>; art. 345 c. p. c.: << Nel giudizio d'appello (...) le parti possono proporre nuove eccezioni...>>.

admisible en cualquier momento del litigio e incluso por primera vez en apelación con base en el art. 114⁶¹¹ del *Codice di procedura civile*. Ahora bien, si se afirma que la mejor vía es la de la reconvencción, ella iría propuesta en la primera defensa, lo que contrasta con la opinión doctrinal que la considera acto sustancial válido en cualquier etapa o grado del proceso. La crítica a la interpretación que favorece en este caso el uso del mecanismo de reconvencción está en la distinción entre propuesta de la oferta y ejecución de la modificación, esto es, entre demanda judicial de verificación y ejercicio del derecho potestativo del demandado por la resolución; la modificación podría realizarse en cualquier momento siempre que no se haya hecho efectiva la resolución, la oferta, en cambio, debe ser propuesta durante el curso del proceso y está sujeta al vencimiento de los términos. Aquí la cuestión de fondo es la relevancia o no del principio de la doble instancia, para aceptar la procedencia de la oferta en sede de apelación y asegurar integralmente la posición del demandado. El carácter sustancial de la oferta de *reductio* es incuestionable no solo por su historia sino también por su ubicación positiva, pero también es cierto que tiene gran relevancia en el ámbito procesal y que el código civil no especificó la operatividad de la oferta dentro del proceso, podría afirmarse que según lo dispuesto en el art. 1467 al decir que el demandado puede evitar la resolución ofreciendo la modificación equitativa, ese ‘puede evitar’ se refiere a ‘paralizar’ o ‘detener’ el rigor de la demanda de resolución, lógicamente mediante una excepción sustancial, aunque el art. 1467 nada dice, esta interpretación del vehículo favorecería su aplicación también en la segunda instancia. Así como está planteada por el legislador, no hay duda que se trata de una oferta que constituye declaración de voluntad unilateral recepticia mediante la cual se ejerce un específico poder jurídico⁶¹². Resta entonces una última consideración, en qué medida la oferta de reducción en equidad, como acto sustancial, en su representación procesal asume para su operatividad la forma de acto del proceso, y que considerada la libertad de forma, cuando la ley no exige una formalidad determinada, los actos del proceso pueden ser cumplidos en la forma más idónea para alcanzar su finalidad (*Codice di procedura civile* art. 121⁶¹³). La finalidad de la oferta de *reductio ad aequitatem* es la adaptación-conservación del negocio, ella se ejerce invocando el art. 1467 y no dudamos que pueda ser propuesta en la forma más idónea para alcanzar su finalidad y en cualquier momento del *iter* procesal antes de la sentencia definitiva de resolución; en todo caso, nada de esto es óbice para impetrar una nueva revisión del contrato⁶¹⁴ pues en realidad, frustrada la vía extrajudicial (entiéndase ‘modificación por acuerdo de las partes’), el afectado con la mayúscula onerosidad no tiene otro camino para promover una modificación si no es demandando la resolución, que con la gravedad de sus efectos compele al demandado a ofrecer la modificación equitativa de las condiciones. Si las condiciones cambian nuevamente y el supuesto llena los requisitos, se abre paso un nuevo juicio de revisión por desequilibrio sobrevenido, en los términos del art. 1467, resolución por excesiva onerosidad sobrevenida.

⁶¹¹ En todo caso el art. 339 c. p. c. dice que no es apelable la sentencia pronunciada según equidad conforme al art. 114.

⁶¹² En efecto, la disposición del art. 1467 atribuye al contratante afectado el derecho de pedir la resolución y al demandado el derecho de ofrecer la modificación equitativa, esta oferta (declaración de voluntad) se introduce formalmente en un acto procesal destinado igualmente al juez: cfr. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 577.

⁶¹³ << Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo >>.

⁶¹⁴ F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, cit., 35.

§ 6. Excesiva onerosidad y devaluación monetaria.-

Aquí la consideración de fondo es si la devaluación monetaria pueda constituir una excesiva onerosidad sobrevenida en los términos del art. 1467 (extraordinariedad e imprevisión), la hipótesis se refiere a los casos en que dicho fenómeno produce una considerable disminución del valor en dinero que inicialmente se esperaba de la contraprestación. Esta hipótesis fue centro de particular atención de la doctrina posterior al código y generó un estudio atento del art. 1467. Un obstáculo inicial fue señalado en el principio nominalista afirmado en el art. 1277⁶¹⁵ y que impone al deudor el cumplimiento sin importar el cambio de valor de la suma debida, con base en esto la doctrina negó inicialmente la aplicación del remedio y de allí partió una amplia discusión interpretativa⁶¹⁶. Si se observa con atención, el desequilibrio sobrevenido se hace evidente con el cambio de valor, el hecho es cuándo o en qué casos la mayúscula onerosidad de la prestación depende de la devaluación, en este sentido, en la hipótesis de devaluación la excesiva onerosidad depende del cambio de valor monetario de la prestación, mientras que el principio nominalista se refiere al cumplimiento de la contraprestación pecuniaria; el primero caso está en relación con la valoración de la excesiva onerosidad de la prestación en términos monetarios, el segundo implica que el cambio de valor monetario de la contraprestación no legitima una variación de la medida misma⁶¹⁷. La dificultad de aplicación del remedio en esta hipótesis estaba determinada, además del principio nominalista, por la imposibilidad de justificar la devaluación monetaria en el interior de la categoría de ‘eventos extraordinarios e imprevisibles’ debido a una interpretación restrictiva de la misma, y por el temor de una revisión generalizada de los contratos que pudiera generar inflación. En este contexto, y luego de arduas discusiones en doctrina y jurisprudencia, a partir de los años sesenta del s. XX comenzó a tomar fuerza la posibilidad de considerar la devaluación monetaria como causa para la resolución por excesiva onerosidad, en el sentido que el fenómeno puede considerarse extraordinario e imprevisible cuando comporta un riesgo improbable que no puede entenderse asumido por las partes en la medida que supera el alea normal del contrato. Así, el problema se traslada del ámbito de los dos primeros requisitos al ámbito del requisito de superar el alea normal, planteando la cuestión de si las fluctuaciones del mercado están o no comprendidas en el alea normal del contrato, lo que en últimas parece resolverse en un problema de imprevisión. Sin embargo, la realidad supera las construcciones dogmáticas, una devaluación monetaria, si bien

⁶¹⁵ << I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale.

Se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima >>.

⁶¹⁶ En cuanto a la contraposición con el principio nominalista, parte de la doctrina consideró que las dos normas funcionarían en ámbitos distintos. El art. 1277 se aplicaría a las obligaciones pecuniarias no vinculadas a obligaciones recíprocas, mientras que el art. 1467 se aplicaría únicamente a las obligaciones recíprocas; otros autores hablan de la prevalencia del art. 1467 sobre el principio nominalista: cfr. A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, cit., 168 ss.; R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, en *Foro it.*, 1946, I, 42 ss.; DI RUBINO, *Svalutazione monetaria e risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Foro it.*, 1947, I, 733 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Risoluzione del contratto di rendita vitalizia per svalutazione monetaria*, en *Foro Padano*, 1951, III, 141 ss.

⁶¹⁷ Así, fundamentalmente A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, cit., 436.

previsible, puede llegar a tener una magnitud absolutamente desproporcionada y extraordinaria, hasta el punto de constituir una *vis cui resisti non potest* que supera todo criterio de normalidad, desplazando toda la atención sobre el requisito de la extraordinariedad del evento. En este sentido es posible afirmar que un envilecimiento del valor de la prestación puede legitimar el remedio cuando la devaluación, si bien no provocada por eventos extraordinarios e imprevisibles, presente las características de irresistibilidad e imprevisión en razón de su dimensión o sus articulaciones y efectos particulares.

19. Adaptación y tipicidad contractual.-

§ 1. Contrato de mutuo con intereses y de mutuo con finalidad específica de financiación (agrarios, industriales, para la construcción, etc.).-

En general se ha dicho que el remedio de la resolución por excesiva onerosidad no se aplica en los contratos reales considerada la ausencia de reciprocidad de las prestaciones, no obstante, lo mismo no parece cierto para el contrato de mutuo oneroso de cuya reciprocidad no se duda. Parte de la doctrina opinó que la excesiva onerosidad sobrevenida correspondería sólo al mutuuario que debe reembolsar la suma recibida en préstamo y los respectivos intereses, otros autores señalaron el carácter de duración también de la prestación del mutuante, por lo que aceptaron la legitimación de la acción para ambos contratantes⁶¹⁸. Observando con atención, no hay duda que el remedio para la adaptación contenido en el art. 1467 se aplica cuando se hace excesivamente onerosa la contraprestación del mutuuario consistente en el pago de los intereses o de la contraprestación acordada, pero no puede afirmarse lo mismo para los demás casos⁶¹⁹; el mutuo oneroso es contrato de prestaciones recíprocas sólo porque a cargo del mutuuario está la obligación de pagar los intereses, de manera que la obligación del mutuuario de restituir lo recibido estaría por fuera de la reciprocidad, mientras que para el mutuante cualquiera de sus prestaciones debe considerarse cumplida con la entrega de la cosa, no se comprende pues de cuál otra obligación el mutuante podría pedir la

⁶¹⁸ Cfr. TARTAGLIA, voz << *Onerosità eccessiva* >>, cit., 162; OPPO, *I contratti di durata*, cit., 143 ss.; GIAMPICCOLO, voz << *Mutuo* >> (dir. priv.), en ED, XXVII, 1977, 451; GIORDANO, *Eccessiva onerosità in materia di mutuo*, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, 79.

⁶¹⁹ En efecto, la obligación del mutuante consiste en una actividad negativa, un *non facere* que dura ininterrumpidamente desde el momento de la entrega de la cosa. Para GIAMPICCOLO, voz << *Mutuo* >> (dir. priv.), cit., 452 el mutuo sería contrato de duración no por la presencia en sí de una obligación de duración, sino por la estructura peculiar del negocio que realiza el interés de las partes de forma durable o bien según una utilidad que se distribuye en el tiempo. Por otra parte, admitido que existe una obligación negativa de consentir al mutuuario el goce de la cosa, la operatividad del remedio se seguiría oponiendo al principio nominalista del art. 1277, eludido significativamente por la interpretación idónea a eximir al acreedor del riesgo por la pérdida de valor de la moneda. Para DE MARCHI, *Risoluzione del mutuo per eccessiva onerosità sopravvenuta?*, en *Vita not.*, 1987, 512, el problema del aparente conflicto entre el principio nominalista y la resolución del contrato de mutuo por excesiva onerosidad debe circunscribirse sólo a los casos (hipotéticos y marginales) en los que, efectivamente, la onerosidad sobrevenida tiene que ver con el cambio de valor de la suma debida.

liberación por excesiva onerosidad⁶²⁰. Distintas consideraciones surgen en cuanto a los denominados mutuos con finalidad específica, caracterizados por una erogación acorde con el estado de la ejecución del plan o programa del deudor, o incluso por una finalidad conjunta entre mutuante y mutuario, en esta figura atípica las partes pueden establecer prestaciones diferidas o la obligación para el mutuante de tener la suma a disposición del mutuario; en estos casos la prestación del mutuante puede considerarse de ejecución diferida y procedente entonces el remedio.

§ 2. Contrato de fiducia *omnibus*.-

Como señalamos atrás, dudosa es la aplicación del remedio para la adaptación legal por excesiva onerosidad en el contrato de fiducia, sin embargo, comentarios adicionales deben ser planteados para la fiducia por obligaciones futuras o condicionales⁶²¹, conocida como fiducia *omnibus*, y su relevancia en la adaptación por obra de las partes. Al margen del proceso interpretativo que llevó a reconocer la validez de esta figura⁶²², la ampliación del riesgo al cual está sujeto el garante parece una exigencia inevitable y natural derivada de la relación de garantía que nace de la fiducia misma⁶²³, lo que señala un reconocimiento de la funcionalidad del instrumento negocial de garantía del crédito que no imponga la búsqueda de un consentimiento previo del garante cuando se modifique la entidad del riesgo. La cuestión de fondo es sobre la determinación del objeto del contrato, una determinación *per relationem*, en la perspectiva futura, es casi que irrelevante si no fuese por el obsequio a las reglas formales sobre la validez de los contratos, en cambio, si se acude al criterio de buena fe y corrección se evidencia el carácter endógeno de la determinación del objeto en el curso de la ejecución de los

⁶²⁰ Esta la opinión de la doctrina mayoritaria, cfr. A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, 105 ss.; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, cit., 416 ss.; A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, cit., 176 ss.; GIAMPICCOLO, voz << *Mutuo* >> (dir. priv.), cit., 462; TARTAGLIA, voz << *Onerosità eccessiva* >>, cit., 162; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 72 ss.

⁶²¹ Art. 1938: << La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura, con la previsione in quest'ultimo caso dell'importo massimo garantito >>.

⁶²² Las dudas sobre la validez de este contrato fueron superadas por la jurisprudencia sosteniendo que el objeto del contrato de fiducia – la asunción del riesgo que grava sobre el banco por el eventual incumplimiento de las obligaciones futuras del fiduciario- era determinable mediante la referencia al futuro negocio principal conexo que será ejecutado con el cliente del banco mediante la singular operación de rédito: v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 130 ss. El reconocimiento de estas características valió también para convencer a la jurisprudencia de la validez de la operación económica representada en la fiducia *omnibus*, que llevó su interpretación hacia la fase ejecutiva del contrato y la evolución de la relación en el tiempo: cfr. Cass. 18 julio 1989, n. 3362, en *Foro it.*, 1989, I, 2764 donde se afirmó: << il problema, in effetti, riguarda non l'oggetto del negozio, consistente nella prefigurazione del bene garantito, ma l'oggetto del rapporto, consistente nello stesso bene garantito; non la legittimità e la validità dell'originario accordo fra banca e garante ma la contingente operatività successiva della garanzia; non la completezza della rappresentazione iniziale, da parte dei contraenti, del bene futuro attraverso la (legittima) prefigurazione di esso per relationem, mediante il ricorso ad una fonte estrinseca, ma, nella pratica attuazione del rapporto di garanzia, la rispondenza al canone della buona fede delle anticipazioni, da parte della banca, al debitore principale che determinano, in concreto, il bene garantito e la corrispondente assunzione del rischio da parte del fideiussore >>.

⁶²³ No obstante, la facultad que tendría el banco de ampliar el riesgo no sería meramente potestativa, cfr. el art. 1355: << E' nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore >>.

contratos de duración. En este sentido, no parece necesario ir a buscar la fuente externa del programa contractual mediante la *relatio*, por cuanto parece más conveniente reconstruir la disciplina del vínculo mediante el uso de la cláusula general de buena fe que sirve como fuente de específicos deberes relacionados con las circunstancias concretas de la relación⁶²⁴. En realidad, con la fiducia *omnibus* se abre una amplia perspectiva para la valoración de la eficacia del vínculo contractual en consideración del comportamiento de las partes, en especial del banco, en aras del respeto al principio de buena fe⁶²⁵; este principio no determina la existencia de la relación subjetiva de obligación, la relación existe o no, es válida o no lo es según criterios jurídicos determinados y no nace del uso de la cláusula general, en consecuencia, la existencia y validez del contrato no pueden ser privadas de valor luego de considerar las modalidades para su actuación. Aquí el principio de la buena fe se aplica en el plano de los efectos *inter partes* del contrato, y busca garantizar a los contratantes que habrá ejecución y que ésta corresponderá con el programa negocial por ellas establecido. El argumento relevante que nos interesa señalar en cuanto a la adaptación (convencional) del contrato, es que para obtener la finalidad programada resulta necesario armonizar el comportamiento de las partes con las exigencias, o mejor, con los intereses y expectativas de la contraparte así como se presentan *in itinere*, para esto los contratantes deben aceptar la idea y principio característico de las relaciones de duración, la idea de (re)determinación *ex post* del objeto del contrato, acorde con parámetros de normalidad que inciden de manera decisiva en el contrato, como por ejemplo las calidades de los sujetos, la actividad económica por ellos desarrollada y la disciplina legislativa⁶²⁶.

§ 3. Contrato de mandato.-

En el contrato de mandato, típica actividad desarrollada por un sujeto en interés de otro, también asumen relevancia las circunstancias sobrevenidas durante la ejecución del encargo. La relevancia de los eventos sobrevenidos se destaca en la disposición del art. 1710 2º inc.⁶²⁷, sobre diligencia del mandatario, que establece la obligación de este último de poner en conocimiento del mandante las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato⁶²⁸. La norma ha sido generalmente interpretada en el sentido que entre las circunstancias sobrevenidas deban comprenderse también aquellos eventos preexistentes cuyo conocimiento adviene después de la celebración del contrato⁶²⁹, y en cuanto al alcance de la obligación de

⁶²⁴ De esta forma la cuestión se ubica correctamente en el plano exclusivo de la disciplina del contrato en la fase de su ejecución, absolviendo las dudas sobre la validez de las cláusulas específicas, sin olvidar que la buena fe no es un criterio que decide sobre la existencia de la relación obligatoria: en este sentido, vide MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 9.

⁶²⁵ Un alto margen de incerteza podría inducir a la entidad bancaria a pedir la autorización del garante tantas veces cuantas se haya determinado la variación en el nivel de riesgo del crédito por acordar, por esto las concesiones del crédito acordadas por el banco deben respetar el principio de buena fe.

⁶²⁶ En este sentido vide *amplius* F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 130 ss.

⁶²⁷ << Il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato >>.

⁶²⁸ La doctrina ha señalado que deben tenerse en cuenta también las circunstancias ya conocidas por el mandatario antes de recibir el encargo, o bien, asumidas por el mandatario contemporáneamente a la conclusión del contrato: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 125.

⁶²⁹ Debe tenerse presente que el contrato de mandato permite un alto grado de indeterminación inicial, siendo posible su especificación durante el curso de la ejecución mediante instrucción expresa del

informar acerca de las circunstancias sobrevenidas, dicha obligación existe siempre que la ejecución del encargo resulte potencialmente perjudicial para el mandante, para que con el aviso tempestivo este tenga la posibilidad de valorar la oportunidad y conveniencia para modificar el mandato. Cuando no sea posible informar oportunamente, el mandatario está obligado a modificar y adaptar las modalidades de la ejecución acorde con la nueva situación de hecho, o en su defecto, abstenerse de la ejecución misma, todo esto para dar cumplimiento a su obligación de salvaguardar el interés del mandante⁶³⁰. En realidad, la obligación de informar oportunamente a la contraparte sobre la existencia de eventos sobrevenidos que ponen en riesgo la ejecución de la prestación, debe entenderse contenida, en general, dentro de los llamados deberes de diligencia, en particular, dentro de los deberes de información, y esto debe predicarse para todos los contratos de duración, en aras del respeto a la buena fe y la cooperación entre las partes. Sobre la aplicación del art. 1467 no hay duda, toda vez que se recorran los requisitos legales.

§ 4. Contrato de locación (arrendamiento de cosa).-

En el contrato de locación, que en el derecho italiano se resume en el contrato mediante el cual una parte se obliga respecto de otra a procurarle el goce de una cosa mueble o inmueble por un tiempo determinado y a cambio de una determinada contraprestación (art. 1571)⁶³¹, encontró difícil aplicación la disciplina legal para la adaptación de las prestaciones. En efecto, durante el régimen precedente a la entrada en vigor de la ley sobre 'canon equitativo' (ley n. 392 / 1978), la excesiva onerosidad fue sistemáticamente excluida por considerarla inconciliable con el régimen del contrato⁶³². La disciplina del arrendamiento de cosa ha constituido siempre uno de los momentos más significativos para el reconocimiento legal del interés de los contratantes hacia la adaptación del contrato, el punto de referencia para el análisis está sin duda en la reglamentación del canon. En la casuística sobre la reducción del canon (*remissio mercedis*: cfr. *supra* 4) se encuentra el prodromo de la adaptación del vínculo contractual al cambio de las circunstancias, sin embargo, en el código de 1942 está ausente una referencia expresa a la *reductio* del canon cuando la disminución del goce se debe a la incidencia de una *vis maior*, existe sólo la posibilidad para el arrendatario de solicitar la reducción del canon en caso de reparaciones que se prolonguen por más de 1/6 de la duración del contrato, y, en todo caso, cuando se prolonguen por más de

mandante, en efecto, incluso en la hipótesis de un programa gestorio predeterminado, el mandante puede imponer variantes y subordinar a ellas el efectivo cumplimiento del encargo: cfr. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali* (art. 1703 - 1709), en *Commenario del codice civile* (a cura di Branca e Scialoja), 1985, 124 ss., 512 ss.

⁶³⁰ En la jurisprudencia, cfr. Trib. Milano 16 febrero 1989, en *Giur. it.*, 1989, I, 628.

⁶³¹ << La locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo >>.

⁶³² Cfr. en la doctrina, *ex multis* A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, cit., 145; MIRABELLI, *La locazione*, en *Tratt. dir. civ.*, (dir. Vassalli), IV, Torino, 1972, 565 ss.; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità neo contratti*, cit., 76 ss. En la jurisprudencia vide Cass. 28 octubre 1949, n. 2477, en *Foro it.*, 1950, I, 9; Cass. 3 noviembre 1955, n. 3582, en *Giust. civ.*, 1956, I, 425.

veinte días (art. 1548 inc. 1)⁶³³; igualmente el arrendatario puede solicitar la reducción en caso de vicios de la cosa al momento de la entrega y también en caso de vicios sobrevenidos durante la ejecución del contrato (arts. 1578 inc. 1⁶³⁴ y 1581⁶³⁵). Frente a las exigencias de la práctica, la ley 392 de 1978 fijó los parámetros para la actualización anual del canon (adaptación automática)⁶³⁶ a cargo del arrendatario de inmuebles para uso de habitación (art. 24 inc. 1, ley 392 / 1978)⁶³⁷. Por otra parte, la misma ley, en el primer inciso de art. 25⁶³⁸ estableció el derecho para ambos contratantes de adecuar el canon en cualquier momento de la relación para adaptarlo al eventual << cambio de la superficie convencional >> o de los << coeficientes correctivos del costo base >>. En este contexto, y dado el control legal específico, la disposición del art. 1467 c.c. encontró difícil aplicación frente a una adaptación automática establecida en la ley, y que, sin duda, no agotaba todas las posibles eventualidades a las que está sometida la relación de duración. En contraste con la disciplina de la adaptación automática, se estableció con la ley 359 de 1992 (art. 11 inc. 2 bis)⁶³⁹ que al primer vencimiento del contrato las partes pueden redefinir el monto del canon, antes de hacerse efectiva la prórroga legal del vínculo por otros dos años, con esto, la ley 359 legitimó la derogatoria convencional (art. 11 inc. 1 bis)⁶⁴⁰ de la disciplina contenida en la ley 392, y estableció la renegociación del canon como condición para la operatividad de la prórroga legal del contrato⁶⁴¹; se pasaba así de la adaptación automática a la adaptación

⁶³³ << Se l'esecuzione delle riparazioni si protrae per oltre un sesto della durata della locazione e, in ogni caso, per oltre venti giorni, il conduttore ha diritto a una riduzione del corrispettivo, proporzionata all'intera durata delle riparazioni stesse e all'entità del mancato godimento >>.

⁶³⁴ << Se al momento della consegna la cosa locata è affetta da vizi che ne diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito, il conduttore può domandare la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo, salvo che si tratti di vizi da lui conosciuti o facilmente riconoscibili >>.

⁶³⁵ << Le disposizioni degli articoli precedenti si osservano in quanto applicabili, anche nel caso di vizi della cosa sopravvenuti nel corso della locazione >>.

⁶³⁶ El legislador no siempre ha visto con agrado las cláusulas de adaptación automática del canon, cfr. el art. 1 del decreto legislativo n. 426 del 24 julio 1973, que establecía la ineficacia de las cláusulas de adaptación del canon dirigidas a compensar los eventuales efectos de la devaluación monetaria (cláusulas Istat).

⁶³⁷ << Per gli immobili ad uso d'abitazione il canone di locazione definito ai sensi degli articoli da 12 a 23 è aggiornato ogni anno in misura pari al 75 per cento della variazione, accertata dall'ISTAT dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati verificatasi nell'anno precedente >>.

⁶³⁸ << Ciascuna delle parti, in ogni momento del rapporto contrattuale, ha diritto all'adeguamento del canone in relazione all'eventuale mutamento degli elementi di cui agli articoli 13 e 15, escluso il parametro relativo alla vetustà che si applica al momento del rinnovo contrattuale >>.

⁶³⁹ << Nei casi in cui, alla prima scadenza del contratto successiva alla data di entrata in vigore della di conversione del presente decreto, le parti non concordino sulla determinazione del canone, il contratto stesso è prorogato di diritto per due anni >>.

⁶⁴⁰ << Nei contratti di locazione relativi ad immobili non compresi fra quelli di cui al comma 1, stipulati o rinnovati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le parti, con l'assistenza delle organizzazioni della proprietà edilizia e dei conduttori maggiormente rappresentativi al livello nazionale, tramite le loro organizzazioni provinciali, possono stipulare accordi in deroga alle norme della citata legge n. 392 del 1978. La disposizione si applica per i contratti ad uso abitativo limitatamente ai casi in cui il locatore rinunci alla facoltà di disdettare i contratti alla prima scadenza a meno che egli intenda adibire l'immobile agli usi o effettuare sullo stesso le opere di cui, rispettivamente, agli articoli 29 e 59 della citata legge n. 392 del 1978. Resta ferma l'applicazione, per i contratti indicati nel presente comma, degli articoli 24 e 30 della citata legge n. 392 del 1978 >>.

⁶⁴¹ Esta previsión legislativa ha sido motivo de controvertida interpretación jurisprudencial. Una parte de la jurisprudencia ha sostenido que la prórroga bienal *ex lege* presupone la frustración de las negociaciones para la estipulación de un nuevo contrato: cfr. Pret. Napoli 7 diciembre 1992, en *Foro it.*, 1993, I, 614; Pret. Roma 3 noviembre 1993, en *Arch. locazioni*, 1994, 142. Otras decisiones señalan que la prórroga

por obra de las partes. La legitimación de los acuerdos derogatorios suscitó debate en la jurisprudencia, al margen de la controversia interpretativa se debe señalar que la disciplina de la ley 359 responde efectivamente a una exigencia excepcional y transitoria, pero esta se muestra funcional con el paso gradual hacia un nuevo sistema caracterizado por la tendencia de superar el principio de la cuantificación legal del canon en el arrendamiento de vivienda⁶⁴².

Ahora bien, si el canon libremente determinado por las partes mediante acuerdo derogatorio se hace luego excesivamente oneroso para el arrendatario a causa de eventos extraordinarios e imprevisibles, la inoperancia de la prohibición del art. 79 de la ley 392 permitiría argumentar la resolución del contrato; no obstante, en alternativa se podría argumentar que la excesiva onerosidad legitima al arrendatario para exigir una revisión del canon en analogía con lo previsto para los vicios de la cosa, o, en últimas, reconocer la aplicación de la *reductio* ex art. 1467.

§ 5. Contrato de arrendamiento de obra o de servicios y de obra pública.-

La disciplina del contrato de arrendamiento de obra o de servicios es un ejemplo peculiar de contrato de duración y del reconocimiento del interés de las partes en una contratación prolongada en el tiempo en aras de obtener la finalidad programada. Una primera expresión del interés legislativo en la conservación del contrato se encuentra en la configuración de la figura negocial, en efecto, la indeterminación del objeto (la obra o el servicio a cumplir) del contrato de obra al momento de la celebración, no implica su nulidad, salvo que resulte indefinida incluso la función de la obra o del servicio a realizar, para la doctrina se trata aquí de una integración sucesiva que no se contradice con la naturaleza del contrato, las características específicas del objeto pueden ser determinadas mediante acuerdo de las partes o iniciativa de una de ellas durante el curso de la relación⁶⁴³. Todavía más radical fue la elección del legislador, la determinación del canon cuando las partes no hayan establecido la modalidad para fijarlo se calcula en relación con las tarifas o los usos, y, en últimas, corresponde al juez (art. 1657)⁶⁴⁴; la intervención del juez no se detiene aquí, si para la ejecución de la obra resulta necesario aportar variaciones al proyecto y las partes no se ponen de acuerdo, corresponde al juez

opera de todos modos, siempre que las partes no lleguen al acuerdo sobre la nueva determinación del canon: cfr. Pret. Roma 9 diciembre 1992, en *Foro it.*, 1993, I, 613; Pret. Torino 25 junio 1994, en *Arch. locazioni*, 1994, 849; conf. Trib. Napoli 29 abril 1994, en *Arch. locazioni*, 1994, 803.

⁶⁴² Con la tendencia del nuevo sistema resulta coherente el reconocimiento del interés del ordenamiento jurídico en el efectivo desarrollo de las negociaciones entre las partes, para evitar que la gestión del vínculo de locación quede en manos solamente de mecanismos legales automáticos, en primer término aquellos referidos a la duración y la medida del canon, que constituyen sin duda las coordenadas esenciales del interés contractual de las partes; en este sentido, admitiendo que la prórroga pueda encontrar aplicación sólo frente al resultado negativo de las negociaciones entre las partes, se limitaría el riesgo de que la protección normativa del arrendatario no sea instrumentalizada y el interés de los contratantes a la continuidad del contrato se haga efectivo en la equilibrada lógica de la renegociación: vide *amplius* F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 124.

⁶⁴³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 114 ss.

⁶⁴⁴ << Se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice >>.

determinar las variaciones del proyecto y las respectivas variaciones del precio (art. 1660 inc. 1)⁶⁴⁵. Ahora bien, en la disciplina de la ejecución se encuentran los elementos significativos de la tendencia hacia la adaptación del contrato, en este sentido, la aplicación del remedio del art. 1467 se explica en el arrendamiento de obra o de servicios a la luz de la disposición del art. 1664⁶⁴⁶, que prevé remedios alternativos a la resolución del vínculo: 1. La 'revisión del precio', cuando circunstancias imprevisibles produzcan aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o de la mano de obra superiores a la décima parte del precio global acordado; 2. La 'compensación equitativa', cuando la prestación del contratista se haga notablemente más onerosa por dificultades en la ejecución (causas geológicas, hídricas y similares). La revisión del precio es sin duda una aplicación de la regla general del art. 1467 y está dirigida a garantizar la conservación del contrato en aras de asegurar el resultado final. En el arrendamiento de obra o de servicios, la ley ha preferido asegurar la completa ejecución de la relación y proteger de manera distinta el interés de la parte afectada, y si bien en este contrato las formas de resolución no son vistas con agrado, la distinción del remedio del art. 1664 (onerosidad o dificultad en la ejecución) con el previsto en el art. 1467 (excesiva onerosidad sobrevenida) es verdaderamente sutil en la medida que ya el último inciso del 1467 permite al otro contratante evitar la resolución mediante oferta voluntaria de *reductio ad aequitatem*, de este modo, la verdadera diferencia entre una y otra disposición normativa consiste en haber establecido la modificación obligatoria del precio (art. 1664) antes que facultativa (art. 1467)⁶⁴⁷.

El remedio especial del art. 1664 se configura con unos requisitos particulares que delimitan su ámbito de aplicación. En primer término se trata de << circunstancias imprevisibles >> que hayan provocado << aumentos o disminuciones >> concretamente en el << costo de los materiales o de la mano de obra >>, pero no cualquier desequilibrio, el legislador determinó aquí un parámetro de autoridad, la desproporción debe ser superior << a la décima parte del precio global acordado >>, ambas partes están legitimadas para exigir la revisión del precio, que podrá ser acordada << sólo para aquella diferencia que excede la décima parte >>. El segundo inciso de la norma habla de << dificultades en la ejecución >>, << no previstas por las partes >>, << derivadas de causas geológicas, hídricas y similares >> y que hacen << notablemente más onerosa la prestación >>, en este caso el contratista tiene derecho a una << compensación equitativa >>. La cuestión de fondo es siempre la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento del contrato, el principio de conservación-adaptación se pone en práctica en esta hipótesis con una reglamentación más refinada consecuencia de las exigencias de la práctica y del tipo negocial en consideración. La imprevisión de los eventos mantiene todavía su papel central en la determinación de la operatividad del remedio en sus dos variantes, y la referencia a las causas geológicas, hídricas o similares

⁶⁴⁵ << Se per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo >>.

⁶⁴⁶ << Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.

Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso >>.

⁶⁴⁷ Vide por todos RUBINO, *L'appalto*, en *Tratt. dir. civ.* (dir. Vassalli), Torino, 1980, 699.

son muestra de una configuración específica del mecanismo y de una delimitación de la fuente de los eventos, en todo caso, al adjetivo << similares >> debe atribuirse una interpretación extensiva que comprenda también eventos distintos a las causas naturales, pero en todo caso generadores de efectos idénticos o similares⁶⁴⁸.

Luego de enunciar la disciplina legal, resulta posible afirmar que la normativa del arrendamiento de obra o de servicios, consideradas las mayores dificultades para el contratista y su derecho a una compensación equitativa, refleja en la tipicidad del esquema negocial en examen la *ratio* del principio de adaptación del contrato en curso de ejecución, estableciendo instrumentos de tutela a seguido de la modificación del objeto, sea bajo el aspecto de la mayor duración del contrato, sea bajo la incidencia de dificultades sobrevenidas en la realización derivadas de las causas señaladas en la norma. La previsión legal de estos remedios específicos cuyo fundamento está en la perturbación del equilibrio de valor entre las prestaciones, encuentra una justificación adicional en la óptica de la conservación-adaptación de un contrato cuya resolución no se concilia con el interés particular de las partes, la finalidad práctica del tipo negocial y el interés general del tráfico económico. En este sentido, cabe preguntarse si en la hipótesis de dificultades sobrevenidas en la ejecución de la prestación que no deriven de las causas objetivas señaladas en el art. 1664, pueda entonces aplicarse como mecanismo residual el remedio del art. 1467. La posibilidad de aplicación de la norma sobre excesiva onerosidad sobrevenida ha sido indicada por la jurisprudencia civil y arbitral en aquellas hipótesis de prolongación de los trabajos por un tiempo igual al doble del previsto en el contrato, o en los casos en que la onerosidad sobrevenida depende de la dilatación anormal de los gastos de personal o de la reducida y diversificada consistencia de las intervenciones a realizar, o también en caso de dificultad sobrevenida de ejecución de la prestación durante el curso de la obra generada por el hecho de un tercero o incluso por el *factum principis*⁶⁴⁹.

Sin ser este el lugar para ampliar sobre el contrato de obra pública, valgan unos breves comentarios. Fue precisamente en el ámbito de los contratos de obra pública en Francia que se abrió paso en la disciplina del derecho administrativo la afirmación de la necesidad de revisar el contrato (cfr. *supra* 16 § 1), y precisamente al observar la disciplina del contrato de obra pública en Italia se confirma el dato de partida, el interés en la revisión del contrato para su conservación-adaptación, y en este caso particular, confirmado en la necesaria tutela del interés público. La revisión de precios fue expresamente establecida por el legislador italiano en el ámbito de la realización de obras públicas⁶⁵⁰, y dio relevancia a la duración del contrato como criterio legislativo

⁶⁴⁸ Cfr. Coll. Arbitr. 24 junio 1986, en *Foro it. Rep.* 1988, n. 33 ss.

⁶⁴⁹ Cfr. Cass. 19 marzo 1980, n. 1818, en *Rass. avv. stato*, 1981, I, 410; Trib. Roma 10 septiembre 1982, en *Arch. giur. oo. pp.*, 1983, II, 405; Coll. Arbitr. 24 junio 1982, en *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, III 280; Coll. Arbitr. 11 febrero 1989, en *Arch. giur. oo. pp.*, 1990, 107. En la doctrina vide GIANNATTASIO, *L'appalto*, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, (dir. Cui – Messineo), XXIV, Milano, 1977, 134 ss.; MOSCARINI, *L'appalto*, en *Tratt. dir. civ.* (dir. Rescigno), XI, Torino, 1984, 715; RUBINO, *Dell'appalto*, en *Comm. cod. civ.* (a cura di Scialoja – Branca), Roma, 1992, 301 ss.; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 85 ss. La hipótesis de mayor relevancia teórica y práctica en cuanto a la procedencia del remedio ex art. 1467 en el contrato sub examine, es la hipótesis en la que los contratantes hayan excluido convencionalmente el remedio del art. 1664 – siempre que se acepte como válida semejante cláusula de renuncia.

⁶⁵⁰ CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1993, 693 ss.

específico para la revisión del precio en estos contratos⁶⁵¹. Se trata de modificaciones durante el curso de los trabajos, y considerada la presencia del sujeto público en el contrato, la modificación del programa original debe armonizarse en concreto con la protección al interés público. Esto explica las disposiciones legales en orden a la adaptación del contrato, por ejemplo, en materia de suspensión temporal de la ejecución por parte de la administración con base en razones de interés público o necesidad⁶⁵². Algunas referencias legislativas recientes pueden servir para enunciar cómo fue afrontado el problema de fondo en el contrato de obra pública. Sobre la variación al programa de ejecución durante el curso de los trabajos, el art. 25 inc. 1 de la ley 109 de 1994 o Ley marco para los contratos de obra pública (Ley Merloni), admite las variaciones durante la ejecución de los trabajos cuando: así lo requieran las exigencias derivadas de disposiciones legislativas o reglamentarias sobrevenidas, valga decir, *factum principis* (art. 25 inc. 1 lit. a); o por causas imprevistas e imprevisibles, o por la posibilidad sobrevenida de utilizar materiales, componentes y tecnologías inexistentes al momento de la programación de los trabajos y que puedan determinar mejoras en la calidad de la obra (art. 25 inc. 1 lit. b); por la presencia de eventos inherentes a la naturaleza o la especificidad de los bienes sobre los cuales se interviene durante el curso de la obra, o de hallazgos imprevistos o imprevisibles en la fase del proyecto (art. 25 inc. 1 lit. b-bis); en los casos del art. 1664 inc. 2 del c.c. (art. 25 inc. 1 lit. c); o, en fin, por errores u omisiones del proyecto ejecutivo que perjudiquen en todo o en parte la realización o el uso de la obra.

Como se observa, el catálogo de circunstancias que según la ley son motivo para avanzar una variación al programa de trabajos responde a las exigencias específicas del tipo negocial y de la actividad que desarrolla, las hipótesis de la ley Merloni son, sin duda, de número cerrado, y se refieren a elementos y nociones que han sido materia de análisis desde el inicio de esta investigación. Ahora bien, la modificación del contrato de obra pública está relacionada con un alea de 'relevancia pública' que corresponde solamente al contratista⁶⁵³, dicha alea se distingue del alea normal por su presupuesto objetivo (en el sentido que la normalidad relevante entre privados se sustituye con las razones de interés público o necesidad) y por su función concreta (en el sentido que la administración es la única parte legitimada para la suspensión temporal de la ejecución)⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ El art. 33 de la ley n. 41 del 28 febrero 1986 prohibió la revisión para los contratos de obra pública con duración infra-anual, mientras que la admitió para los demás a partir del segundo año con una franquicia del 10%.

⁶⁵² Cfr. art. 24 inc. 2 del DM. 145 / 2000 (Capitolato Generale Lavori Pubblici): << Nei casi previsti dall'articolo 133, comma 2, del regolamento, il responsabile del procedimento determina il momento in cui sono venute meno le ragioni di pubblico interesse o di necessità che lo hanno indotto a sospendere i lavori. Qualora la sospensione, o le sospensioni se più di una, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'appaltatore può richiedere lo scioglimento del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone allo scioglimento, l'appaltatore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti >>; y el art. 133 inc. 2 del DPR 554 / 1999 (Regolamento attuazione Legge Merloni sui Lavori Pubblici): << Fuori dei casi previsti dal comma 1 il responsabile del procedimento può, per ragioni di pubblico interesse o necessità, ordinare la sospensione dei lavori nei limiti e con gli effetti previsti dal capitolato generale >>.

⁶⁵³ Cfr. el art. 30 de la ley 109 / 1994 para observar el ámbito de garantías y coberturas de seguros que corresponden al contratista.

⁶⁵⁴ La tendencia hacia la adaptación del contrato justifica igualmente la decisión del legislador de permitir, en la revisión de los contratos cuyo objeto se refiere a obras públicas, el mecanismo del todo

Ahora bien, frente a la diversidad de mecanismos para la adaptación del contrato de obra pública, cabe preguntarse si no sería más oportuno simplificar este estado de cosas extendiendo de hecho también al sector de los contratos administrativos la disciplina civil del contrato de obra ex art. 1664⁶⁵⁵. En todo caso, esta solución se aplica hoy al menos en parte, como indicó el art. 25 inc. 1 lit. c de la ley Merloni.

privado de la renegociación con el fin de establecer precios según criterios de congruencia. En este sentido la ley 537 / 1993 (Interventi correttivi di finanza pubblica) introdujo una notable innovación del sistema de obras públicas, con la intención de afrontar el fenómeno de las ofertas anómalas en especial aquellas excesivamente bajas, el art. 6 inc. 3 dispuso que << a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2 e comunque a partire dal quarantunesimo giorno dall'entrata in vigore della presente legge, i contratti per i quali non sia ancora intervenuta l'approvazione, sono sottoposti a giudizio di congruità da parte dei competenti organi tecnici delle amministrazioni, in relazione ai prezzi di riferimento >>, con esto se fijó un parámetro para verificar la congruidad de los costos por la ejecución de los trabajos, en este caso los costos standard fijados por el organo competente, entiéndase el Observatorio de Obras Públicas. Además, el 6º inciso del art. 6 de la ley 537 introdujo un principio en el sector, que todos los contratos de ejecución periódica o continua deben tener una cláusula de revisión periódica del precio que opera sobre la base de un instructorio adelantado por los organismos técnicos competentes, y si el precio acordado supera el límite máximo indicado en el art. 6 inciso 2), el precio estará sujeto a revisión nuevamente, salvo el derecho de la parte a la renuncia del contrato; finalmente la administración proveerá a la celebración de un nuevo contrato sobre la base de un precio no superior al ofrecido al contratista precedente y por él rechazado. A parte el caso de nuevos contratos (art. 6 inc. 16) y de aquellos en espera de aprobación (art. 6 inc. 19), el legislador previó la revisión de los contratos en curso de ejecución (art. 6 inc. 28 ss.). En la ley 537, el procedimiento de renegociación debía concluirse dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la ley y no suspendía la ejecución de los contratos. La renegociación está fundamentada en esta ley con la idea de un 'juicio de congruidad' a realizarse en un tiempo de noventa días, en relación con la verificación de una diferencia mínima del 15% entre el precio acordado y el precio derivado de la aplicación de los precios standard. En realidad, el parámetro de desequilibrio fijado por la ley como presupuesto para la renegociación (media al menos igual al 15%), responde, como señalamos, a la idea de un alea con 'relevancia pública' que va considerada respecto del importe total del contrato, no obstante el juicio de congruidad tenga que ver sólo con aquella parte de los trabajos todavía por ejecutar. De esta manera se tiene una valoración global del contrato para decidir sobre el *an* de la renegociación, mientras que la incidencia cualitativa de la revisión concierne exclusivamente la parte de los trabajos todavía por cumplir. Para la doctrina, esto refleja la lógica que, en los contratos de derecho privado con ejecución continua o periódica, deja inmunes de los efectos patológicos las prestaciones ya realizadas (MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 118 ss.). La revisión de la ley 537 puede hacerse efectiva no solo en la modificación de precios, sino también en variaciones cuantitativas, cualitativas o temporales (art. 6 inc. 31 in fine); la particularidad del mecanismo introducido se observa en la unilateralidad de la (re)determinación de las condiciones del contrato, mediante la cual el privado podrá exigir los remedios jurisdiccionales frente al juez administrativo cuando la administración no cumpla con el deber de congrua motivación. Sin embargo, el legislador ofreció como alternativa a la renegociación, la reducción pactada de los precios (art. 6 inc. 30) antes de la publicación de los respectivos datos de congruidad de los precios (art. 6 inc. 17); el procedimiento de reducción pactada obliga a las partes a respetar el principio de corrección en las negociaciones, además, no está sujeto al presupuesto cuantitativo del 15%. Al respecto en la doctrina vide, TITOMANLIO, *Rinegoziazione e congruità dei prezzi nei lavori pubblici*, Roma, 1994; PERFETTI, *Rinegoziazione dei contratti pubblici e posizioni soggettive del privato*, en *Nuova rass.*, 1994, 2268; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 120.

⁶⁵⁵ En este sentido claramente F. GALLO, *Onerosità sopravvenuta nei contratti di concessione di pubblici servizi dei comuni e delle provincie*, en *Foro it.*, 1981, V, 202; ID. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione*, cit., 350.

§ 6. Contrato de gestión o goce de cosa productiva.-

En el arrendamiento que tiene por objeto la gestión o goce de una cosa productiva mueble o inmueble (arts. 1615 ss. c.c.), el legislador estableció como causas para la modificación del contrato aquellos eventos sobrevenidos derivados de una disposición legal o de un acto administrativo relacionados con la gestión productiva del bien (art. 1623 inc. 1)⁶⁵⁶. Aquí se configura nuevamente el remedio en forma específica, la relación contractual debe resultar modificada de manera que para las partes implique una pérdida o una ventaja respectivamente, en tal caso ambos contratantes están legitimados alternativamente para solicitar el aumento o la disminución del canon (*rectius*: revisión), o, en últimas, la disolución del vínculo. Naturalmente, los eventos normativos debieron ser imprevisibles al momento de la celebración del contrato⁶⁵⁷, y la aplicación de la disciplina del art. 1467 sería tan solo residual, para aquellas hipótesis no contempladas en los arts. 1622 y 1623.

§ 7. Contrato de suministro.-

El contrato de suministro, además de constituir una de las manifestaciones típicas más importantes de la planificación de la actividad de empresa y del contrato mismo en el derecho comercial, es sin duda uno de los tipos negociales característico de una relación contractual de duración y por lo mismo relevante en cuanto a la adaptación del vínculo, en efecto, la disposición normativa del art. 1559 indica que el suministro es el contrato mediante el cual una parte se obliga, a cambio de un precio, a ejecutar a favor de la otra prestaciones periódicas o continuas de cosas. Al examinar la disciplina del suministro, resaltan los elementos constitutivos del intercambio: el bien suministrado en términos cuantitativos, y el precio. Particular importancia tiene igualmente la reglamentación del término del contrato, siempre en relación con su carácter variable al interior de la relación. El art. 1560⁶⁵⁸ distingue tres hipótesis en las que se determina la

⁶⁵⁶ << Se, in conseguenza di una disposizione di legge, (di una norma corporativa), o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto >>.

⁶⁵⁷ En relación con el art. 1622 (<< Se l'esecuzione delle riparazioni che sono a carico del locatore determina per l'affittuario una perdita superiore al quinto del reddito annuale o, nel caso di affitto non superiore a un anno, al quinto del reddito complessivo, l'affittuario può domandare una riduzione del fitto in ragione della diminuzione del reddito oppure, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto >>), podría argumentarse en términos de cambio sobrevenido de la situación de equilibrio existente al momento de la estipulación, en este sentido se ha orientado la jurisprudencia: cfr. C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 88.

⁶⁵⁸ << Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione (1326) del contratto.

Se le parti hanno stabilito soltanto il limite massimo e quello minimo per l'intera somministrazione o per le singole prestazioni, spetta all'avente diritto alla somministrazione di stabilire, entro i limiti suddetti, il quantitativo dovuto.

cuantía del suministro durante el curso del contrato. Puede ocurrir que las partes no hayan determinado la cuantía o los criterios para hacerlo en relación con las singulares erogaciones o con el monto global del suministro, en tal caso se entiende pactada la cuantía correspondiente a las necesidades ordinarias del consumidor (art. 1560 inc. 1); esta previsión normativa implica la existencia: 1. de un elemento estructural y objetivo en el contrato; 2. del bien jurídico sobre el cual las partes acordaron. En este contexto, la noción de ‘necesidades ordinarias’ resulta el criterio para individualizar la prestación, y, en concreto, la cuantía del suministro no se determina con la voluntad arbitraria del consumidor, sino en relación con las circunstancias al tiempo de la celebración del contrato⁶⁵⁹. La referencia a las necesidades ordinarias del consumidor y al momento de la celebración del contrato señala el interés del ordenamiento en garantizar la posición de ambas partes⁶⁶⁰. En realidad, la norma no parece atribuir al consumidor el ejercicio de la facultad de reducir o modificar las necesidades ordinarias acorde con los parámetros señalados, esto porque se atiende a la lógica económica de la organización de producción del proveedor que planifica su actividad productiva también en función de la duración y la cuantía del suministro. Sin embargo, puede considerarse la hipótesis en que la determinación de la cuantía del suministro se deje a cargo del consumidor mediante pacto expreso, en este caso, el criterio de las necesidades ordinarias revela su función de parámetro para la solución de los conflictos que podrían surgir entre las partes cuando el consumidor realiza una solicitud que provoca disfunciones en el sistema empresarial de producción del proveedor⁶⁶¹. El criterio de las necesidades ordinarias cumple una función no sólo integrativa sino también correctiva en ocasión de un ejercicio anómalo de la facultad de determinación discrecional atribuida mediante pacto al consumidor; de esta manera se procura un equilibrio entre la posición y los intereses del consumidor, en particular al momento de la celebración del contrato, y del proveedor, que durante la ejecución del contrato confía en que la solicitud de suministro será acorde con las necesidades ordinarias. Esta interpretación se confirma a la luz del último inciso del art. 1560, según el cual si la cuantía del suministro debe determinarse en relación con la necesidad ordinaria y se fijó una cuantía mínima, el consumidor está obligado por la cantidad correspondiente a la necesidad si ésta supera el mínimo establecido; la norma justifica entonces el criterio de la necesidad ordinaria también para la hipótesis en que se fije una cantidad mínima y funciona como correctivo de la eventual solicitud de suministro en medida inferior⁶⁶². Hay otras hipótesis en las que el

Se l'entità della somministrazione deve determinarsi in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il minimo stesso >>.

⁶⁵⁹ Sobre el concepto elástico y variable de ‘necesidades ordinarias’, vide G. COTTINO, *Contratto estimatorio. Somministrazione*, en *Comm. cod. civ.* (a cura di Scialoja – Branca), Roma, 1970, 127.

⁶⁶⁰ La garantía de la posición del consumidor encuentra límite en la exigencia de tutela del proveedor, que está obligado a suministrar según la cantidad y las modalidades consideradas como normales u ordinarias al tiempo de la celebración del contrato: cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 105 ss.

⁶⁶¹ El proveedor debe estar en condiciones de asegurar los medios y los instrumentos necesarios para afrontar sus obligaciones contractuales, con base en la diligencia media y en relación con el tiempo de la celebración del contrato, y a su vez su posición se encuentra garantizada en el hecho que las cantidades producidas deberán ser retiradas por el consumidor en la medida que correspondan a sus necesidades ordinarias: vide G. COTTINO, *Contratto estimatorio. Somministrazione*, cit., 127.

⁶⁶² El criterio de la ‘normalidad’ es extraño a cualquier valoración arbitraria por parte del acreedor, éste debe ser diligente y razonable en su previsión, además de tener en cuenta las dimensiones de la empresa y los otros factores concretos relevantes en el contexto específico: cfr. Trib. Pavia 22 febrero 1986, en *Giust. civ.*, 1987, 7, 2110.

contrato fija solamente el límite máximo y el mínimo para todo el suministro o para las específicas prestaciones, en este caso el segundo inciso del art. 1560 permite al consumidor establecer dentro de esos límites la cantidad debida. Frente al problema del control sobre la discrecionalidad de la elección del consumidor cuando se omita la previsión sobre la continuidad de las prestaciones, la laguna contractual puede colmarse, una vez establecida la cuantía global del suministro, también las singulares prestaciones deberán adaptarse al criterio de las necesidades ordinarias⁶⁶³. El criterio de las necesidades ordinarias constituye entonces la base para la valoración del cumplimiento y la regla de la relación recíproca.

En cuanto a la adaptación en tema de determinación de la contraprestación, lo primero es señalar que, por regla general, las partes están en libertad de establecerla, salvo los casos de determinación legal de los precios (como p. ej. en el sector de la energía), realidad inevitable y con evidentes consecuencias sobre la disciplina de los contratos y las reglas de funcionamiento del mercado de la competencia. Ahora bien, cuando no se determina la contraprestación, el art. 1561⁶⁶⁴ establece que si el precio debe ser determinado conforme a las normas del art. 1474⁶⁶⁵, debe tenerse en cuenta el tiempo del vencimiento de cada singular prestación y el lugar de su respectiva ejecución. La norma toma como modelo el suministro de carácter periódico y prevé un reenvío natural a las disposiciones de la compraventa. Si bien la norma se refiere al suministro de carácter periódico, ella es expresión de la regla general para la determinación del precio en los contratos de duración independientemente del carácter periódico o continuo de la prestación *in obligatione*. Frente a esta interpretación se opone otra que excluye el ámbito de aplicación de la norma al suministro de carácter continuo⁶⁶⁶, acá la cuestión es la imposibilidad de escindir las prestaciones en el suministro continuo pues la respectiva contraprestación tiende a ser uniforme, sin embargo, al margen de esto, se admite que la determinación de la contraprestación se haga en relación con el tiempo y el lugar establecidos para la ejecución del contrato (en el sentido del cumplimiento de la prestación específica), permitiendo así una protección frente a la variación del contrato en curso de ejecución.

⁶⁶³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 107 señala que la referencia a las necesidades ordinarias se entiende en sentido objetivo, de la misma forma en que se interpretan los reenvíos del *codice* a la 'naturaleza del negocio' (arts. 1326, 1327, 1329, 1330, 1333, 1712, 2214) o bien a la 'naturaleza de la prestación' (arts. 1182, 1183, 1256, 1316, 1327, 1411, 1429, 1989, 2104, 2120, 2230). En otras palabras, en función del carácter de los sujetos, por regla empresas, las necesidades ordinarias se deducen de aquello que generalmente se hace y se practica en un lugar determinado.

⁶⁶⁴ << Nella somministrazione a carattere periodico, se il prezzo deve essere determinato secondo le norme dell'art. 1474, si ha riguardo al tempo della scadenza delle singole prestazioni e al luogo in cui queste devono essere eseguite >>.

⁶⁶⁵ << Se il contratto ha per oggetto cose che il venditore vende abitualmente e le parti non hanno determinato il prezzo, né hanno convenuto il modo di determinarlo, né esso è stabilito per atto della pubblica autorità (o da norme corporative), si presume che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore.

Se si tratta di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato, il prezzo si desume dai listini o dalle mercuriali del luogo in cui deve essere eseguita la consegna, o da quelli della piazza più vicina.

Qualora le parti abbiano inteso riferirsi al giusto prezzo, si applicano le disposizioni dei commi precedenti; e, quando non ricorrono i casi da essi previsti, il prezzo, in mancanza di accordo, è determinato da un terzo, nominato a norma del secondo comma dell'articolo precedente >>.

⁶⁶⁶ G. COTTINO, *Contratto estimatorio. Somministrazione*, cit. 135.

Bajo el aspecto del carácter continuo de la relación, asume importancia igualmente la disciplina del término. A esta se refiere el legislador sólo en la parte general del cumplimiento de las obligaciones, no obstante, la previsión legislativa no da soluciones inmediatamente aplicables al problema de la adaptación del contrato de duración en la medida que presupone el interés en la prestación y no el interés en la ejecución del contrato⁶⁶⁷. No hay duda que en los contratos de duración la disciplina del término debe ser interpretada en función de la relación que pone en práctica una actividad de cooperación entre las partes, la importancia del perfil funcional del acto supone que el interés que forma su objeto esté funcional y estructuralmente determinado en relación con los parámetros de cantidad y tiempo, es por esto que la disciplina de la adaptación del contrato debe atender las vicisitudes relacionadas con los términos para el cumplimiento originariamente establecidos y con aquellos que los contratantes tengan a bien fijar durante la ejecución del contrato.

Ahora bien, luego de enunciar algunos aspectos relacionados con la adaptación en el contrato de suministro, resta por señalar que, por su parte, no hay duda de la aplicación del art. 1467 siempre que eventos extraordinarios e imprevisibles hayan producido la excesiva onerosidad de la prestación.

§ 8. Contrato de *factoring*.-

Si bien la variedad de esquemas estructurales de la operación de *factoring* y la consiguiente articulación y complejidad de su ámbito funcional impiden que esta figura comercial pueda ser remitida a un esquema contractual unitario, el *factoring* puede definirse como contrato de duración, atípico y de intercambio mediante el cual un empresario cede al *factor*, a cambio de una contraprestación en servicios y/o en dinero, la totalidad de los créditos derivados del ejercicio de la empresa y frente a un solo deudor. En caso de lagunas del programa contractual, al esquema del *factoring*, sin duda, pueden aplicarse las reglas de la disciplina de los contratos, en particular de aquellos de duración; en este sentido, cualquiera de las partes en un contrato de *factoring* tendría la facultad de acudir al remedio del art. 1467.

⁶⁶⁷ Pero esto siempre que se acepte la distinción entre término del cumplimiento y término de eficacia del contrato. Esta distinción a veces no resulta tan clara, por ejemplo, la falta de determinación de la fecha de entrega de la cosa puede crear dudas sobre la validez del contrato por indeterminación del objeto, de la duración y la medida de las prestaciones; para MACARIO, op. cit., 111, la duda se resuelve en sentido positivo si se acoge la idea que se trata de la entrega en un contrato perfeccionado y que condiciona solamente su ejecución postergando en el tiempo el cumplimiento, mientras que deberá considerarse nulo el contrato cuando la fecha de entrega constituya elemento que condiciona la relevancia del contrato mismo, en este caso el juez no podrá determinar el objeto pues se sustituiría a las partes, salvo que en el contrato se estipule la determinación *per relationem*. En otras palabras, el término para el cumplimiento, en cuanto se refiere a la disciplina de la relación y presupone resueltas las vicisitudes de la validez del acto, podrá y deberá ser determinado por el juez (en ausencia de otro acuerdo), en cuanto modalidad necesaria para la actuación del vínculo obligatorio; el término de duración o de eficacia del contrato encuentra su disciplina en el acuerdo de las partes (o en la ley) en tanto expresión de los intereses recíprocos de ellas, y, en ausencia de *relatio*, no podrá ser determinado por el juez.

§ 9. Contratos bancarios y de financiamiento.-

La modificación de la tasa de interés en los contratos bancarios y de financiamiento resulta de gran relevancia en materia de adaptación del contrato, con las respectivas incidencias sobre la disciplina del crédito y de las garantías. En este sentido, en relación con el art. 1346⁶⁶⁸ la doctrina se planteó inicialmente el problema de la validez y la eficacia de la cláusula de ‘cartel interbancario’ referida a la determinación de la medida ultralegal de los intereses mediante el reenvío a las normas bancarias uniformes y, en consecuencia, a las condiciones usualmente practicadas en plaza por los agentes de crédito⁶⁶⁹, no obstante, la cuestión ha sido ya superada mediante la introducción del Texto Único de las leyes en materia bancaria y crediticia que sanciona con nulidad este tipo de cláusulas (art. 117 inc. 6 d.l. n. 385 / 1993)⁶⁷⁰. Aunque sin unanimidad, la jurisprudencia había aceptado la validez de la cláusula, afirmando que el requisito de la forma escrita *ad substantiam* se colmaba en la *relatio* adoptada por el banco, en cuanto basada en criterios ciertos y objetivos que permitieran en todo momento establecer la cuantía precisa de la tasa de interés⁶⁷¹. Esta tendencia jurisprudencial parece inconsistente al considerar las dudas sobre la invalidez por indeterminación/indeterminabilidad del objeto, en esta hipótesis de la cláusula, que en caso de nulidad sería sustituida automáticamente por la determinación legal de los intereses⁶⁷². Por otra parte, estaba en consideración la función de una cláusula tal de permitir la variación del elemento objetivo más importante durante el curso de ejecución del contrato de cuenta corriente bancaria, en otras palabras, la pretensión del ordenamiento jurídico de imponer *a priori* una tasa de interés única e inmutable (salvo la renegociación) para toda la duración de una relación que nace sin determinación de tiempo, resultaba absolutamente incompatible con el contexto económico, en todo caso, nos remitimos a las consideraciones atrás enunciadas en materia de mutuo con interés (cfr. *supra* 19 §1).

⁶⁶⁸ << L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile >>.

⁶⁶⁹ Cfr. INZITARI, *Limiti dell'ammissibilità della << relatio >> nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, en *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1018; SCOZZAFAVA, *Il conto corrente bancario*, en *Tratt. dir. priv.* (dir. Rescigno), Torino, 1985, 12, 770; A. TRABUCCHI, *La giurisprudenza di merito insiste sulla svalutazione come danno da mora*, en *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 191, 196 y 199; M. TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1983, 6, 36, 72, 74 y 75; G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, en *Tratt. dir. priv.*, vol. 9, Torino, 1984, 217; G. BERNARDI, *Sulla prova della quantificazione del danno da svalutazione monetaria*, en *Riv. dir. civ.*, 1984, 447 ss.; G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1985, 497; R. PARDOLESI, *Le Sezioni Unite su debiti di valuta ed inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio economico*, en *Foro it.*, 1986, I, 1272; A. AMATUCCI, *Svalutazione monetaria, preoccupazione della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo degli interessi*, en *Foro it.*, 1986, I, 1277; SIMONETTO, voz << Interessi >> (dir. civ.), en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII, Roma, 1989; FERRARI, *Condizioni d'uso su piazza*, en *Contratto e impresa*, 1990, 886; B. INZITARI, *Profili in tema di interessi*, en *Credito e moneta*, 1992, 615 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 127 ss.

⁶⁷⁰ << Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati >>.

⁶⁷¹ En este sentido Cass. 30 mayo 1989, n. 2644, en *Foro it.*, 1989, I, 3127; Cass. 22 mayo 1990, n. 4617, en *Foro it.*, Rep. 1990, n. 19.

⁶⁷² No fueron pocas las objeciones a la validez de la cláusula presente en los formularios bancarios, la jurisprudencia es abundante y debe reconocerse que en ella se señaló la inexistencia de usos bancarios referidos a una determinada plaza, y, en consecuencia, la deficiencia de parámetros objetivos de referencia para la determinación del objeto en curso de ejecución del contrato: cfr. Trib. Roma 22 junio 1987, en *Foro it.*, 1988, I, 1720; Trib. Genova 9 mayo 1989, en *Fallimento*, 1989, 1157.

§ 10. Contrato de seguro, de transacción y en bolsa.-

La aplicación de la adaptación legal ex art. 1467 al contrato de seguro, de transacción y en bolsa, depende casi exclusivamente de las consideraciones en orden a la naturaleza conmutativa o aleatoria de estos contratos, de manera que se excluye el remedio legal en la transacción acorde con el art. 1469 y se admite, en cambio, bajo la óptica de la reciprocidad en los demás. Resulta conveniente en esta materia remitirnos a cuanto dicho en relación con el alea negocial (cfr. *supra* 18 § 4. 3).

§ 11. Contrato atípico constitutivo de carga real.-

En ejercicio de su autonomía privada las partes tienen la libertad de crear tipos contractuales distintos a los codificados, siempre que con ellos se persiga la realización de expectativas merecedoras de tutela jurídica (art. 1322 inc. 2)⁶⁷³, y según una orientación prevaleciente, el acto contractual y su resultado son independientes, esto se confirma en el hecho que es posible realizar un determinado efecto jurídico mediante multiplicidad de operaciones contractuales, por ejemplo, la atribución de la propiedad puede darse no sólo mediante compraventa, sino también mediante permuta o donación, en este sentido es posible constituir o transferir derechos reales típicos mediante contratos atípicos, ya que a la atipicidad de la causa no corresponde automáticamente la atipicidad del derecho. Una vez admitido en abstracto el supuesto, debe examinarse la concreta actuación de tales negocios, sin embargo, no es la ocasión para desviarnos, valgan tan solo algunos comentarios generales al respecto de la procedencia del remedio para la adaptación legal por excesiva onerosidad. La jurisprudencia ha considerado aplicable el remedio por excesiva onerosidad sobrevenida al contrato atípico constitutivo de carga real⁶⁷⁴, pero no lo hizo en relación directa con el art. 1467 sino en aplicación del 2º inciso del art. 12 (interpretación de la ley)⁶⁷⁵ de las disposiciones preliminares del *codice*, que impone al juez de la controversia sobre una relación jurídica anómala no reglamentada expresamente en la ley, la obligación de acudir a los principios generales del ordenamiento⁶⁷⁶. Entre estos principios se encuentra naturalmente aquel que enuncia la cláusula *rebus sic stantibus* y que fundamenta la norma del art. 1467.

Aquí la cuestión de fondo es la calificación de la carga real, si se trata de una relación jurídica anómala o de una verdadera y propia relación obligatoria. Si se califica como relación jurídica anómala, esto quiere decir que no está reglamentada por las normas sobre derechos reales ni tampoco por aquellas sobre las relaciones obligatorias, dando paso a la interpretación ex art. 12 de las disposiciones preliminares; si por el

⁶⁷³ << Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico>>.

⁶⁷⁴ Cass. 11 noviembre 1986, n. 6584, en *Foro it.*, 1987, II, 1, 2177.

⁶⁷⁵ << Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato >>.

⁶⁷⁶ El reenvío de la norma es dentro de un sistema cerrado, la referencia es a los << principios generales del ordenamiento jurídico del Estado >>: para una aproximación al estudio y la vicisitud de los principios generales del derecho, sin duda, nos remitimos a S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., 83 ss.

contrario se la califica como relación de obligación, procede entonces directamente el art. 1467. Para la doctrina, a la aplicación directa del remedio se podría llegar también partiendo de una interpretación en términos reales de la relación jurídica constitutiva de carga real; en efecto, la naturaleza real del vínculo de destinación impuesto al propietario no parece excluir la posibilidad de estipular una contraprestación acorde con el valor de intercambio de la cosa y no con el valor del ejercicio del derecho, en este sentido la contraprestación sería susceptible de variaciones por efecto de eventos sobrevenidos extraordinarios e imprevisibles⁶⁷⁷.

§ 12. Contrato preliminar y contrato de opción.-

El contrato preliminar se refiere a aquellas figuras negociales o pre-negociales, unilaterales o bilaterales, preestablecidas para la formación de un futuro contrato del cual contienen uno o más elementos definitivos⁶⁷⁸. Evidentemente el contrato preliminar supone un intervalo de tiempo entre el momento de la previsión y el momento de la

⁶⁷⁷ En este sentido vide C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 74 ss., para quien, además, en la enfiteusis el derecho de rescate con prestación perpetua no excluye el derecho de obtener la resolución por excesiva onerosidad, con el derecho de rescate se sustituye la prestación de pago (por equivalente) de una suma capitalizada con una nueva prestación periódica o continua de carácter perpetuo, de manera que si una alteración del equilibrio contractual hace excesivamente onerosa la prestación continua o periódica, esto se reproduce en la prestación de la suma capitalizada, por ende sería aplicable el remedio. En efecto, el carácter perpetuo de la prestación no atribuye al contrato la calificación de aleatorio, salvo que las partes condicionen expresamente los riesgos de ganancia y de pérdida a uno o más eventos futuros e inciertos verificables durante la temporalmente indefinida ejecución del contrato. El deudor de la prestación perpetua tiene derecho al remedio no obstante el derecho de rescate, y podría luego optar por el rescate sobre la base del canon adaptado si hubo *reductio ad aequitatem*. Aquí conviene precisiones adicionales, ya desde época justiniana el enfiteuta tiene derecho al rescate, esto es, pagando una suma correspondiente a la capitalización del canon, él obtiene la propiedad plena y definitiva del fundo enfiteútico, sobre el cual, además, ejerce amplios poderes dispositivos (v. G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962, 357 ss.). El derecho de rescate (*affrancazione*) ha sido considerado un derecho potestativo del enfiteuta, deben recordarse también las normas en materia: leyes n. 607 / 1966 y n. 1138 / 1970 (en especial esta ley estableció en su art. 9 que el rescate puede realizarse mediante el pago de una suma igual a quince veces el monto del canon), con no pocas dudas sobre su constitucionalidad, cfr. Corte const. it. sentencia n. 37 del 21 marzo 1969; Corte const. it. sentencia n. 53 del 6 marzo 1974.

⁶⁷⁸ Para una interpretación el contrato preliminar se distingue del contrato preparatorio en la medida que éste cumple una función tan solo auxiliar para la formación del contrato sin atender con detalle a su contenido, preparatorios son los contratos de principio o los contratos marco; en cambio, el contrato preliminar sería un contrato parcial al igual que el de opción: en este sentido y acerca de estas clasificaciones, aunque con énfasis en el derecho brasilero, C. de S. ZANETTI, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo, 2005, 24 ss. No obstante, el contrato preliminar o de promesa es, en su especie, un contrato preparatorio, << todo lo que ocurra antes es 'previo', esto es, anterior al contrato y dentro de las múltiples variedades de contactos entre las futuras partes está la posibilidad de celebración de un contrato, previo o preliminar con relación al final o definitivo; inclusive, dentro de la gama de actos que pueden darse en esa fase está el acto de apoderamiento, por medio del cual una de las partes o ambas, autorizan a alguien para que obre por cuenta suya, acto de autorización y no de disposición, en tal sentido también preparatorio >>. No se observa en realidad la necesidad de distinguir entre contrato preliminar o de promesa y contrato preparatorio, si se quiere, podrían tan solo estar en relación de género a especie, aunque, en verdad, pueden fácilmente considerarse sinónimos. Acerca del contrato preliminar o de promesa en el sistema continental europeo y latinoamericano, vide *amplius* F. HINESTROSA, *Contratos preparatorios. El contrato de promesa*, en *Culturas y sistemas jurídicos comparados, Conferencia para el Congreso Internacional de derecho civil y romano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, D.F., 7 – 9 septiembre de 2005.

efectiva ejecución del programa proyectado por las partes, en otras palabras, una *distantia temporis* entre el vínculo contractual preliminar y la celebración del negocio definitivo, este margen temporal abre la posibilidad a la ocurrencia de eventos sobrevenidos causa de excesiva onerosidad en momento anterior a la celebración del contrato final⁶⁷⁹, en tal caso se aplicaría el remedio legal para la adaptación. En apariencia, el principal inconveniente para la procedencia del remedio está en que las normas sobre excesiva onerosidad suponen que el momento de la previsión del programa contractual coincida con el de la celebración del contrato, de manera que si la onerosidad excesiva se aprecia en relación con el valor de las prestaciones del contrato definitivo, se excluiría la aplicación del remedio⁶⁸⁰. Esta interpretación no puede ser acogida, ella no tiene en cuenta el vínculo particular que subsiste entre el tipo instrumental y el tipo final o definitivo, olvidando que la procedencia del remedio implica siempre una disconformidad entre la previsión del empeño económico hecha al momento de contraer el vínculo preliminar, y la efectiva dimensión de dicho empeño al momento de cumplir las prestaciones. Entonces, si la gravedad del esfuerzo económico del deudor en la hipótesis de excesiva onerosidad sobrevenida se produce sucesivamente a la reglamentación del programa contractual pero de todas formas antes de su ejecución, no hay obstáculo para la adaptación legal ex art. 1467. La atención se concentra sobre el plano de las prestaciones que las partes han establecido como contenido del negocio definitivo, la prestación prevista anticipadamente puede bien padecer de manera autónoma los efectos de la excesiva onerosidad que incide igualmente sobre la prestación objeto del contrato definitivo. El contrato preliminar, considerados sus rasgos típicos y su conexión con el contrato definitivo, entra en la categoría de contratos de ejecución diferida, y la relevancia causal del tiempo deja espacio a la hipótesis de *reductio ad aequitatem*.

Ahora enunciemos brevemente la cuestión en el contrato de opción. El contrato de opción es aquel que tiene por objeto otorgar a una de las partes el poder de celebrar otro contrato, en otras palabras, hay contrato de opción cuando una parte se obliga (por ejemplo a vender o comprar) respecto de otra que se reserva la opción de aceptar o no (art. 1331)⁶⁸¹, esta figura tiene pues los efectos de una oferta irrevocable y asume las características del contrato unilateral. Para negar la adaptación del art. 1467, se argumentó que en la opción no se daba el presupuesto de la reciprocidad y, además, no se trataba de un contrato perfecto; sin embargo, otros han señalado que la opción sería un contrato en sí mismo dotado de contenido económico-jurídico propio y al cual la ley otorga plena protección. Si afirmamos que la opción es un contrato unilateral, correspondería entonces el remedio del art. 1468, sin embargo, la opción, a diferencia del contrato preliminar unilateral, se caracteriza por el hecho que la progresión del contrato unilateral al contrato definitivo bilateral se realiza inmediatamente en el momento en que el promisorio comunica su voluntad de aceptar la oferta sin que resulte necesario un nuevo consentimiento del promitente. El punto está en determinar si en la opción hay o no una relevancia causal del tiempo y la incidencia de los eventos

⁶⁷⁹ Cfr. F. MESSINEO, voz <<Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento>>, en ED, X, 1962, 175.

⁶⁸⁰ Esta es en sustancia la posición de TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, en *Riv. dir. comm.*, 1974, 736 ss. En contra C. G. TERRANOVA, op. cit., 95 ss.

⁶⁸¹ << Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329.

Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice >>.

sobrevenidos extraordinarios e imprevisibles; la promesa de la opción y la aceptación del promisorio constituyen el momento inicial y final de un tipo negocial que se forma progresivamente y al cual debe aplicarse la disciplina contractual propia de la categoría negocial que se persigue con el resultado final, además, en este caso la atribución de una parte a favor de la otra no es objeto de una obligación sino que obedece a un derecho potestativo de la otra, en realidad, en la opción los efectos de la figura crean una sujeción a la que corresponde un poder y en el sistema italiano estas hipótesis se equiparan a una obligación, la opción necesita una causa que usualmente es una contraprestación, en este sentido debe admitirse la procedencia de la norma del art. 1467 sobre adaptación legal⁶⁸².

20. Excesiva onerosidad en la jurisprudencia reciente.-

En la jurisprudencia de la Casación civil italiana en años recientes se encuentran datos adicionales acerca de los aspectos interpretativos de la imputabilidad de la imposibilidad en general, y de la excesiva onerosidad y otras formas de *reductio* en particular.

Sobre imposibilidad no imputable la jurisprudencia ha señalado que la prueba de la no - imputabilidad del incumplimiento y de la diligencia del cumplimiento se refiere siempre a la esfera de acción del deudor, de manera cada vez más relevante cuanto más la ejecución de la prestación consista en la aplicación de reglas técnicas desconocidas para el acreedor en cuanto extrañas al bagaje común de la experiencia (Cass. n. 11488 / 2004). En otra ocasión, la Corte, en un contrato mixto en el cual confluían las causas del arrendamiento de obra y del contrato de depósito, reconoció como hecho no imputable e idóneo a liberar al depositario de la responsabilidad por la restitución de la cosa, cuando ésta le fuese sustraída en el lugar de custodia por medio de la comisión de hurto a mano armada, sin importar si el depositario empleó particulares cuidados en la custodia, siendo estos inútiles frente al uso directo de violencia sobre la persona (Cass. n. 13359/2004).

En cuanto a la resolución por excesiva onerosidad, en un contrato preliminar de compraventa de inmueble, la Corte afirmó que para la aplicación del remedio por excesiva onerosidad sobrevenida durante el espacio de tiempo entre la celebración del preliminar y su ejecución, no constituyen eventos extraordinarios e imprevisibles – cuya existencia está reservada a la apreciación discrecional del juez de mérito e incensurable si exenta de vicios de motivación- el aumento progresivo del valor del inmueble y la progresiva devaluación de la moneda, ya que estos eventos se comprenden dentro del alea contractual (Cass. n. 4423 / 2004)⁶⁸³.

⁶⁸² Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., 394.

⁶⁸³ En el caso los demandantes habían prometido a los requeridos la venta de un inmueble sometida al pacto que el contrato definitivo sería estipulado, junto con el pago del precio pactado, apenas fuera efectuada la inscripción del acto de división hereditaria estipulado con escritura privada; los actores reclamaron la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato a causa del progresivo aumento del valor del inmueble ocurrido antes de la declaración judicial de autenticidad del acto de división, declaración emitida varios años después de la celebración del contrato preliminar, La Casación negó la característica de imprevisión y extraordinariedad de los eventos invocados por los actores y confirmó la sentencia de apelación negando la procedencia del remedio.

Todavía hoy la jurisprudencia se ha ocupado del problema del perfil causal del contrato, en particular sobre la conocida figura de la presuposición (cfr. *supra* 10). La Casación regresa en este caso sobre el contenido causal de la noción, la presuposición – que por un lado parece una forma especial de condición implícita, y por otro referida a la causa como función típica concreta cuya realización se persigue mediante el contrato – se configura siempre que de la interpretación de la voluntad contractual en relación con los términos efectivos del negocio, se deduce que una situación de hecho considerada pero no expresada y que es presupuesto imprescindible de la voluntad, cambia a causa de eventos sobrevenidos no imputables a las partes, de manera que el programa negocial asignado pasa a apoyarse sobre bases distintas a las que fundamentaron su asignación inicial (Cass. n. 5390 / 2006; Cass. n. 6631 / 2006); con este razonamiento la Corte consideró que se abría paso la resolución del contrato conforme al art. 1467, una correlación interpretativa de la que ya nos hemos ocupado y que consideramos desafortunada (cfr. *supra* 10 § 2). En este mismo ámbito, en una sentencia del año pasado, la sección tercera hizo una completa reconstrucción del instituto de la presuposición y su relación con el remedio para la excesiva onerosidad, esta vez no desde el punto de vista de la causa sino de los presupuestos objetivos para la eficacia (Cass. n. 12235 / 2007). En esta ocasión los jueces afirmaron que la presuposición no estaba relacionada ni con el objeto ni con la causa ni con los motivos, en términos de la Casación el instituto es una circunstancia externa al contrato que si bien no expresada como condición, constituye objetivo y específico presupuesto de eficacia con relevancia para el fin de mantener del vínculo contractual; esta argumentación contrasta con la sentencia n. 6631/2006 y se aparta de la configuración tradicional de la presuposición como condición no desarrollada o no expresada o bien relacionada con la causa del contrato, se acoge así en la jurisprudencia la tendencia doctrinal de la presuposición cual específico presupuesto objetivo.

En cuanto a la *reductio* especial de la cláusula penal, recientemente la Corte ha afrontado la cuestión de si el juez puede o no aplicar de oficio la reducción en equidad de la cláusula penal ex art. 1384 c. c.⁶⁸⁴. La opinión dominante negaba la procedencia de oficio de la *reductio* basándose, de un lado, en el principio general contenido en el art. 112 c. p. c.⁶⁸⁵, no derogado por el art. 1384 (el juez no puede pronunciarse sino dentro de los límites de las demandas y las excepciones propuestas por las partes), y de otro, señalando que la posibilidad de reducción de la penal fijada por las partes, está prevista por la ley como instituto para tutelar los intereses específicos del deudor, que sería el único legitimado para proponer la iniciativa. Esta argumentación fue sometida a la crítica de la posición minoritaria que a favor de la reducción de oficio había interpretado el art. 1384 a la luz de una (re) consideración interpretativa de los institutos legales en armonía con los preceptos superiores de la Constitución republicana, señalando que el poder del juez para la *reductio ad aequitatem* de la cláusula penal manifiestamente excesiva responde a una función objetiva de control sobre la autonomía privada – en sintonía con el principio constitucional de solidaridad, aplicable también a las relaciones negociales, y con la cláusula de buena fe, inherente a la fase de formación del contrato – por medio del cual, mirando a la realización de un interés objetivo del ordenamiento,

⁶⁸⁴ << La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare de la penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento >>.

⁶⁸⁵ << Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti >>.

puede ejercitarse de oficio incluso en ausencia de instancia de parte del interesado. En este contexto, la Casación reconoció que el poder del juez para la *reductio* en equidad de la penal atribuido por el art. 1384 como tutela general del ordenamiento, puede ejercitarse de oficio para restaurar la posición de la autonomía privada dentro de los límites en que necesita ser tutelada, y esto sea en relación con la penal manifiestamente excesiva, sea en relación con la hipótesis en que la reducción se aplica porque la obligación principal ha sido en parte cumplida, ya que en este último caso la falta de previsión de la reducción de la penal en caso de cumplimiento de una parte de la obligación se traduciría de todas maneras en un exceso de la cláusula en relación con la parte de la obligación todavía por cumplir (Cass. n. 18128 / 2005). En la argumentación de este principio, las Secciones Conjuntas afirmaron que el art. 112 c. p. c. y el art. 1384 c. c. no se refieren a la necesidad de una excepción de parte, la intervención del juez se basa en la exigencia de corregir – a favor de la tutela del interés objetivo del ordenamiento y no de la parte interesada- el poder de la autonomía privada, encuadrándola dentro de los límites meritorios de tutela, con el fin de restablecer un congruo balance de los intereses contrapuestos por medio de la valoración del interés del acreedor al cumplimiento y la efectiva incidencia de este sobre el equilibrio de las prestaciones en la situación contractual concreta. Esta interpretación fue confirmada en sentencia Cass. n. 21066 / 2006.

Ahora bien, por su parte, una doctrina reciente ha señalado los vacíos que en esta materia existen en el sistema contractual. El primer vacío tiene que ver con la previsión de las causas de los eventos sobrevenidos, en efecto, en la parte general de la disciplina normativa no está tutelada la desaparición de los presupuestos de la prestación, el deudor está protegido si esta se hace imposible (absoluta o parcialmente) o excesivamente onerosa, pero no si para él dicha prestación pierde todo sentido o resulta modificada cualitativamente, en particular cuando las modificaciones no sean ni extraordinarias ni tampoco imprevisibles⁶⁸⁶. Este vacío normativo contrasta con la elaboración de otras experiencias jurídicas, como por ejemplo la alemana que, junto a la modificación cuantitativa del equilibrio entre las prestaciones, reconoce la frustración de la finalidad (*Zweckvereitelung*); aquí se advierte la dificultad para distinguir de manera neta las hipótesis de frustración, imposibilidad y excesiva onerosidad. El segundo vacío tiene que ver con los remedios. En los contratos en particular está prevista en primer lugar la revisión de las condiciones del contrato, y sólo en hipótesis graves, la resolución, por el contrario, en la parte general la revisión del contrato es regla primaria sólo en las hipótesis de imposibilidad parcial o de excesiva onerosidad solamente para los contratos con obligación para una sola de las partes. Para los contratos con prestaciones recíprocas, el deudor de la prestación excesivamente onerosa puede sólo pedir la resolución del contrato, será eventualmente el acreedor quien ofrecerá, si lo considera, una *reductio ad aequitatem*. En la práctica, esta restricción podría inducir al deudor a aceptar el “chantaje” de la excesiva onerosidad con tal de no presentar una demanda de resolución⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ R. FIORI, *Bona Fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, cit., 199.

⁶⁸⁷ R. FIORI, *Bona Fides*, cit., 200.

V

La excesiva onerosidad sobrevenida en el sistema jurídico latinoamericano

Sumario: **21.** Premisa. **22.** Dogma de la voluntad, buena fe, imprevisión y reforma del sistema. **23.** Adaptación del contrato y difusión del modelo de la excesiva onerosidad sobrevenida en el sistema latinoamericano. Configuración de los requisitos y efectos de la modificación. **24.** Perspectivas para el reconocimiento de una excesiva onerosidad sobrevenida en la deuda externa latinoamericana. El caso Colombia.

21. Premisa.-

El sistema jurídico latinoamericano presenta una homogeneidad y especificidad en materia contractual, ella deriva de su tradición y de la recepción de los principios del sistema de derecho romano continental-europeo, precisamente la cuestión de la homogeneidad y especificidad sirve para la búsqueda de los principios comunes y aquellos particulares presentes en la articulada forma de relaciones entre el sistema romanista y el sistema (o sub-sistema?) latinoamericano, en su completa extensión espacio temporal y en sus tendencias⁶⁸⁸. La existencia misma del sistema impone la necesidad de un análisis que permita aclarar y establecer los principios comunes de los contratos, así, para interpretar correctamente el derecho del sistema debe hacerse una reconstrucción unitaria según sus propios rasgos típicos, de esto surge como consecuencia la necesaria armonización de las normas legislativas y la corrección de las divergencias normativas respecto de los principios generales del derecho⁶⁸⁹. Ahora bien, dentro de estos principios se encuentra naturalmente aquel expresado por la cláusula *rebus sic stantibus*, avancemos entonces hacia la individualización de esta disciplina en

⁶⁸⁸ Esta es la precisa argumentación de S. SCHIPANI, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, 100 ss., que además señala, << pero la adquisición de la unidad del sistema jurídico latinoamericano no tiene un valor solamente descriptivo; de tal unitaria e individual existencia, surgen consecuencias prescriptivas. El reconocimiento de la existencia del sistema no sólo hace pertinente, sino que, además, impone un método de interpretación ‘sistemático en sentido pleno’, a saber, conmensurado a la existencia del sistema, en sus completas dimensión y estructura >>.

⁶⁸⁹ Se trata de una necesidad científicamente fundada, además, ha sido confirmada por los distintos legisladores latinoamericanos e impuesta por la remisión que hace la generalidad de estas las legislaciones a los ‘principios generales del derecho’, esta remisión sirve no sólo para colmar las lagunas del sistema, sino también para la fundamental labor de orientar la interpretación, no de algunas reglas, sino de los principios de cada rama del derecho así como de las distintas instituciones, una orientación que se proyecta en el tiempo y define el rumbo del sistema mismo, a la luz de esos principios que preexisten a las legislaciones y son expresión de la totalidad espacio-temporal del sistema en su continuo crecer y en su continua recomposición como unidad: cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., 83 ss.; ID. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., 100 ss.

el sistema latinoamericano, para evidenciar cuánto de tradición se reproduce y cuánto hay de novedad. Considerados los aspectos hasta aquí tratados en relación con los modelos europeos de referencia para nuestra tradición y que además constituyen el acervo de la más importante elaboración científica, se procederá de manera unitaria señalando los aspectos característicos de la evolución del problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual en el sistema jurídico latinoamericano de los contratos.

22. Dogma de la voluntad, buena fe, imprevisión y reforma del sistema.-

Como se ha tenido la oportunidad de señalar a lo largo de nuestra argumentación, la problemática contenida en la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, en general, la adaptación del contrato a los eventos sobrevenidos, encontró ardua oposición - junto con el otro mecanismo para el equilibrio contractual: la *laesio ab initio*⁶⁹⁰ durante la fase de la Codificación por su aparente contraste con la regla de la intangibilidad del contrato, máxima expresión del principio *pacta sunt servanda* y de la exaltación de la voluntad privada que caracterizó el novecientos, un principio que no faltó en la Codificación latinoamericana que lo recibió directamente del art. 1134 del *Code Napoléon*⁶⁹¹. Cualquiera que sean las expresiones que los códigos utilicen para consagrar el principio de la intangibilidad, todos los textos legislativos concuerdan en que si quienes han celebrado un contrato y han satisfecho todos los presupuestos y requisitos legales para que el mismo se perfeccione (poder de disposición, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto claramente determinable, posible, lícito y causa lícita), la obligación que él imponga a una de las partes debe ser cumplida tal y como ha sido contratada, so pena de que su deudor sea condenado al pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento⁶⁹². Sin embargo, como hemos señalado desde el inicio, la inexorabilidad del deber de un cumplimiento exacto es un dogma ya superado y la obligatoriedad del vínculo encuentra su límite en la necesaria adaptación

⁶⁹⁰ Basta recordar la nota del codificador Vélez Sarsfield al art. 943 del c. c. arg. de 1869, en la que justificó su rechazo a la figura de la *laesio enormis*, fiel al ideario del iluminismo liberal, el codificador cierra la nota así: << Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos >>: *Código civil de la República Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2001, en *Quaderni del Master in Sistema giuridico romanistico e unificazione del diritto*, cit., III / 1, 104. No obstante, con la reforma de 1968 en Argentina se introdujeron los dos mecanismos para el desequilibrio contractual inicial y sobrevenido.

⁶⁹¹ El principio se encuentra reconocido en los códigos latinoamericanos, aunque si, como se verá, en la mayoría de ellos está hoy también reconocida su relatividad frente a la aceptación de la revisión del contrato. En los modelos de referencia la regla áurea está naturalmente presente: cfr. p. ej. art. 1545 c. c. chil.; art. 1197 c. c. arg.; art. 1796 c. c. mex.; art. 519 c. c. bol.; art. 1361 c. c. per.; art. 1602 c. c. col.; art. 1588 c. c. ecuat.; art. 1091 c. c. cuba (1889); art. 1159 c. c. ven.; art. 1291 c. c. urug.; art. 1416 c. c. salv.

⁶⁹² Es evidente que no siempre el deudor de la obligación puede satisfacer sin dificultades esta exigencia legal y voluntariamente asumida, diversos son los obstáculos que pueden impedirlo, ya en forma absoluta, ya dificultando su cumplimiento por diversas causas y motivos, por ello, tanto el legislador, como la doctrina y la jurisprudencia, han intervenido en la búsqueda de soluciones que, sin menoscabo de la autonomía contractual y sobre todo en procura de la estabilidad del contrato, hagan que esos obstáculos puedan ser removidos y satisfechas las expectativas de los contratantes: cfr. A. R. MARIN ECHEVERRÍA, *La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación*, en *Roma e America*, 7 / 1999, 207 ss.

del contrato a las nuevas circunstancias de hecho que puedan constituir anomalías para su cumplimiento.

Naturalmente, la disciplina de la imposibilidad sobrevenida absoluta fue recibida por los códigos tal y como establecida en la tradición romanista continental-europea, esto es, la liberación del deudor por una imposibilidad absoluta derivada de la fuerza mayor o el caso fortuito, pero no se acogió inicialmente la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Evitar afrontar el problema complejo de la incidencia de los eventos sobrevenidos en las obligaciones, sólo dilataría el inevitable acogimiento de los mecanismos de (re) equilibrio (inicial y sobrevenido), en efecto, con el pasar del tiempo el sistema latinoamericano se ha reformado⁶⁹³, y en particular con la influencia del nuevo código civil italiano de 1942, la divulgación de su doctrina, y, sobre todo, las crisis monetarias que azotaron las economías de algunos países iberoamericanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, los nuevos códigos civiles latinoamericanos han venido reconociendo el modelo para la gestión del contrato en curso de ejecución, todos bajo la premisa general de la excesiva onerosidad sobrevenida, aunque sin una redacción uniforme en todos los casos y consecuencias interpretativas adicionales⁶⁹⁴. Se reconoce el problema de los eventos sobrevenidos en el código de comercio de Colombia de 1970⁶⁹⁵, y en los códigos civiles de Guatemala reformado en 1963⁶⁹⁶, de

⁶⁹³ Vide las consideraciones históricas en E. O. CARDINI, *La teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, 1937, 24 ss.; A. ALTERINI, *Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship*, en *Roma e America*, 13 / 2002, 53 ss. Acerca de la disciplina de cada código en particular pero para señalar la tendencia, vide en la doctrina G. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1998, § 5 num. 132, que identifica el postulado del art. 1198 c. c. arg. con la 'teoría de la imprevisión', y se cuestiona sobre la conveniencia de la referencia a la condición de 'onerosidad', fórmula aceptada por el Tercer Congreso Nacional de derecho civil y que sirvió de base para la modificación del art. 1198; J. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Perrot, Buenos Aires, 1997, num. 252 B; I. GALINDO GARFIAS, *Teoría general de los contratos*, ¿??, 435; M. BORJA SORIANO, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Porrúa, México, 1953, n. 482 ss.; A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, tomo III, Temis, Bogotá, 1974, 450; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 882, que recuerda cómo la teoría de la imprevisión fue acogida en Colombia por la jurisprudencia de la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia de 1935, en la práctica desapareció del derecho privado pero fue acogida con especial consideración en la contratación estatal, mas empero fue introducida en el código de comercio de 1971; J. MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, n. 33; J. GUZMÁN SANTIESTEBAN, *Derecho civil*, tomo II, 94 ss.; M. ARIAS-SCHREIBER, *La exégesis del código civil peruano de 1984*, Lima, 1998, 249 ss.; A. R. MARIN ECHEVERRÍA, *La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación*, cit., 207 ss.; C. M. DA SILVA PEREIRA, *Lesão nos Contratos*, Forense Ed., Rio de Janeiro, 2001; A. PINTO MONTEIRO, *Erro e teoria da imprevisão*, en *Il nuovo codice brasiliano*, Milano, 2003, 65 ss.; G. FERNÁNDEZ, *La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia*, en *Anuario del derecho civil uruguayo (ADCU)*, XXXIV, 2004, 553 ss.; J. GAMARRA, *Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura universitaria, 2006, 55 ss.

⁶⁹⁴ Como resulta evidente, acá nos remitimos en lo pertinente a todo cuanto considerado *supra* IV.

⁶⁹⁵ Art. 868 c. de co. col.- Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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

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

⁶⁹⁶ Art. 1330 c. c. guat.- Cuando las condiciones bajo las cuales fuera contraída la obligación cambiaren de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo

Argentina reformado en 1968⁶⁹⁷, de Bolivia de 1976⁶⁹⁸, de Paraguay de 1987⁶⁹⁹, del Perú de 1984⁷⁰⁰, de Cuba de 1987⁷⁰¹ y de Brasil de 2002⁷⁰². Los códigos civiles de

su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante reclamación judicial.

⁶⁹⁷ Art. 1198 c. c. arg.- Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio de aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada los efectos no alcanzarán a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución si el perjudicado hubiere obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

⁶⁹⁸ Art. 581 c. c. bol.- I. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

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

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

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

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

⁶⁹⁹ Art. 672 c. c. par.- En los contratos de ejecución diferida si sobrevienen circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

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

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa. Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.

⁷⁰⁰ Art. 1440 c. c. per.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

⁷⁰¹ Art. 80 c. c. cuba.- Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida.

⁷⁰² Art. 478 c. c. bras.- Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Art. 479 c. c. bras.- A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a odificar equitativamente as condições do contrato e no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear quae a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva.

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

Chile, Colombia, Uruguay, Ecuador y Venezuela mantienen el modelo clásico francés sin reconocimiento alguno de la adaptación del contrato.

Ahora bien, la recepción en Latinoamérica del modelo para el desequilibrio sobrevenido, como siempre, se favoreció de las circunstancias, pero sin duda se aprovechó de toda la riqueza conceptual de la tradición jurídica del sistema que hemos enunciado en los capítulos anteriores y que constituye la base del tratamiento de la disciplina dogmática de la adaptación del contrato. Cabe preguntarse entonces si antes de la reforma del sistema existían normas a la luz de las cuales se hubiera podido favorecer la aceptación del remedio para la adaptación del contrato. Ya señalamos que los códigos latinoamericanos reglamentan la llamada imposibilidad sobrevenida absoluta de la prestación, disciplina de base del problema general de los eventos sobrevenidos, pero excluyeron cualquier otra forma de regulación para aquellos problemas cuando la prestación puede todavía cumplirse pero con mayúscula onerosidad sobrevenida. La única interpretación que en los primeros códigos civiles latinoamericanos consentía – y todavía hoy consiente- una argumentación a favor de la adaptación del contrato era aquella basada en la exigencia de ejecutar el contrato acorde con la buena fe y la equidad. La buena fe constituye un principio universalmente reconocido e incorporado en todas las materias del derecho, la buena fe, como valor indiscutido, consagrado expresamente por las normas y utilizado por la doctrina y la jurisprudencia, es el instrumento más importante para sostener que el contrato se debe adaptar a las nuevas exigencias, permitiendo la vigencia plena de la autonomía de la voluntad y del equilibrio entre las prestaciones⁷⁰³. En el derecho latinoamericano rige plenamente la regla de la buena fe, por influencia inmediata del art. 1134 del código civil francés donde se prevé que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y a su vez el art. 1135 dispone que los contratos obligan no sólo a lo que está expresado en ellos sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley, dan a la obligación según su naturaleza. Ya en el art. 1954 de su *Esboço*, FREITAS previó de manera similar al código francés que << los contratos deben ser cumplidos de buena fe y que obligan no sólo a lo que expresamente se hubiera convenido, sino a todo lo que, según la naturaleza del contrato, fuera de ley, equidad o costumbre >>. Con el mismo alcance el art. 1291 del código civil uruguayo dispone que los contratos << deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, el uso o la ley >>; en el mismo sentido los arts. 1160 del c. c. venezolano y 1023 inc. 1 del c. c. costarricense establecen que los contratos << deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley >>. La misma regla se repite en los arts. 1546 c. c. chileno, 1603 c. c. colombiano, 1589 c. c. ecuatoriano, 1417 c. c. salvadoreño, 1546 c. c. hondureño, que disponen igualmente que los contratos << deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella >>. Acorde el art. 1109 c. c. panameño al establecer que los contratos << obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley >>; la misma norma se repite en el art. 1796 c. c. mexicano. El art. 1362 c. c. peruano prevé que el contrato << debe celebrarse y

⁷⁰³ Cfr. MARTINS COSTA, *A boa fe no direito privado*, Sao Paulo, 2000, 273.

ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes >>, este texto se repite en el art. 1519 c. c. guatemalteco. En el mismo sentido el art. 689 c. c. paraguayo establece que << en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe >>; y el art. 422 c. c. brasilero que obliga a los contratantes a << respetar, tanto en la celebración del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe >>.

De la vigencia del principio general de buena fe se deducen obligaciones esenciales al vínculo contractual, como las obligaciones de información, de consejo, de seguridad, de colaboración⁷⁰⁴, y en esta última, radica la cooperación entre las partes para la revisión-conservación del contrato; la buena fe circula en las lagunas dejadas por la norma y le permite al juez transitar por ellas para buscar la compatibilidad entre lo previsto por las partes en el programa negocial, las circunstancias de hecho, el ordenamiento jurídico y los principios generales del derecho, la conducta de las partes durante el cumplimiento debe ser pues compatible con las exigencias de la buena fe. Ahora bien, según la regla expresada en todos los códigos, los contratos y sus obligaciones sujetan a las partes como una ley (principio de la intangibilidad); no obstante su inmutabilidad, en la fase de ejecución obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean acordes con la buena fe y la equidad, al igual que los usos y costumbres. Un cumplimiento acorde con la buena fe y la equidad requiere no sólo cumplir con los tradicionales deberes de información, de corrección y lealtad, requiere no sólo una ejecución temporánea sino también todos los esfuerzos de las partes para alcanzar la finalidad esperada; en este sentido, si la buena fe y la equidad solicitan que durante la formación del contrato se mantengan la moderación del precio o de las condiciones del contrato y el equilibrio entre las prestaciones (los remedios para el equilibrio inicial basados en la *laesio* y en el aprovechamiento de los estados de debilidad), igualmente la buena fe y la equidad llaman durante la ejecución del vínculo a mantener ese equilibrio (causa funcional), no ya tal y como era inicialmente sino como resulta equitativo que sea frente al cambio extraordinario y sobrevenido de las circunstancias iniciales. Esto no significa que deba restablecerse la ecuación económica originaria, la buena fe y la equidad permiten moderar, temperar o ajustar el precio o las condiciones del contrato (*reductio ad aequitatem*), se trata de purgar la injusticia y procurar la continuidad de la relación para alcanzar así el fin esperado por las partes. La observancia de la buena fe y la equidad durante la ejecución del contrato, entendida como un llamado a la moderación del precio o de las condiciones del programa, implica la existencia de un deber de revisión que antecede a la resolución del vínculo, una revisión convencional o judicial que tiene como finalidad principal moderar las prestaciones y conservar el contrato⁷⁰⁵. Se trata del principio de buena fe orientado hacia la equidad del caso concreto (buena fe correctiva o de adecuación y equidad de la cooperación).

En todo caso, a pesar del rechazo inicial de los códigos al remedio para la gestión del contrato en curso de ejecución, como señalamos, el sistema se ha ido reformando

⁷⁰⁴ La corrección se concreta en el deber de solidaridad o de cooperación que deriva del principio general de buena fe: cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1989, 52; CARUSI, voz <<Correttezza >>, en ED, X, Milano, 1962, 710; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 82 y 394.

⁷⁰⁵ Esta inversión lógica de consecuencias ha sido aceptada también por la doctrina latinoamericana, vide p. ej. F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, cit.; G. FERNÁNDEZ, *La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia*, cit., 558; J. F. CHAMIE, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, cit., 133 ss.

hacia el reconocimiento del remedio para la adaptación del contrato, en particular, bajo la influencia del modelo italiano de la excesiva onerosidad sobrevenida.

23. Adaptación del contrato y difusión del modelo de la ‘excesiva onerosidad’ en el sistema latinoamericano. Configuración de los requisitos y efectos de la modificación.-

El modelo predominante en los códigos latinoamericanos es el de la excesiva onerosidad sobrevenida (cfr. *supra* IV), un examen comparativo de las disposiciones legales permite individualizar los requisitos para la aplicación del remedio. En general, el contrato debe ser válido, se excluyen las hipótesis de imposibilidad absoluta o de incumplimiento o retardo imputables a la responsabilidad del deudor. El remedio no se aplica a todo tipo de contrato, si bien los códigos de Cuba (art. 20) y los de Tamaulipas y Jalisco (arts. 1733 y 1771) hablan sólo de << contrato >> o de << la circunstancia bajo la cual fue contraída la obligación >> y el código de Guatemala (art. 1540) apenas alude al carácter << bilateral >> del contrato, el de Bolivia (art. 581 c. c. y art. 802 c. de Co.), el del Perú (art. 1440) y los códigos de comercio de Guatemala (art. 687), Colombia (art. 868) y de Bolivia (art. 802) especifican que debe tratarse de contratos de << ejecución continuada, periódica o diferida >>. Con mayor rigor el código de comercio de Guatemala (art. 687) sustituye las expresiones << ejecución continuada o periódica >> por la de << tracto sucesivo >>; el código argentino (art. 1198) agrega además la expresión << contrato bilateral conmutativo >>; en el mismo sentido el código peruano (art. 1440) agrega << contratos conmutativos >>, mientras que el código paraguayo (art. 672) omite la referencia a los contratos de ejecución continuada o periódica, y mantiene sólo la de << contratos de ejecución diferida >>.

Al margen de las distintas redacciones legales, el remedio para la adaptación del contrato busca resolver el conflicto de intereses que surge entre las partes cuando las circunstancias existentes al momento de contraer la obligación se han alterado gravemente a causa de eventos sobrevenidos durante el tiempo transcurrido hasta el momento del efectivo cumplimiento, en este sentido el remedio no se aplica a los contratos de cumplimiento inmediato, los códigos de comercio de Colombia (art. 868) y Bolivia (art. 802) lo declaran expresamente⁷⁰⁶. No obstante, el remedio puede extenderse a los contratos unilaterales onerosos, como en el préstamo con interés cuando una parte se enriquece a expensas de las dificultades relevantes de la otra, por esto resulta más conveniente hablar de ‘contratos con prestaciones correspectivas’⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ En los contratos de ejecución inmediata, la tolerancia que pueda haber tenido el acreedor para no exigir el cumplimiento que dependía tan solo de su voluntad de reclamar, no parece hacer surgir ninguna cuestión de justicia que haga razonable agravar la situación del deudor, además, en las obligaciones de cumplimiento inmediato, si la falta de cumplimiento se debe a una causa no imputable al deudor, su cumplimiento justificadamente retardado por el obstáculo impeditivo no tendría porque ser objeto del remedio para la adaptación (sin embargo, el c. c. peruano art. 1441-1 aplica el remedio en este caso), y si dicho retraso se debiera a culpa del deudor, como en caso de mora, los remedios previstos por el ordenamiento (intereses de mora, condena adicional por los mayores daños probados, etc.) bastan para normalizar la situación dentro de los límites de la justicia.

⁷⁰⁷ Cfr. J. MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, cit., n. 33, que refiere cómo la doctrina italiana considera que la expresión ‘contrato bilateral’ haría alusión al puro sinalagma genético, que no se daría en los llamados ‘contratos sinalagmáticos imperfectos’, y que por referirse la imprevisión no al

Extienden el remedio a los contratos unilaterales los códigos civiles de Perú (art. 1442), Paraguay (art. 672), Bolivia (art. 582), Guatemala (art. 1330 y art. 687 c. de co.); si bien el código civil de Cuba (art. 80) y el código de comercio de Colombia (art. 868) no contemplan esta posibilidad, podría aceptarse la extensión interpretando las expresiones utilizadas por ellos, << obligación asumida por un contrato o convenio >>, << contrato de ejecución diferida >>. Esta misma interpretación no sería procedente respecto del código argentino (art. 1198) que habla sólo de <<contratos bilaterales conmutativos>>⁷⁰⁸.

En cuanto a los contratos aleatorios, los códigos civiles de Bolivia (art. 583), de los estados mexicanos de Tamaulipas (art. 1773) y Jalisco (art. 1771), así como el código de comercio de Guatemala (art. 687), excluyen la aplicación del remedio. En cambio lo admiten de manera expresa los códigos de Argentina (art. 1198) y Perú (art. 1441-2) <<cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato >>. Los demás códigos nada dicen al respecto, pero puede llegarse a una conclusión similar a la de los códigos de Argentina y Perú en lo que respecta a Paraguay (c. c. art. 672), Cuba (c. c. art. 80), Guatemala (c. c. arts. 1330 y 1540) y Bolivia (c. de co. art. 802). Ahora bien, si se aceptan los postulados de fondo del remedio para la adaptación del contrato, no se observa porqué no haya de aplicarse a ciertos contratos aleatorios como el de renta vitalicia o el de seguro, cuando el transcurso del tiempo haya favorecido la configuración de los requisitos previstos en el modelo de base (arts. 1467 y 1468 c. c. italiano)⁷⁰⁹. En efecto, el tiempo no debe ser necesariamente un elemento estructural de los contratos a los que se aplica el remedio, este se aplica también en aquellos casos en que el tiempo resulta un factor meramente accidental (se trata de la relevancia causal del tiempo, cfr. *supra* **18** § 4. 4); pero es la que hemos llamado ‘relevancia causal del tiempo’ la que sí adquiere valor estructural para el mecanismo de la adaptación equitativa, por ello los códigos se refieren a la << ocurrencia de advenimientos >>, << alteración >> o << cambio >> de las condiciones o circunstancias, surgimiento de << acontecimientos >> o << circunstancias

momento de asunción de las obligaciones, sino a la interdependencia funcional de ellas (sinalagma funcional), es más técnico hablar de ‘contratos con prestaciones correspectivas’. De esta manera se supera una controversia que existe en la doctrina francesa y que existía en la del código italiano de 1865, reflejándose por consiguiente en los códigos latinoamericanos.

⁷⁰⁸ Sobre el punto vide J. MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, cit., n. 33.

⁷⁰⁹ El carácter aleatorio de un contrato predica estructuralmente la incertidumbre sobre la existencia o la entidad de una o de todas las prestaciones, lo que hace que las perturbaciones de valor de una de las prestaciones no sea en general relevante en los que se refiere a la causa que la haya generado (cfr. *supra* **18** § 4. 3), pero la generalización de tal irrelevancia no corresponde a una necesaria inevitabilidad de todo caso de excepción, y son precisamente tales casos de excepción los que han pretendido reglamentar los códigos de Argentina y Perú, singularizando la excepción a aquellos casos en que la causa que ha producido la perturbación del alea sea una causa totalmente incompatible al alea en sí misma considerada. Un ejemplo puede ser el siguiente: en una póliza dotal de seguro de vida la incertidumbre tomada en cuenta para fijar el monto de la prima ha sido el periodo de tiempo en que el tomador de la póliza tendrá que pagar tales primas antes que el beneficiario de la póliza pueda percibir la cantidad asegurada, lo que ambas partes han hecho depender a su vez de la incertidumbre de lo que puede ser la duración de la vida asegurada, pero ciertamente no han tenido en cuenta la incertidumbre de que esta última cantidad resulte exageradamente minimizada por una inflación imprevisible durante el tiempo en que el tomador estuvo pagando por primas sumas de dinero con alto valor adquisitivo, por no haberse manifestado ni haber sido previsible tal inflación para el momento de la celebración del contrato e incluso en ocasiones no siquiera durante todo el lapso pactado para cubrir las primas convenidas; a estas situaciones excepcionales se refieren los arts. 1198 y 1441-2 de los códigos civiles de Argentina y Perú respectivamente (<< causas extrañas al riesgo propio del contrato >>).

posteriores>> a la celebración del contrato, en otras palabras, la agravación o mengua de la obligación cuya ejecución se rehúsa o se pretende ajustar a las consecuencias de esos nuevos hechos, constituye presupuesto para la aplicación de la modificación equitativa por excesiva onerosidad. Naturalmente, no se aplica a las prestaciones que han sido ya cumplidas por cuanto se entiende respecto de ellas satisfecho el interés del acreedor.

Los eventos sobrevenidos deben ser extraordinarios e imprevisibles (art. 687 c. c. guat.; art. 1198 c. c. argen.; art. 581 c. c. y art. 802 c. de co. boliv.; art. 80 c. c. cuba; art. 1440 c. c. per.; art. 868 c. de co. col.), además debe tratarse de una *vis cui resisti non potest*, esto es, eventos inevitables (art. 1330 c. c. guat.). La imprevisión de que aquí se habla no debe ser confundida con aquella a que se refieren los códigos cuando dicen que el deudor contractual no queda obligado con su acreedor sino por las consecuencias de su incumplimiento que hayan sido previstas o que sean previsibles al tiempo de la celebración del contrato (art. 1274 c. c. ven.), pues si el deudor debiera entenderse en tal caso exonerado de una acción de cumplimiento en especie o por el equivalente no se plantearía siquiera la cuestión de la revisión del contrato. La imprevisión en el remedio para la adaptación está estrechamente ligada con el carácter extraordinario de los eventos, situación que no tiene que ver con la formación de la voluntad contractual sino más bien con la valoración de un criterio objetivo que permita excluir, por su falta de probabilidad, la consideración de tales eventos precisamente por su carácter extraordinario (cfr. *supra* 18 § 4. 1). Las teorías que explican el problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual realizan todas una generalización de los conceptos clásicos de *vis maior* y *casus fortuitus*, la causa extraña es sin duda no imputable, pero no hace realmente imposible el cumplimiento de la obligación, sino que impone al deudor una voluntad de cumplimiento desproporcionada con los fines perseguidos al momento de la celebración del contrato. Es por esto que fenómenos como la inflación monetaria o el alza en los precios de los materiales necesarios para cumplir la prestación, susceptibles en todo caso de romper el equilibrio inicial, son considerados meros impedimentos de naturaleza subjetiva no liberatoria, a menos que en la situación concreta, por desacostumbrados y extraordinarios, permitan entonces la revisión del contrato. Será el juez quien, en últimas, determine si los eventos sobrevenidos se configuran como extraordinarios e imprevisibles, y aquí se advierte siempre la preocupación de la doctrina por la intervención del juez en la adaptación contractual, un recurso jurídico de gran importancia, que debe ser utilizado con extrema cautela para no perturbar la seguridad jurídica⁷¹⁰.

⁷¹⁰ Cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Erro e teoria da imprevisão*, cit., 75; G. ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005, 139 ss. La desigualdad de las prestaciones debe ser mayúscula, la revisión se alimenta de principios de moral y equidad, tiende a recobrar la simetría de los contratos, la equivalencia de los deberes, evitando ruinas y enriquecimientos injustificados, pero al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta el principio o, mejor, el dictado de la firmeza y seguridad de los contratos. En este sentido, pensando en la exigencia de condiciones mínimas para que el juez pueda proceder a reajustar el contrato, cabe imaginar un patrón, análogamente a lo que ocurre con la lesión en los sistemas 'objetivos', con todas sus deficiencias, a fin de no caer en la discrecionalidad judicial: así con precisión, F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, cit., 25. La recepción de la, en general, teoría de la imprevisión en el sistema latinoamericano, seguirá percibiéndose con temor mientras no se posea una absoluta confianza en la idoneidad técnica y corrección moral de los miembros del Poder Judicial.

Al igual que en el modelo de base (art. 1467 c. c. ital.), los eventos sobrevenidos, además de extraordinarios e imprevisibles, deben haber provocado que el cumplimiento de la obligación de quien pide la revisión se haya hecho << excesivamente oneroso >> (art. 1198 c. c. arg.; art. 802 c. de co. bol.; art. 672 c. c. par.; art. 80 c. c. cuba; art. 1440 c. c. per.; art. 868 c. de co. col.), o bien, << demasiado oneroso >> (art. 1330 c. c. guat.). De la noción de ‘excesiva onerosidad’ nos hemos ocupado atrás, valgan tan solo algunas consideraciones para reiterar lo afirmado. Para disminuir el riesgo de perturbar la seguridad jurídica, a la noción de ‘onerosidad’ se dio el calificativo de ‘excesiva’. Atrás señalamos que la excesiva onerosidad se refiere, en rigor, a una ‘dificultad relevante para el cumplimiento’, pero no a la mera dificultad económica o insuficiencia patrimonial del deudor, así como tampoco a la simple mengua de la utilidad que se podía esperar del contrato; la onerosidad excesiva, mayúscula o desproporcionada debe acarrear una pérdida patrimonial que está fuera de los límites razonables considerada su causa externa, sobrevenida y extraordinaria⁷¹¹. Por esto, el análisis es más complejo, deben tenerse en cuenta los criterios técnicos con los que el deudor ha conducido y conduce su patrimonio, en el caso y la actividad concretos, con atención a las condiciones generales de la economía⁷¹². La excesiva onerosidad no debe determinarse exclusivamente en vista de las obligaciones principales, sino teniendo en cuenta todo el programa contractual incluidas las obligaciones accesorias; en los contratos unilaterales se determinará confrontando la prestación originaria con la que se debe en el momento del cumplimiento. Acorde con lo anterior, se requiere igualmente que sea superada el ‘alea normal’ del contrato. A este criterio complementario también nos hemos referido al tratar el modelo de base (cfr. *supra* 18 § 4. 3), valga también aquí una consideración reiterativa. Todo contrato en que hay una previsión del futuro envuelve por su naturaleza un alea, y sólo si esa alea resultara anormal durante el curso de la relación, en la medida de tal anormalidad el sistema latinoamericano reconoce que cabe verificar la pretensión para revisar el contrato (arts. 581 c. c. bol.; 802 c. de co. bol.; 687 c. de co. guat.; 672 c. c. par.)⁷¹³.

⁷¹¹ En efecto, << no es que el deudor se vea en imposibilidad de cumplir, es que el cumplimiento le resulta muy oneroso, no hay una impossibilitas, sino una difficultas, dificultad de ejecución que se conjuga con la falta de equidad >>: F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, cit., 25.

⁷¹² << La excesiva onerosidad debe evaluarse considerando la entidad de cambio de valores iniciales de las prestaciones y el valor de ella en el momento del cumplimiento asumiendo el signo monetario como unidad de medida, teniendo en cuenta el alea normal del riesgo del tipo contractual que se trate. Esta es una apreciación ontológica económica que al juez compete realizar según su sano juicio y prudencia, que debe caracterizarse por su objetividad y apreciación ‘in concreto’ según las circunstancias del caso >>: G. ORDOQUI CASTILLA, *Teoría de la imprevisión*, Antor Ed., Montevideo, 1986, 446. Para E. ABATTI, *Teoría de la imprevisión. Novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214/02 y 320/02. La “acción directa por reajuste”: su admisibilidad*, Astrea Ed., Buenos Aires, 2002, 5 ss. deben considerarse: << nexo del hecho con la situación; carácter extraordinario imprevisto, insuperable (exigencia implícita de interpretación), esto es, que supere lo que las partes hubieren podido prever obrando con cuidado y previsión, adecuados subjetivamente a la diligencia normal de cualquier persona o a la propia de una persona especializada, cuando actúa en asuntos de su peculiaridad; gravedad de la onerosidad y relación de todas estas condiciones nuevas con las existentes al darse el contrato y con el resultado que devengará conforme a la resolución o reajuste que se disponga judicialmente >>.

⁷¹³ En algunos códigos no se dice nada expresamente (arts. 1198 c. c. arg.; 1330 c. c. guat.; 80 c. c. cuba; 868 c. de co. col.), pero la doctrina exige siempre el requisito: cfr. *ex multis* F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, cit., 29; C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil*, vol. I, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1998, 424; J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, (reimpresión) Rubinzal Culzoni Ed., Buenos Aires, 2003, 240; A. PINTO MONTEIRO, *Erro e teoria da imprevisão*, cit., 74 ss.

Una vez concurran estos requisitos, si bien la prioridad lógica la debería tener la adaptación, los códigos reconocen primero la resolución del contrato con efectos *ex nunc* (arts. 1198 c. c. arg.; 581 c. c. bol.; 802 c. de co. bol.; 672 c. c. par.; 478 c. c. bras.; de << terminación de la obligación a cargo de la parte lesionada >> habla el art. 687 c. de co. guat.; de << rescisión de la obligación >> el art. 80 c. c. cuba), que podrá ser evitada si la parte demandada ofrece la modificación equitativa de la prestación excesivamente onerosa (arts. 802 c. de co. bol.; 672 c. c. par.; de << modificación equitativa de las condiciones >> habla el art. 479 c. c. bras.). Sin embargo, la parte lesionada por la excesiva onerosidad, en lugar de demandar la resolución, puede, según algunos códigos, pedir directamente la reducción de su propia prestación o también el aumento de la correlativa prestación de su contraparte a fin de que << cese la excesiva onerosidad >> (art. 1440 c. c. per.). Esta posibilidad aparece como principal (acorde con la prioridad lógica) en los arts. 1440 c. c. per., 1330 c. c. guat., y 868 c. de co. col., para los cuales la resolución o terminación del contrato es un remedio subsidiario, aplicable únicamente en el caso que, por la naturaleza del contrato o a solicitud de la parte demandada, y ante la comprobación de no ser posible el reajuste del contrato, el juez aprecie como remedio más adecuado la resolución o terminación del contrato.

En el contrato unilateral, cuando la prestación del único obligado se haya hecho excesivamente onerosa, unos códigos procuran al deudor la acción para pedir la reducción o la modificación equitativa de la obligación (arts. 582 c. c. bol.; 672 c. c. par.; 1442 c. c. per.), mientras que otros códigos no dicen nada al respecto, pero de su redacción podría interpretarse la procedencia del remedio (arts. 1330 c. c. guat.; 80 c. c. cuba). A la misma solución no puede llegarse en el código argentino que se refiere expresamente tan solo a los contratos bilaterales (art. 1198), y no resulta clara la aplicación del remedio al contrato unilateral en los códigos de comercio de Bolivia (art. 802) y Colombia (art. 868).

La interpretación de todas estas normas legales no deja de suscitar problemas en su aplicación práctica, acá se duplican las consideraciones y las dudas de la doctrina italiana, si nos referimos a la resolución, cabe preguntarse ¿Quién debe ser la parte legitimada? ¿sólo el deudor o incluso el acreedor de la relación bilateral cuando el cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de la celebración del contrato haga que su prestación recíproca ya cumplida pueda apreciarse como excesivamente onerosa respecto de la recíproca obligación que ahora debe satisfacerle su deudor?⁷¹⁴ ¿Puede la parte afectada por la excesiva onerosidad rehusar el cumplimiento de su prestación antes de actuar judicialmente o debe esperar primero la declaración judicial?⁷¹⁵ De proceder la resolución, ¿cómo debe regularse la restitución de quien ya cumplió la prestación? O la cuestión de fondo, ¿cuáles los poderes efectivos de la intervención judicial? Frente a la rigidez de las disposiciones legislativas, en todo esto los principios contenidos en la problemática resaltan como factor de unidad y homogeneidad, en efecto, la cuestión radica fundamentalmente en la actuación de la buena fe y la equidad, cuya entidad comporta la aplicación de principios de solidaridad y cooperación entre las partes, también está presente el eco del enriquecimiento sin causa, del *favor debitoris*, en fin, de la *remissio* o *reductio ad aequitatem* por incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual.

⁷¹⁴ Cfr. G. ORDOQUI CASTILLA, *Teoría de la imprevisión*, cit., 427.

⁷¹⁵ Cfr. TARTAGLIA, op. cit., 170.

24. Perspectivas para el reconocimiento de una excesiva onerosidad sobrevenida en la deuda pública latinoamericana. El caso Colombia.-

No se trata aquí de razonar en toda su dimensión sobre un tema que, sin duda, requiere un estudio amplio y detallado considerada su complejidad y la extensión de la doctrina al respecto, nos proponemos tan solo señalar algunos comentarios en aras de plantear una perspectiva para individualizar una posible excesiva onerosidad sobrevenida de la deuda externa colombiana. El argumento de partida es paradójico, el endeudamiento externo ha tenido como objetivo financiar el desarrollo, pero curiosamente hoy en día el servicio de la deuda es el rubro más alto del presupuesto nacional y representa un 34% del PIB, un lastre insostenible que no promueve, sino que frena el desarrollo del país⁷¹⁶.

La llamada Paz Británica puso fin a la primera guerra mundial, y a finales de la segunda década del siglo XX los Estados Unidos serían ya una nación acreedora y Nueva York se convertiría en un centro financiero dominante. Dentro de este contexto se producirían nuevas oleadas de capital internacional en las que Colombia asumiría una posición destacada en la tabla de deudores internacionales de América Latina. Se abrirían tres décadas en las cuales se reiteraría el ciclo de auge y receso en la exportación de capitales, seguido por un largo proceso de renegociaciones de la deuda el cual se extendería hasta el medio siglo.

¿Cuál fue la participación de Colombia en el auge crediticio de finales del siglo XIX, y cuál su suerte después de la crisis financiera? La entonces Gran Colombia fue el primer país de América Latina en recibir un préstamo -£2 millones- de los banqueros privados de Londres a principios del auge crediticio en 1822. Posteriormente, en 1824, la Gran Colombia sacó avante un préstamo por £4.75 millones, el más grande recibido por una nación latinoamericana, y el segundo en tamaño -después de Dinamarca- contratado por nación alguna durante el período 1821-1825. Las dos operaciones fueron seriamente motivadas por el imperativo de consolidar la independencia de España (En 1825, el 75% de los gastos del gobierno de la Gran Colombia se destinó a objetivos militares⁷¹⁷). De aquí el que las deudas acumuladas por la Gran Colombia fueran típicamente deudas de guerra. El acceso al financiamiento internacional fue facilitado por razones de política internacional; de hecho, la Gran Bretaña reconoció formalmente la independencia de los nuevos estados latinoamericanos en 1824 cuando las campañas militares aún no habían concluido (El reconocimiento británico fue anticipado por una decisión similar adoptada por los Estados Unidos en 1822, cuando este país reconoció la independencia de la Gran Colombia⁷¹⁸).

⁷¹⁶ La historia de la deuda externa de los países en vía de desarrollo – y concretamente de los países latinoamericanos- es una historia triste, en ella ha vuelto a sobresalir, como en los viejos tiempos del imperialismo militar u político, la prepotencia de los poderosos sobre la debilidad de los deudores. No solo se ha ignorado la justicia social internacional, sino que además se ha transgredido la justicia conmutativa, la de las igualdades matemáticas, la del << *do ut des* >> quirritario: así R. CALDERA, *Deuda externa de América Latina: Desafío a los juristas*, en *Debito internazionale. Principi generali del diritto* (a cura de Sandro Schipani), Padova, 1995, 13.

⁷¹⁷ Vide *amplius* J. A. OCAMPO, *Historia económica de Colombia*, Fedesarrollo, Bogotá, 1987, 114.

⁷¹⁸ Sobre el punto cfr. F. DAWSON, *The first Latin American debt crisis. The City of London and the 1822-25 loan bubble*, Yale Univ. Press, New Haven – London, 1990, cap. 4 y 5.

En 1832 la Gran Colombia se dividió en las tres naciones actuales, Ecuador, Venezuela y Colombia. En 1834 la deuda externa total ascendía a £9.8 millones de los cuales £3.2 millones correspondían a intereses atrasados. A la nueva República de Colombia se le adscribió el 50% del total adeudado, a Venezuela el 28% y a Ecuador el 22%. Esta reasignación de las responsabilidades de la deuda estuvo seguida por una moratoria completa sobre los pagos de intereses hasta 1841 cuando Venezuela firmó un acuerdo con sus acreedores. Colombia hizo lo mismo en 1845, y Ecuador también pero sólo hasta 1855 (A estos acuerdos siguieron varias suspensiones y renegociaciones durante los 1840 y 1850. Venezuela entró en moratoria en 1847, y aunque se materializaron arreglos y pagos transitorios en 1851, un acuerdo global no se logró hasta 1859. Ecuador honró su acuerdo de 1855 hasta una nueva suspensión de pagos en 1868. Colombia respetó puntualmente los pagos después de la firma de la convención Powles - Ordóñez en 1845. Con motivo de dificultades financieras gubernamentales en 1848-49, Colombia ofreció a sus acreedores Cédulas de Tesorería a cambio de los cupones de intereses que debían retirarse en dichos años. Los pagos de intereses fueron suspendidos entre 1851 y 1854, pero en 1855 los acreedores británicos aceptaron bonos peruanos, entonces en manos de la Tesorería colombiana, a cambio de los cupones de intereses que no se habían cancelado entre 1850 y 1853. Finalmente, en 1861 se firmó un nuevo acuerdo con el nombre de Convención de París, el cual estableció que la deuda colombiana era de £7.4 millones, y determinó nuevas condiciones para el restablecimiento del servicio de la deuda⁷¹⁹).

Ahora bien, está claro que a comienzos del siglo XX Colombia había heredado ya una deuda pública externa significativa⁷²⁰ resultante de los empréstitos contratados a través de bonos desde la independencia; además de obligaciones internas derivadas de colocaciones de bonos, así como de un inmenso retraso en el pago de obligaciones con contratistas del gobierno, cuyo listado fue motivo de justificación de una reforma fiscal por parte de Reyes al Congreso (Ley 59 de 1905). Hasta los años veinte desde cuándo se tiene información continua sobre la deuda del gobierno se conoce que en 1911 el gobierno aprobó el Convenio Holguín - Averbury sobre la deuda externa republicana y que esta, al igual que la deuda interna, se sirvió continuamente desde la administración Reyes. A finales del segundo decenio y comienzos de los años veinte se dio un proceso de significativo endeudamiento interno del gobierno. Otros grandes episodios de endeudamiento se dieron en los veinte con la contratación de deuda externa, en los treinta con la moratoria, a partir de los sesenta con el crédito multilateral, en los setenta con el crédito de la banca comercial internacional, en los ochenta con la crisis de la deuda latinoamericana y a partir de los noventa con el crecimiento sin precedentes de la deuda interna y externa.

La deuda del gobierno registró un período de crecimiento durante la segunda mitad de los años veinte y a lo largo de los treinta. Si bien el endeudamiento externo se originó en los veinte, las decisiones de no atender las amortizaciones, la capitalización de intereses y la posterior moratoria, junto con los créditos del banco central al gobierno, incrementaron la deuda. Luego de un período de reducción del endeudamiento que se prolongó hasta fines de los cincuenta, el endeudamiento registró un auge durante los sesentas y comienzos de los setenta. El ajuste del endeudamiento durante la administración Lopez Michelsen (1974 - 1978) fue sucedida por un nuevo

⁷¹⁹ Cfr. *The Council of Foreign Bondholders (CFB), Annual Report*, London, 1938, 173 ss.

⁷²⁰ Aquí seguimos de cerca las consideraciones de R. JUNGUITO, *La deuda externa del siglo XIX: Cien años de incumplimiento*, TM Editores, Bogotá, 1995.

endeudamiento durante la administración Turbay (1978 - 1982), lo que se constituyó en una nueva ola de endeudamiento público. Luego de la etapa de ajuste bajo las administraciones Betancur (1982 - 1986), Barco (1986 - 1990) y Gaviria (1990 - 1994), se inició desde mediados de los noventa un proceso de endeudamiento sin precedentes en el siglo que ha conducido a niveles superiores al 50% del PIB, después de tener niveles promedio de alrededor del 10% del PIB por setenta años. Los esfuerzos recientes por generar un superávit primario que establezca la deuda a mediano plazo apenas comienzan a evidenciarse.

El aspecto más destacable del comportamiento de la deuda pública del gobierno, según sus componentes de deuda interna y externa, es que han tenido desde los años veinte no solo una importancia relativa similar, sino que sus fluctuaciones a lo largo del siglo se han dado simultáneamente. Es cierto, no obstante, que el endeudamiento externo tendió a adquirir cierta predominancia en los años sesentas con el acceso a créditos de entidades multilaterales y en los setenta y ochenta con la apertura al crédito internacional privado. Sobre el endeudamiento interno cabe destacar que ha tenido tres componentes principales, con cambio de importancia relativa a través del tiempo: créditos con emisión del banco central, que fueron significativos en la guerra de los mil días y en períodos de dificultades de acceso al crédito externo, bonos forzosos y/o subsidiados y colocación voluntaria de deuda interna. Desde comienzos de los noventa se abrió paso el crédito interno luego del desarrollo del mercado de los Títulos de Tesorería (TES) y de inversionistas institucionales como los bancos y los fondos privados de pensiones.

A finales de la década de los noventa, las crisis económicas sufridas por estos países llevaron a aumentos significativos en su déficit fiscal lo que implicó también incrementos en sus niveles de endeudamiento, que habían disminuido después de grandes picos durante la crisis de la deuda en los ochenta. La deuda externa colombiana aumentó considerablemente en la primera mitad de los años ochenta, pasando de US\$4.600 millones (14% del PIB) en 1980 a más de US\$13.000 millones (32% del PIB) en 1987. Ese aumento se financió a través de préstamos con bancos extranjeros (que pasaron del 5% del PIB en 1980 al 12% en 1985) y préstamos con instituciones multilaterales (que pasaron de menos del 10% del PIB en 1980 al 15% en 1987). En la década de 1990 los préstamos con bancos extranjeros fueron perdiendo importancia y para 2004 representaban sólo el 8% de la deuda externa; esta disminución fue compensada por una mayor deuda en bonos, que se elevó de menos del 1% de la deuda externa en 1986 al 50% en 2004. El canje de los préstamos extranjeros por bonos no fue tan drástico como en otros países de América Latina, ya que Colombia no suspendió el pago de sus préstamos y por lo tanto no participó en la operación de canje por bonos Brady. Gracias al crecimiento económico, el porcentaje de la deuda externa sobre el PIB empezó a disminuir en 1990 (su valor en dólares se mantuvo más o menos constante hasta 1995) hasta alcanzar un mínimo del 15% en 1997. El incremento posterior de la deuda externa (que volvió a elevar dicha deuda al 27% del PIB) se financió principalmente con la emisión de bonos extranjeros (que pasaron del 4% del PIB en 1997 al 13% en 2004). Si bien la relación deuda externa / PIB se estabilizó después de 2001, la deuda interna siguió creciendo durante el período 1995–2004 (pasando del 11% del PIB en 1995 a más del 30% en 2004). Durante el período 1995–2002 Colombia incrementó considerablemente la porción de deuda interna emitida en moneda extranjera, que se elevó del 14% al 29% de la deuda interna total. Sin embargo, a partir de 2003 esta tendencia se invirtió. Por lo tanto, si bien la deuda externa estaba

sustituyendo a la deuda interna, la moneda de denominación de la deuda nacional no varió significativamente durante el período observado, y la porción de deuda en moneda extranjera se mantuvo más o menos constante, rondando el 60% de la deuda total⁷²¹.

Ahora bien, el nivel de endeudamiento público colombiano a diciembre de 2002 era relativamente menor al de países como Brasil, Argentina y Uruguay; esto no quiere decir, sin embargo, que nuestro nivel de deuda sea sostenible, ya que estudios recientes han mostrado que los niveles actuales son fiscalmente inviables⁷²². En efecto, la deuda externa de Colombia alcanza hoy alrededor de los cuarenta y cinco mil millones de dólares, y el servicio de ella tiene asignados en el presupuesto nacional para el 2009 la suma de treinta y seis billones de pesos, constituyendo el rubro más alto de asignación presupuestal. No se trata acá de entrar en el complejo ámbito de la política fiscal, eso lo dejamos a los especialistas, nos interesa, luego de algunas consideraciones históricas, entrar a establecer la posibilidad de una configuración de los requisitos exigidos en el derecho privado para la *reductio ad aequitatem*, en ámbito de la deuda externa colombiana. El cumplimiento en los pagos de la deuda se prolonga en el tiempo, y durante el transcurso del tiempo nuevas circunstancias o el agravarse de algunas ya existentes, pueden dificultar las condiciones económicas para el cumplimiento de los pagos. La contratación de deuda pública, aunque particular, en general tiene el vestido del contrato de mutuo, y al margen de la extraordinariedad o la imprevisión de los eventos, en estos casos la característica fundamental de las circunstancias es más bien la irresistibilidad. En efecto, se ha dicho que la deuda externa en Colombia es actualmente insostenible, y la actual crisis económica mundial no favorece el panorama.

Pero vamos más allá, la deuda externa ha tenido como objetivo reciente estimular el desarrollo de los países del llamado Tercer Mundo (que mejor se deben llamar ‘en vía de desarrollo’) y en particular de América Latina, pero en realidad las cosas no han salido como previstas, y ello porque los periodos de crisis mundiales económicas y bélicas han interferido en las condiciones iniciales de la contratación de la deuda, deprimiendo aún más las economías de estos países e impidiéndoles cumplir con los pagos que, por lo demás, considerados los intereses de mora, se llevan gran parte del presupuesto nacional, todo lo que se resume en menos gasto público social y, por ende, menos desarrollo y menos riqueza, en últimas, más dificultades para el pago de la deuda. Se trata de un círculo vicioso al que resulta necesario poner un fin. Si se observa el caso colombiano, se evidencia que la intensificación del conflicto armado en los últimos diez años, y del narcotráfico y el crimen organizado ligado a éste, son eventos que por su característica y modalidades inciden con gravedad sobre el gasto público pues combatirlos requiere grandes porcentajes del presupuesto, y junto al servicio de la deuda constituye también uno de los rubros más altos. Ahora bien, el conflicto armado colombiano y el problema del narcotráfico no son circunstancias nuevas, sin embargo, su sobrevenido agravamiento asume las condiciones de irresistibilidad de la *vis*, una fuerza que hace presión sobre el Estado generando gastos fuera de lo ordinario y debilitando las condiciones económicas del país. Sin duda, estas circunstancias no constituyen una mera *difficultas* para el país deudor, son dificultades relevantes en el

⁷²¹ Vide *amplius* E. BORENSZTEIN, E. LEVY YEYATI, U. PANIZZA (coordinadores), *Vivir con deuda. Cómo contener los riesgos del endeudamiento público. Progreso económico y social en América Latina*. (Informe 2007), Banco Interamericano de Desarrollo – David Rockefeller Center for Latin American Studies- Harvard University, New York – Cambridge, 2007, 301 ss.

⁷²² Cfr. S. CLAVIJO, *Política fiscal y Estado en Colombia*, Banco de la República, 1998; H. MORA, *Assesing fiscal sustainability with alternative methodologies*, Mimeo, FLAR, 2004.

caso concreto, extrañas al modelo de préstamo constitutivo de deuda externa, además, son eventos que no pueden imputarse a la responsabilidad del país precisamente por su grave incidencia sobre los derechos humanos y por el agente ilegítimo productor de la ofensa. Esta realidad incide sobre la normalidad de las posibilidades de una correcta ejecución de los pagos de la deuda, tal realidad no puede, en rigor, imputarse al país, ya que eso sería condenar una entera nación por los pecados de unos cuantos criminales. La realidad social actual en Colombia asume condiciones de problema humanitario, se recuerde tan solo el drama del desplazamiento forzoso (más de dos millones de personas), los altos índices de marginalidad y la necesidad urgente de grandes planes de educación y salud. En una situación como la colombiana hoy, un servicio de la deuda externa que compromete más del 34% del PIB es realmente dramático, de esta manera, al desarrollo anhelado se sustituye el eterno pago de la deuda. Ahora bien, la cuestión evidentemente supera el ámbito de la estructura privada de los mecanismos de (re) equilibrio, sin embargo, no supera los principios contenidos en ellos, la *humanitas*, la buena fe, la equidad, el *favor debitoris*, la solidaridad y la colaboración, los límites justos para la exigibilidad de la prestación y el esfuerzo del deudor, en fin, la posibilidad de *remissio* o *reductio ad aequitatem*, esta vez, con fines de *aequare libertatem*.

El hecho de existir un sistema jurídico común a los países de América Latina, y que ese sistema esté informado por unos principios generales que debido a su naturaleza propenden por un *ius* cierto y real, es argumento valioso para considerar el problema de la deuda externa de algunos países latinoamericanos, esto es, la idea de confrontar la situación real y su incidencia en la deuda, con los principios generales de nuestro sistema jurídico y, por qué no, solicitar a la Corte Internacional de Justicia un parecer al respecto. El tema es recurrente, desde los años ochentas la doctrina latinoamericana ha venido haciendo mención a dicha posibilidad, han sido los civilistas y especialmente los romanistas quienes han impulsado la idea, de la mano de los colegas italianos Schipani y Catalano cuyo empeño es más que emblemático.

Ciertamente la deuda externa de nuestros países inició a causa de los procesos de Independencia y el dinero en ellos invertido, pero allí se trataba de la búsqueda de la libertad (*utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur*, Ulpiano libro primo *institutionum*. D. 1, 1, 4), luego el motivo fue la promesa del desarrollo dulcemente ofrecida por los países acreedores, de modo que a casi 200 años de deuda resulta importante revisar el proceso y las condiciones actuales del mismo; es por todos conocido que el llamado servicio de la deuda de nuestros países se devora poco más de la mitad de los ingresos corrientes nacionales y el afán de los gobiernos por estar al día en los pagos hace que se soliciten más créditos de lo que resulta otro círculo vicioso que genera al final más deuda. Así, principios generales de nuestro sistema como el *rebus sic stantibus*, *bona fides*, *aequitas*, *favor debitoris*, *favor libertatis*, *laesio enormis*, la prohibición de usura, entre otros arriba señalados, llaman la atención alrededor de una urgente revisión del asunto, reto innegable para los juristas⁷²³.

En relación con esto, se resalta la ley italiana n. 209 de 2000 que trata sobre medidas para la reducción de la deuda externa de otros países hacia Italia, en especial aquellos países con la más baja renta y mayormente endeudados, el artículo 7 concluye:

⁷²³ La vicisitud de la deuda le habría tomado ventaja a los principios generales afirma S. SCHIPANI, *Problemi giuridici del debito internazionale dei PVS*, Relazione svolta al Congresso organizzato dalle Conferenze Episcopali Europee, Roma, luglio 2003, 11.

<< Il Governo, nell'ambito delle istituzioni internazionali competenti, propone l'avvio delle procedure necessarie per la richiesta di parere alla Corte Internazionale di Giustizia sulla coerenza tra le regole internazionali che disciplinano il debito estero dei Paesi in via di sviluppo e il quadro dei principi generali del diritto e dei diritti dell'uomo e dei popoli >>.

La norma se refiere a la coherencia de las disposiciones que regulan la deuda externa con los principios generales del derecho, pero no se detiene allí, habla también de los derechos del hombre y de los pueblos, razón fundamental en estos casos para la aplicación de la *remissio* o la *reductio* de la deuda, para procurar un *aequare libertatem*. Se trata del reclamo de una realidad, si bien el parecer de la Corte Internacional no tiene el efecto de crear los principios, sí puede reconocerlos autorizadamente, el reto corresponde entonces a los juristas para que con su *iurisprudencia* continúen la noble tarea y el incansable empeño de reclamar un derecho justo⁷²⁴.

⁷²⁴ Cfr. S. SCHIPANI, *Problemi giuridici del debito internazionale dei PVS*, cit., 14.

VI

Imposibilidad en el *common law* inglés y norteamericano

Sumario: **25. Common law** inglés. La *frustration of contract*. § 1. *Frustration*. Formación de la doctrina. § 2. Fundamento teórico de la doctrina. § 3. *Implied term theory*. § 4. *Just and reasonable solution theory*. § 5. *Foundation of contract theory*. § 6. *Radical change in the obligation. The ‘Construction Theory’*. § 7. Efectos de la aplicación de la *doctrine of frustration*. § 8. Límites de la jurisprudencia a la aplicación de la *doctrine of frustration of contract*. **26. Common Law** norteamericano. *Impossibility* y su evolución mediante la *doctrine of impracticability*. § 1. *Discharge by impossibility*. § 2. *Commercial impracticability*. § 3. Ampliación de la imposibilidad sobrevenida: la *doctrine of commercial impracticability*. § 4. De la *impossibility* a la *commercial impracticability*: el criterio subjetivo de imposibilidad económica. § 5. La codificación de las *doctrines* en el *UCC*. ¿La autonomía de la *commercial impracticability*? § 6. El criterio objetivo de la *impossibility*. El criterio subjetivo de la *commercial impracticability*. El *agreed performance* y la determinación de las *basic assumptions*. Previsión/imprevisión y relevancia del silencio de las partes. § 7. No imputabilidad del evento al deudor de la prestación. § 8. *Frustration of purpose*. § 9. Efectos del *discharge*, resarcimiento del daño, revisión judicial del contrato y criterio del *superior risk bearer*.

25. *Common law* inglés. La *frustration of contract*.-

§ 1. *Frustration*. Formación de la doctrina.-

La característica general del *common law* en materia de gestión del contrato en curso de ejecución es, según la interpretación tradicional, el respeto formal y casi absoluto de la obligatoriedad del contrato; tal respeto se ha manifestado comúnmente no solo con relación al cambio del valor económico de las prestaciones o de una de ellas - y por ende a la distribución del riesgo económico por el aumento desproporcionado de la diferencia de valor-, sino también en relación con la imposibilidad sobrevenida de ejecutarlas⁷²⁵. De esto puede entonces afirmarse – y se procurará en las páginas que siguen- que en el *common law* la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, tienen el mismo tratamiento doctrinal en la modificación del contrato, ya que los mecanismos de tutela contra la supervención contractual tienen origen en precedentes jurisprudenciales comunes, y, en realidad, el criterio usado parte de una aplicación extensiva de los mecanismos previstos para regular los efectos de la imposibilidad en general.

En el derecho contractual inglés, el cumplimiento o *performance* es el modo natural u ordinario mediante el cual el deudor se libera de su obligación; en relación con ello, el cumplimiento de las prestaciones recíprocas de las partes extingue fisiológicamente el

⁷²⁵ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, 170.

contrato⁷²⁶. En caso de *bilateral contract*, que nos interesa en esta investigación, y que está constituido por el intercambio de promesas recíprocas entre las partes (*a promise for a promise*), sólo el cumplimiento de ambas prestaciones pone fin a la relación contractual (*Sale of Goods Act 1979*, sec. 28; *Morton v. Lamb* (1797) 7 T.R. 125). Pero la regla admite excepciones, siempre que hayan sido expresamente convenidas por las partes, perdiendo así el derecho a la *exceptio non adimpleti contractus* y conservando sólo la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño por incumplimiento. Al igual que en nuestro sistema, en el *common law* inglés para que el cumplimiento tenga eficacia liberatoria, debe ser completo y exacto (*Dixon v. Holdroyd* (1857) 7 E. & B. 903; *Parry v. Great Ship Co., Ltd.* (1864) 4 B. & S. 556).

Ahora bien, luego que las partes han celebrado el acuerdo y se han vinculado contractualmente, pueden de cierto presentarse eventos imprevistos e irresistibles no imputables al deudor y que hagan ilícito, imposible o inútil el cumplimiento de su prestación dentro del ámbito de las doctrinas de *frustration of contracts*. En este caso, de tiempo atrás tuvo prevalencia el pacífico principio en virtud del cual cada contratante estaba absolutamente vinculado a cumplir la propia obligación, la *sancity* del contrato (*rule as to absolute contract*), sin poder invocar como excusa para su cumplimiento algún tipo de circunstancia sobrevenida, siempre que sobre ella las partes no hubieran explícita y preventivamente acordado en el programa contractual las eventuales consecuencias. Esto resulta evidente en el sistema de *common law* ya que, dada su naturaleza avocada a los remedios, tiene como principal medio de tutela la ejecución por el equivalente, que por definición nunca es imposible, fijando así un principio mediante el cual la parte que cumple tiene derecho a la tutela incluso cuando el incumplimiento de la contraparte se debe a eventos sobrevenidos no imputables.

Un dato representativo de la aplicación de la regla de la intangibilidad del contrato en el sistema inglés⁷²⁷, se remonta a la conocida decisión en el caso *Paradine v. Jane* (1647) Aley 26, donde se estableció que un contratante queda vinculado a sus obligaciones incluso en caso de imposibilidad objetiva, en tanto que su liberación habría debido ser expresamente prevista en el contrato⁷²⁸. *Jane* era titular por 21 años de un arrendamiento (*lease*) sobre un predio de *Paradine*, éste demandó por el canon y *Jane* se defendió alegando no haber podido usufructuar el fundo por más de dos años, en cuanto el territorio donde estaba ubicado había sido invadido por las tropas del príncipe

⁷²⁶ Vide para una noción general G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, 369-385.

⁷²⁷ Para GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, 44, la importancia que ha tenido el caso se debería a una errada copia del texto hecha para una colección del siglo XIX, mientras que para la época de la decisión, el caso no habría tenido dicha importancia. La interpretación que hizo célebre el caso, se remonta a la edición de Sergeant Williams, publicada por primera vez en 1802 en una compilación de casos del s. XVII. Williams habría parafraseado el lenguaje usado en la relación de *Paradine* revisada por Aley, no se excluye, por tanto, la posibilidad de que la Kings Bench haya querido atribuir a la sentencia un significado distinto del que se le atribuyó en el s. XIX: cfr. E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, en *Contratto e impresa*, 2, Padova, 2006, 478. Por su parte J. W. WLADIS, *Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, en *75 Georgetown Law Journal*, 1987, 1575, sostiene que el caso *Paradine* no enuncia la regla de la absoluta obligatoriedad del contrato, y tal interpretación habría sido el fruto de un error de la jurisprudencia sucesiva que habría aplicado a los casos de imposibilidad una regla que, en la intención de la Corte que la emitió, habría al máximo establecido que la intervención de eventos sobrevenidos que el deudor habría tenido bajo su control, no justifica su incumplimiento, siempre que la prestación sea todavía posible.

⁷²⁸ E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine*, cit., 478.

Rupert enemigo del rey. Aunque el evento era del todo extraño a la esfera de control del *lessee*, la sentencia del *King's Bench* fue favorable al *lessor*, con base en consideraciones de carácter formal según las cuales las partes habrían podido incluir cláusulas para el tratamiento de los eventos sobrevenidos, por tanto, al deudor se le imputaba el hecho de no haber establecido nada preventivamente⁷²⁹. Es la manifestación de un principio rígido que pretende la capacidad de las partes en la previsión de todos los riesgos que puedan afectar el cumplimiento normal de la prestación, algo que en sí es imposible⁷³⁰. Si bien alguna doctrina ha justificado el principio⁷³¹, ésta concepción ha recibido la crítica de la doctrina moderna, ya que existe una limitada posibilidad humana de prever el futuro, por lo cual sería demasiado grave imponer al deudor una responsabilidad acorde con el contenido literal del contrato especialmente en caso de

⁷²⁹ El *King's Bench* estableció: << when a party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident or inevitable necessity, because he might have provided it by his contract >>.

⁷³⁰ Frente a la pretendida eficacia de la *sancity of contract* como principio general, existen indicios de que durante el medioevo y hasta el siglo XVIII, al menos el *act of God* habría representado un causa válida para excusarse del cumplimiento; el *act of God* es una circunstancia << which no human foresight can provide against, and of which human prudent is not bound to recognize the possibility >> (*Tennent vs. Glasgow* (1864) 2 Machph. 22); más detalles en P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, Milano, 1992, 27 ss., para quien los indicios pueden deducirse de la disciplina de antiguos institutos, elaborados en la primera fase de formación del *common law*, como por ejemplo el *bailment*, los acuerdos formales (*convenants*), la disciplina de la responsabilidad de los hoteleros (*innkeepers*), y el contrato de transporte (*common carriers*), en cuyo ámbito la imposibilidad sobrevenida a causa de *act of God* representó siempre una válida excusa para el cumplimiento. Cfr. PAGE, *The Development of Impossibility of Performance*, 18 Mich. Law Review, 1920, 589; WLADIS, *Common Law and Uncommon Events*, cit., 1575. Particularmente significativa es la disciplina del *bailment*, mediante el cual una persona (*bailor*) entrega un bien a otra (*bailee*) para una finalidad determinada, con la obligación de restituirla al *bailor* o a otra persona una vez alcanzada la finalidad, lo que en nuestro sistema se acerca al depósito o al comodato; el problema surge cuando el *bailee* no está ya en grado de restituir el bien como consecuencia de su deterioro o su destrucción que no le son imputables debido a un *act of God*, el *bailee* será liberado de la responsabilidad por incumplimiento, esa fue la neta decisión en el caso *William vs. Hide* (1624) Palmer, 548. Cfr. P. GALLO, *Deposito (diritto comparato)*, en *Digesto*, 4a ed. Torino, 1989, sez. civ. Un dato ulterior proviene del autor de la primera obra sobre el contrato en el *common law*, J. J. POWELL (1755?-1801), *Essay upon the Law of Contracts and Agreements*, New York-London, 1978 (reestampa a la ed. 1790), 466 ss., quien no dudaba en afirmar en términos generales cómo la imposibilidad sobrevenida de la prestación a causa de *act of God* representaba una válida excusa para enfrentar la responsabilidad por incumplimiento. La ausencia durante el medioevo en la tradición de *common law*, de decisiones en las que se hayan discutido cuestiones de imposibilidad sobrevenida, podría radicar en el hecho que la contratación en dicha época se habría basado fundamentalmente en *discrete transactions* de naturaleza real, en las que los problemas del desequilibrio sobrevenido no se plantearían (P. GALLO, op. cit., 32). Por otra parte, ésta noticia contrasta con la tradición medieval en el sistema de *civil law*, donde la *reductio ad aequitatem* fue instrumento central de la elaboración de la Escuela para el tratamiento de las patologías sobrevenidas, sin olvidar la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuya esencia no puede no verse en la reflexión de la corte en el caso *Atkinson vs. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, en el sentido de una cláusula implícita en el contrato para tratar los efectos de eventos sobrevenidos.

⁷³¹ << The alledged justification for this somewhat harsh principle is that a party to a contract can always guard against unforeseen contingencies by Express stipulations; but if he voluntarily undertakes an absolute and incondicional obligation he cannot complain merely because events turn out to his disadvantage >>: CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, 13 ed., London, 1996, 582. <<Events beyond a person's control do not excuse him from a contractual obligation if his performance is still possible >>: WLADIS, op cit., 1631.

eventos sobrevenidos⁷³². La progresiva mitigación de la regla en el *common law* está seguramente relacionada con el reconocimiento general de la figura del contrato consensual bilateral⁷³³.

No obstante la rigidez del principio, en 1809 la decisión en el caso *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, fijó la primera excepción a la regla, al establecer la liberación del deudor en un contrato de arrendamiento de nave a causa de la circunstancia sobrevenida de la declaración de guerra entre Inglaterra y uno de los países en cuyo puerto la nave debía ser cargada. La corte se basó en una interpretación extensiva de la regla complementaria según la cual puede excluirse la responsabilidad del deudor que incumple a causa de la supervención de eventos a él no imputables, mediante una cláusula que bien habría podido no ser expresamente convenida, pero que hace parte del contenido implícito del contrato⁷³⁴.

En 1863, la *Court of Queen's Bench* profirió una decisión en el caso *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826, que dio verdadero inicio al proceso de excepciones a la regla de la intangibilidad del contrato. La corte emitió una decisión con un razonamiento análogo al de 1809, pero en relación con una causa distinta de imposibilidad sobrevenida, la destrucción física del objeto de la prestación; *Caldwell* se había obligado a ceder en locación a *Taylor* por un cierto periodo de tiempo, un teatro con un jardín para organizar allí cuatro espectáculos musicales, sin embargo, el día anterior a la entrega del local, éste se destruyó a causa de un incendio del todo fortuito; *Taylor* demandó el resarcimiento de los daños, pero la sentencia le fue desfavorable con base en la consideración técnica según la cual en los contratos cuyo cumplimiento depende de la existencia permanente de una persona o una cosa, debe entenderse implícito en el pacto de resolución en caso de muerte de la persona o destrucción de la cosa⁷³⁵, moderando de ésta forma el rígido principio de la obligatoriedad del contrato, liberando al deudor en caso de objetiva imposibilidad sobrevenida de la prestación. Así, de ésta decisión la doctrina construyó el principio según el cual habiendo las partes *contemplated* la existencia permanente del teatro como *foundation* de su acuerdo, la destrucción del mismo libera al arrendatario de la responsabilidad por incumplimiento⁷³⁶. Se trata pues de una condición tácita (*implied condition*) inherente a la naturaleza del contrato. Esta interpretación ha llevado a establecer una distinción entre la *doctrine of impossibility* y aquella de la *frustration of consideration*, y a la necesidad de organizar dogmáticamente el ámbito de la supervención contractual; las dos doctrinas se encuentran separadas en el interior de la *frustration of contract*, y tienen en común que las dos acarrearán como consecuencia la *frustration*, ya que en ambas se tiene como imposible alcanzar la finalidad que las partes (o una de ellas) pretendían con el contrato. En la *impossibility*, la frustración proviene de una presunción absoluta: la imposibilidad de la prestación impide alcanzar la finalidad del contrato, y basta probarla; en cambio, la *frustration of consideration* debe probarse mediante una

⁷³² << To hold a promisor responsible to the literal terms of his bargain is frequently to impose a burden upon him which neither he nor the promisee had considered as a possibility >>: J. E. MURRAY, *Murray on Contracts*, 3rd ed., Charlottesville, 1990, 634.

⁷³³ Cfr. P. GALLO, op. ult. cit., 32.

⁷³⁴ G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 390.

⁷³⁵ Afirmó la corte: << in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance >>.

⁷³⁶ Cfr. J. E. MURRAY, *Murray on Contracts*, cit., 635.

operación hermenéutica de reconstrucción del contenido contractual y de la voluntad de las partes, lo que hace difícil su reconocimiento.

Se constata una diferencia fundamental entre la regla del caso *Paradine* y la del caso *Taylor*: mientras que el primero no tiene nada que ver con una prestación imposible y se desarrolló fue en virtud de demanda por el pago que una parte pretendía y la otra afirmaba no estar ya obligada a efectuar, la segunda tiene que ver efectivamente con la posibilidad de que una de las partes sea liberada del cumplimiento de la prestación que se hizo imposible⁷³⁷.

Con el tiempo, las excepciones se ampliaron, en contraste y derogatoria del principio precedente, dando paso a la llamada *doctrine of frustration*, según ésta doctrina, mientras de un lado se fijó la regla general por la cual, salvo la diversa voluntad de las partes, la relación contractual debe considerarse terminada en caso de que un evento sobrevenido no imputable al deudor haga ilícito, imposible o inútil su cumplimiento, por el otro se fueron delineando las hipótesis en las que dicho principio encontraba aplicación. En este sentido, la *doctrine of frustration* se entiende como la imposibilidad de realizar la finalidad del contrato a causa de la incidencia de eventos externos, marcando así la diferencia con el incumplimiento (*breach of contract*), que depende de la voluntad o de la culpa de una de las partes o de ambas, por lo que la *frustration* tendría la esencia en su independencia del comportamiento de las partes⁷³⁸.

No obstante, la jurisprudencia no ha delimitado claramente las reglas generales para establecer cuándo un contrato puede considerarse *frustrated* y por ello resoluble, dejando pues a la doctrina la tarea de enuclear las posibles fuentes de *frustration*, clasificadas por los autores unas veces en razón de su naturaleza, otras veces en relación con los contratos específicos de cada caso. De esta manera, la doctrina ha intentado diseñar una categoría general de excepciones a la regla de los *absolute contracts*, sin dejar de combinar la naturaleza de los eventos fuente de dicha excepción, con los efectos que ellos producen en el contrato; la excepción a la regla áurea se justifica en la *impossibility of performance* que se convierte así en causa de *frustration*, aunque no se haga distinción entre la *impossibility* y los otros *frustrating events*.

El principio expresado en el *leading case* de *Taylor v. Caldwell* se extendió sucesivamente en diversas direcciones que constituyen las especies de incumplimiento debido a circunstancias sobrevenidas (*instances of frustration*)⁷³⁹, dichas especies pueden clasificarse según la causa de la que depende el incumplimiento.

Causa de frustración es la ilicitud que, luego de celebrado el contrato, puede afectar el objeto de la prestación o su cumplimiento; no interesa la fuente de la ilicitud, ésta puede tener origen en una ley que prohíba la ejecución de una determinada prestación (*Denny, Mott and Dickson, Ltd. v. Fraser and Co. Ltd.* [1944] A.C. 265), o en un acto de *interference* de la administración pública, como por ejemplo la declaración de guerra que haga ilícita la relación con ciudadanos de un Estado enemigo (*Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co., Ltd.* [1918] A.C. 260). No es suficiente que la ilicitud sobrevenida recaiga sobre una prestación o la ejecución de una prestación que sea accesoria o

⁷³⁷ Cfr. G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 1994, 39; F. P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., 181 ss.

⁷³⁸ Así G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1989, 98 ss.

⁷³⁹ Un elenco de ejemplos en K. ZWEIFERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 2: Institutionen*, Tübingen, 1984 = *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti (E. Cigna [trad.]), Milano, 1995, 234 ss.

secundaria respecto de la función del contrato, por ello, la ilicitud debe afectar la raíz económica del contrato.

Otra causa de *frustration* es la destrucción material del objeto, que comprende también el deterioro o daño grave que cambie o entorpezca radicalmente la destinación originaria de la cosa; es el caso *Asfar and Co. v. Blundell* [1896] 2 K.B. 126, en el que una nave cargada con dátiles naufragó y luego fue recuperada la carga, pero ésta se había dañado hasta el punto de perder todos sus requisitos naturales y comerciales.

Es también causa de *frustration* la destrucción, imposibilidad de uso e indisponibilidad objetiva del medio considerado como necesario para el cumplimiento de la prestación; el *leading case* en esta ocasión es *Nickoll and Knight v. Ashton, Edridge and Co.* [1901] 2 K.B. 126, donde la venta de una carga de semillas de algodón egipcio, comprado con el pacto de ser cargado en una nave particular (*the steamship 'Orlando'*) y en un mes determinado (enero de 1900) en Alejandría, fue resuelta debido al naufragio de la nave en el mar Báltico en diciembre de 1899. También aquí los jueces hicieron referencia al caso *Taylor vs. Caldwell*, y a la interpretación según la cual el contrato tendría una condición tácita (*implied condition*), que el deudor se libera << *if performance becomes imposible by reason of the particular specified thing – that is, the steamship 'Orlando' - ceasing to exist as a cargo-carrying slip without the defendants default* >>. La corte analizó también si no resultaba inicuo trasladar exclusivamente sobre el adquirente el riesgo de la llegada a tiempo del '*Orlando*'; sin embargo, fue el alienante quien eligió la nave, y conociendo dónde se encontraba, la arrendó para transportar la mercancía⁷⁴⁰. De la sentencia se deduce como esencial que el medio que no fue posible utilizar para la finalidad establecida, haya sido fijado por las partes como el único apropiado para el cumplimiento⁷⁴¹.

En los contratos de prestación de servicios, la imposibilidad física del deudor para cumplir la prestación es igualmente causa de *frustration*. Así, un contrato *intuitu personae* se extingue por la muerte del deudor (*Whincup vs. Hughes* [1871] L.R. 6 C.P. 78), al igual que por una enfermedad que lo imposibilite para cumplir su prestación; la enfermedad puede ser temporal y no ser grave, como el caso de una pianista que se enferma temporalmente antes del concierto (*Robinson v. Davison* [1874], L.R. 9 Q.B. 462). La incapacidad debe pues impedir la ejecución de la prestación en la fecha establecida.

Una causa ulterior de resolución del contrato por *frustration* se observa en un *leading case* de 1903 (*Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740), uno de los llamados "*coronation cases*", en el que *Krell* había arrendado a *Henry* una habitación cuya ventana coincidía con vista a la avenida Pall Mall, por donde pasaría el desfile de coronación de Eduardo VII, lo que le habría permitido a *Henry* asistir al desfile, motivo determinante de su consentimiento, una parte del precio fue pagada al momento de la celebración del contrato y la parte restante se pagaría después de la ceremonia; ambos contratantes estaban de acuerdo con el motivo de la locación, pero ésta intención común no resultaba del contrato⁷⁴². El desfile fue aplazado debido a una enfermedad del

⁷⁴⁰ K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Introduzione*, II, cit., 234.

⁷⁴¹ En consecuencia, no hay lugar a *frustration* si las partes previeron otros medios secundarios para el cumplimiento, o si aquel que luego no fue posible emplear para el cumplimiento, haya sido considerado por ellas como el medio que con mayor probabilidad habría sido utilizado para la ejecución de la prestación (*Tsakiroglou and Co. Ltd. v. Noble Thorl G.m.b.H.* [1962] A.C. 93); CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 395.

⁷⁴² En el caso en cuestión, las partes, en el intercambio de declaraciones escritas, no habían indicado expresamente la finalidad del contrato (asistir al desfile de coronación), sin embargo, el tribunal sostuvo

soberano, y *Henry* se negó a pagar el precio, pero la acción del arrendador fue rechazada al considerar que el desfile de coronación había sido la ‘*foundation*’ del contrato⁷⁴³, y desaparecido ese ‘*particular state of things*’, se abrió paso la resolución⁷⁴⁴. A esto se habría llegado mediante la distinción entre *object* del contrato, y *motive* que determinó a las partes a celebrarlo; la cuestión de si la desaparición de uno u otro da lugar a *frustration* no siempre es clara⁷⁴⁵. De esta forma se admitía que la desaparición de los presupuestos o los fines para los cuales había sido concluido el contrato, daba lugar a su resolución por ‘*frustration of purposes*’, recordando nuevamente la interpretación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* y la problemática de la presuposición (*Voraussetzung*), doctrinas estas desarrolladas en la tradición de nuestro sistema (v. *supra* 9 y 10)⁷⁴⁶.

La interpretación extensiva del caso *Taylor v. Caldwell* en esta ocasión, admite pues el *discharge by frustration* por el hecho que el evento sobrevenido haya modificado el programa contractual, y, en particular, la posibilidad de realizar un específico *purpose* de una de las partes que, con base a las *surrounding circumstances*, se constituye la base o fundamento del contrato (cfr. *supra* 11)⁷⁴⁷.

No obstante este planteamiento de la cuestión, en doctrina se ha señalado que, a pesar de ser numerosos los casos en los que se pretendió acudir al precedente *Krell v. Henry* para obtener la resolución del contrato, las decisiones han sido pocas veces favorables⁷⁴⁸. En otro de los ‘*coronation cases*’, se sostuvo en cambio que la eficacia del contrato no se afectaba por el hecho de no celebrarse la coronación (*Herne Bay Steamboat v. Hutton*, (1903) 2 K.B. 683); así, la eficacia resolutoria de la no comprobación de la presuposición puede excluirse cuando ésta última no sea común a las partes, o, siéndolo, no tenga el carácter de *conditio sine qua non* para la vida y la economía de la relación contractual⁷⁴⁹. *Hutton* había tomado en arriendo por los días 28 y 29 de junio de 1902 una barca de la sociedad demandante, con el fin de realizar junto con otras personas un crucero durante el cual se habría podido ver la parada militar de la

que podía tener en consideración circunstancias externas al contrato para individuar así el fundamento del mismo (revelar la *foundation of contract*): cfr. K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Introduzione*, II, cit., 235.

⁷⁴³ Para la corte, la regla del *leading case Taylor vs. Caldwell* debía aplicarse no solo en el caso << where the performance of the contract becomes imposible by the cessation of the existence of the thing which is the subject-matter of the contract, but also in cases where the event which renders the contract incapable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance >>.

⁷⁴⁴ Cfr. M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, 58.

⁷⁴⁵ CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, cit., 588.

⁷⁴⁶ El caso *Krell v. Henry* es la más evidente concretización histórica del clásico ejemplo de *civil law* en materia de presuposición: aquel apartamento con balcón arrendado para el día en que se debía desarrollar el Palio de Siena, sin expresión alguna en el contrato acerca de la relevancia jurídica de tal circunstancia.

⁷⁴⁷ El *discharge by frustration* no es pues admisible si la base o fundamento del negocio no desaparece como causa de un *supervening event*, de modo que la incidencia de un particular estado de cosas sobre la *foundation* del contrato, debe ser unívoca: v. M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 68.

⁷⁴⁸ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 58, con cita de ANDERSON, *Frsutration of Contract: A Rejected Doctrine*, en 3 *De Paul L.R.*, 1953, 1.

⁷⁴⁹ CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 396. La importancia que el evento no verificado asume dentro del contrato, fue puesta en evidencia en una decisión contraria (*Larrinaga & Co. Ltd vs Société Franco-Americaine des Phosphates de Medulla* (1923) 39 T.L.R. 316, en la que se afirmó en tal sentido que << it may be that the parties contracted in the expectation that particular event World happen, each taking his chance, but that the actual happening of the event was not made the basis of the contract >>.

flota de Eduardo VII, pero al ser cancelada la parada militar, quedaba solamente la posibilidad de realizar el crucero; ese fue el razonamiento de los jueces, que dieron plena obligatoriedad al contrato ya que su finalidad no era solamente asistir a la parada militar, sino también el crucero, que podía bien llevarse a cumplimiento.

Así mismo, en un ulterior '*coronation case*', se decidió la plena obligatoriedad del vínculo contractual (*Chandler v. Webster* [1904] 1 K.B. 493). Se trataba de otra locación de una habitación para ver el desfile de coronación, el arrendatario aceptó pagar 141 esterlinas antes de tomarla en posesión, sin embargo, al momento de celebrar el contrato pagó sólo 100; disuelta la relación antes de haber entrado en posesión de la habitación (a causa de la cancelación del desfile), no sólo le fue negado el derecho a la restitución de las 100 esterlinas ya pagadas, sino que fue obligado a pagar las 41 esterlinas faltantes que, en el sentir de la corte, eran un derecho ya adquirido por el arrendador⁷⁵⁰.

Todas las causas arriba señaladas, pueden bien suspender sólo temporalmente la eficacia del contrato, así, en jurisprudencia se ha reconocido la *frustration* sólo en aquellos casos en los que, luego de la suspensión, las condiciones dentro de las cuales puede ya ejecutarse la prestación hayan cambiado notablemente respecto de aquellas en las que habría sido ejecutada sin tal suspensión; esto hace necesario que cualquier valoración respecto del periodo de suspensión deba hacerse con base en la información disponible al momento de ocurrir el evento, en función del criterio de *reasonable man*⁷⁵¹.

Actualmente, la doctrina se basa en una serie de decisiones en materia de derecho marítimo, en particular de arrendamiento de nave. Se trata esencialmente de casos en los que el armador de la nave no está en grado de ponerla a disposición en el tiempo y lugar establecidos en el contrato, ya que la embarcación ha sufrido un daño (*Jackson v. Union Marine insurance Co.* [1874] L.R 10 C.P 125), o ha sido secuestrada, o es imposible dejar el puerto de origen cerrado a causa de eventos bélicos (*Embricos vs. Reid & Co.* [1914] 3 K.B. 45), o huelgas portuarias que impiden cargar o descargar la mercancía (*The Penelope and Pioneer Shipping Ltd v. B.T.P. Tioxide Ltd* [1982] A.C. 724). En estas decisiones, sin embargo, la jurisprudencia parece dividida en cuanto a los criterios para determinar, por ejemplo, en cuáles eventos el secuestro de la nave es causa de

⁷⁵⁰ Más detalles en A. L. CORBIN, *On contracts*, vol. 2, St. Paul (Minn.), 1989, quien citando un *case* norteamericano *Alfred Marks Realty Co. vs. Hotel Hermitage Co.*, 156 N.Y.S 179, 170 App. Div. 484 (1915), describe el razonamiento que ha conducido a estas decisiones así: << what effect should the king's illness have upon the thousands of other contracts made at the period? It should have no effect whatever unless the holding of the ceremonies as planned formed what is sometimes called 'basis of contract', but is more accurately described as the 'basis' on which one of the parties assented to the bargain. It is not such a 'basis' unless it creates a major part – an essential part- of the value of one of the performances that the parties agree to exchange, inducing one of the parties and enabling the other to reach the agreement >>.

⁷⁵¹ Lo sintetiza así la doctrina, la liberación del deudor se concedería cuando << the result of what is happened is that, if the contract were to be resumed alter the return of peace or the removal of the interference the parties would find themselves dealing with each other under conditions extremely different from those that obtained when they made their agreement>>: CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, cit., 589. Además, la jurisprudencia ha establecido que es posible esperar un breve periodo de tiempo para valorar mejor la duración del periodo de suspensión, como en el caso *Pioneer Shipping Ltd vs. BTP Tioxide Ltd* (1981) 2 All ER 1030. En relación con el *frustrating delay* en la jurisprudencia, vide J. E. STANNARD, *Frustrating delay*, en 46 *The Modern Law Review* (1983), 738 ss.

frustration y en cuáles en cambio es causa de suspensión, como en el caso *F.A. Tamplin Steamship Co. Ltd v. Anglo-American Petroleum Products Co.* (1916) 2 A.C. 397⁷⁵².

§ 2. Fundamento teórico de la doctrina.-

Las decisiones señaladas indican que la mayoría de los casos de *frustration* está caracterizada por una aplicación dilatada de la teoría de la *impossibility*, y que raramente los jueces han reconocido casos de *frustration of purpose* en sentido estricto; de este reducido número de casos la doctrina ha tratado de enuclear los principios para fundamentar la *doctrine of frustration of consideration*⁷⁵³. Sin embargo, existe todavía un contraste de opiniones en relación con cuál debe ser el modo adecuado para que el juez decida en los casos de supervención contractual, si mediante la interpretación del contrato (*implied term theory*), o tomando la decisión que le parezca más equitativa (*just and reasonable solution*), o en atención a la *foundation of contract* o al *radical change in the obligation*.

§ 3. *Implied term theory*.-

Esta teoría se remonta al caso *Taylor v. Caldwell* y recorre una serie de sentencias sucesivas, como señalamos, éste caso es una aplicación extensiva de la teoría de la *impossibility*, en el que la causa de *frustration* se relaciona con el evento sobrevenido que debe hacer desaparecer algunos de los *implied terms* presentes en el contrato, y de cuya subsistencia las partes han hecho depender la suerte del contrato mismo (vide p. ej. el *leading case Tamplin Steamship Co. Ltd v. Anglo-American Petroleum Products Co.* (1916) 2, AC, 397 a 403)⁷⁵⁴. Habría entonces *frustration* cuando mediante la interpretación del contrato se haya podido individualizar una voluntad implícita de las partes (*presumed common intention*)⁷⁵⁵ en orden a determinar si éstas habrían establecido que de acaecer eventos sobrevenidos el contrato se daría por terminado⁷⁵⁶.

La teoría ha sido objeto de una doble interpretación en la jurisprudencia, inicialmente los jueces han atribuido un carácter subjetivo a la existencia de los *implied terms*, para justificar así la presencia de un poder dirigido a darle al contrato los efectos que las partes habrían querido de haber previsto la circunstancia sobrevenida. Representativo es el *leading case Hirji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co. Ltd.* (1926) AC, 497, donde se explicó así la teoría:

⁷⁵² Cfr. F. P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 200 notas 13 y 14; K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Introduzione*, II, cit., 235 ss.

⁷⁵³ La doctrina ha excluido que con esta teoría se le atribuya al juez el poder de distribuir los riesgos de eventos sobrevenidos, y permitir que una de las partes escape a las consecuencias de un mal negocio: G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., 48 ss.

⁷⁵⁴ Donde se señaló que << a court can and ought to examine the contract and the circumstances in which it was made, not of course to vary, but only to explain it, in order to see whether or not from the nature of it the parties must have made their bargain on the footing of that particular thing or state of things would continue to exist. And if they must have done so, then a term to put that effect will be implied, though it be not express in the contract >>.

⁷⁵⁵ *Bank Lline Ltd. v. Arthur Chapel & Co.* (1919) AC, 435, 445.

⁷⁵⁶ La doctrina explica que con base en esta teoría << a contract would therefore be frustrated if a term could be implied that, in the events that subsequently happened, the contract would come to an end >>: W. R. ANSON, *Law of Contract*, 27 ed., New York, 1998, 514.

<< Frustration (...) is explained in theory as a condition or term of the contract, implied by the law ab initio, in order to supply what the parties would have inserted had the matter occurred to them, on the basis of what is fair and reasonable, having regard to the mutual interest concerned, and of the main objects of the contract >>.

Por su parte, a la otra interpretación de la teoría de los *implied terms* se le ha dado un carácter objetivo, no es necesario ya realizar la difícil y oscura operación de interpretar la voluntad de las partes en sentido subjetivo, sino interpretar lo que las partes, como un *reasonable man*, habrían establecido en el contrato de haber previsto los eventos que sucesivamente serían causa de *frustration*. El *leading case* en esta ocasión es *Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC* (1956) AC, 696, en el que los constructores habían contraído la obligación de fabricar 78 casas a cambio de una cierta suma (*fixed sum*), pero los trabajos resultaron mucho más largos y costosos de lo previsto; luego de la conclusión de los trabajos, el constructor demandó en juicio alegando que el contrato debería entenderse *frustrated* e invocando la disciplina del enriquecimiento sin causa (*quantum meruit* o *quantum valebat*), con el fin de recuperar los gastos realizados para concluir los trabajos. La decisión favoreció al demandado, ya que la obra había sido de todos modos terminada, y se trataba, en opinión de los jueces, de un mero incremento de los costos. El criterio objetivo fue señalado al precisar que el significado del contrato *<< must be taken to be, not what the parties did intend (...) but that which the parties, as far as reasonable men would presumably have agreed upon if, having such possibilities in view, they had made express provision as to their several rights and liabilities in the event of such occurrence >>*. Con ésta interpretación, no se busca entonces la voluntad de las partes mediante una operación exegética, sino la reconstrucción de aquello que ellas habrían establecido si hubieran podido prever el futuro, pero con una tendencia a la objetivación de criterios por parte del juez, corriendo el riesgo de pasar por alto la voluntad real de las partes⁷⁵⁷.

Sin embargo, en la doctrina se plantea un cuestionamiento válido, esto es, si la consecuencia jurídica del reconocimiento judicial de la *frustration* es la *termination* del contrato, no parece muy acertado entonces presumir, mediante la difícil búsqueda de la voluntad de las partes, que éstas habrían optado por el camino de la resolución del vínculo y no por otra solución, sobretodo si se piensa que en la práctica es común introducir cláusulas de adaptación convencional (p. ej. de indexación para el tratamiento de la fluctuación monetaria y su incidencia en el contrato, o en particular cláusulas de *force majeure* o de *harship*) ya que el interés de las partes en los *long term contracts*, en mayor grado susceptibles a los eventos sobrevenidos, es el de la conservación de la relación en el tiempo y no su terminación⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Cfr. ALPA-DELFINO (a cura di), *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997, 166; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 163; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 202.

⁷⁵⁸ Cfr. W. R. ANSON, *Law of Contract*, cit., 515 ss.

§ 4. *Just and reasonable solution theory.*-

En numerosas decisiones las cortes inglesas han rechazado la *fictio* de los *implied terms*, esto es, han prescindido de cualquier operación hermenéutica sobre el contrato, llegando a concebir la aplicación de la *doctrine of frustration* como medio que consiente al juez la facultad de intervenir dando al contrato los efectos que conforme a la equidad lo lleven a un *just and equitable result* (*Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Shipping Corporation* [1942] AC, 154), en otras palabras, a la justa y razonable solución que la nueva situación exige, superando así la voluntad de las partes. Esto provocó que la mirada crítica de la doctrina señalara que la búsqueda de los *implied terms* constituye un medio para justificar la ingerencia del juez en la suerte del contrato, y mitigar así, donde en justicia fuera necesario, los efectos de la *doctrine of absolute contracts*, conciliando ésta con sus respectivas excepciones, acorde con la naturaleza del *common law* avocada a los remedios⁷⁵⁹.

Esta teoría se atribuye a Lord WRIGHT en el caso *Denny, Mott & Dickson Ltd. v. Fraser & Co. Ltd.* (1944) AC 265, 274: << *the truth is that the Court or jury as judge of facts decides the question in accordance with what seems to be just and reasonable in its eyes* >>; e igualmente representativa es la postura de Lord DENNING en el caso *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht* (1964) 2 WLR 114, 121: << *If it should happen, in the course of carrying out a contract, that a fundamentally different situation arises for which the parties made no provisions – so much so that it would not be just in the new situation to hold them bound- then the contract is at an end* >>⁷⁶⁰; en especial Lord DENNING manifestó que era equivocado pensar que la *doctrine of frustration* era aplicable sólo en los casos en que se comprobara un cambio imprevisto en las circunstancias de hecho que gobernaban la relación, así, para Lord DENNING también un fuerte incremento en los costos del contrato debía considerarse suficiente para la resolución del vínculo. Sin embargo, la decisión tomada por los jueces en este caso se basó en que el aumento de los costos no era suficiente para considerar *frustrated* el contrato, pues el aumento de los costos sería uno de los tantos riesgos que gravan a quien celebra un contrato, y la falta de previsión de las partes – en este caso conscientes del riesgo (*self-induced*)⁷⁶¹ – se entendería como una asunción automática del riesgo.

Tal poder relativamente ilimitado para determinar los efectos del contrato por parte del juez, suscita empero una perplejidad, si el juez efectivamente tiene el poder de liberar a las partes del vínculo porque ello resulta razonable y equitativo, ¿por qué no admitir también la resolución cuando las circunstancias sobrevenidas hagan el contrato financieramente más oneroso respecto de los previsto por las partes? En todo caso,

⁷⁵⁹ En doctrina vide en particular las consideraciones de ANSON, *Law of Contract*, cit., 515 ss.; cfr. CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, cit., 514 ss.; G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 404.

⁷⁶⁰ En septiembre de 1956, la *Ocean Tramp* había entregado en locación una nave a la demandada, para realizar un viaje en India partiendo de Génova, y cargando la mercancía en un puerto en el Mar Negro, el precio se determinaría conforme a la duración del viaje; al momento de la celebración del contrato las partes eran conscientes de que el Canal de Suez habría podido estar cerrado, no obstante ello no hicieron ninguna previsión al respecto en el contrato. En efecto, la nave no pudo continuar su trayecto, y se preguntan los jueces si la parte demandada había sido puesta en una situación *fundamentally different* respecto de aquella previsible al momento de celebrar el contrato (la duración prevista para el viaje fue 108 días y la duración real a causa del retraso habría sido 138 días); al final, los jueces consideraron que la prolongación en la duración del viaje y el aumento de los costos no eran motivo suficiente para desvincular a la demandada del contrato.

⁷⁶¹ Cfr. N. KOULADIS, *Principles of Law Relating to International Trade*, New York, 2005, 117 n. 450.

parece evidente que el único límite para el juez está en demostrar que mantener el contrato resulta injusto⁷⁶².

§ 5. *Foundation of contract theory.*-

Los conceptos brevemente enunciados fueron madurando en la jurisprudencia, y ésta no tardó en adelantarse a su propia elaboración e imponer límites a la discrecionalidad del juez, éste no podría dejar de considerar en cierta manera la voluntad de las partes, así se estableció entonces que para aplicar la *doctrine of frustration*, era necesario que se comprobara la *disaperance of the foundation of the contract*, esto es, que la intensidad de los eventos sobrevenidos haya sido tal de causar la desaparición de la *foundation* (*W.J. Tatem v. Gamboa* [1939] 1 K.B. 132) o del *comercial object* (*Metropolitan Water Borrada v. Dick, Kerr & Co .Ltd.* [1918] A.C. 119) del contrato. Así se confirmaba pues la relevancia de la reconstrucción del fundamento del contrato, relevancia que en éste caso es preclusiva respecto de la decisión de resolución del vínculo, y depende ciertamente de la reconstrucción razonable de aquello que las partes establecieron en el acuerdo. El principal inconveniente radica en determinar en concreto qué es la *foundation* del contrato, ya que no puede ser el objeto de éste pues su desaparición o destrucción conduciría en el ámbito de la *impossibility*, en la medida que no podría cumplirse objetivamente la prestación. Esto generó mayor agudeza en la interpretación de la jurisprudencia, y para superar la dificultad se elaboró un planteamiento ulterior, en virtud del cual debía considerarse *frustrated* el contrato siempre que se presentara un cambio radical en la obligación (*radical change in the obligation*). No obstante, las diferentes modalidades de aplicación de la *frustration* están bien cercanas entre ellas, ya que se trata en todas de reconstruir el contenido del contrato acorde en cierta medida con la voluntad efectiva o hipotética de las partes. Con ésta concepción, en el fondo, persiste siempre el dilema entre lo originariamente querido por las partes y lo actualmente exigible dado el cambio de las circunstancias, la nueva teoría tampoco aportará entonces un nuevo elemento interpretativo.

§ 6. *Radical change in the obligation. The 'Construction Theory'.*-

Esta teoría, producto de la elaboración en la jurisprudencia, parece recoger el mayor crédito en la actualidad⁷⁶³; en esta ocasión, la *House of Lords* estableció que para determinar el *radical change in the obligation*, el juez debe reconstruir el contrato a la luz de su naturaleza y de las circunstancias presentes al momento de su celebración (<< *the data for decision are, on the one hand, the terms and construction of the contract, read in the light of the existing circumstances, and on the other hand the events which have occurred >>*)⁷⁶⁴, en aplicación de una *true construction* del contrato⁷⁶⁵. Esta teoría

⁷⁶² CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 405; F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 204.

⁷⁶³ CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 405.

⁷⁶⁴ *Heyman vs. Darwins* (1942) A.C. 356 ss.

se basa en el respeto del valor objetivo de la relación contractual, que a su vez resulta de la interpretación global de la misma y de su función económica⁷⁶⁶; una vez reconstruido el contenido negocial, determinadas la naturaleza y las circunstancias del acuerdo al igual que su función, es decir, la *true construction*, se pasa a establecer si los eventos sobrevenidos causaron un cambio radical en la función de la obligación, de ser así, procede la *frustration*.

La cuestión de la *true construction* se resuelve en el ámbito de la *risk-allocation procedure*, donde además de la importancia del *stare decisis* en relación con algunos tipos de supervención, no se encuentran conceptos distintos a los ya adoptados en jurisprudencia, esto es, la naturaleza y circunstancias del contrato, los *express terms*, el tipo de evento y su previsión en éstos. En esta teoría, la mayor onerosidad de la prestación no es ella sola causa suficiente para hablar de un *ground for frustration*, es decir, que el *supervening event* incida exclusivamente sobre el *method of performance* del contrato, no es suficiente para su resolución⁷⁶⁷. Es por ello que un mero aumento de los costos no es aceptado como causa de *frustration* (<< *it is not hardship or inconvenient or material loss a change in the significance of the obligation that the thing undertake would, if performed, be a different thing that contracted for* >>: *Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC*, cit., 729), limitando aún más el ámbito de aplicación de la teoría⁷⁶⁸. Además, el *radical change in the obligation test*, no parece ser apropiado para el tratamiento de la hipótesis de *frustration of purpose* en las que opera la *foundation theory*, con la siempre presente dificultad para establecer el fundamento común de la operación económica respecto de los *own purposes* de cada singular contratante. Para la más autorizada doctrina, la *construction theory* descarga el *non performance risk* sobre la parte obligada siempre que el *supervening event* presente un carácter de normalidad respecto de la naturaleza del contrato, o bien deba considerarse incorporada en el precio pactado como contraprestación⁷⁶⁹. Ahora bien, si en la

⁷⁶⁵ *Davis Contractors Ltd. vs. Fareham UDC*, cit., 729. En efecto, Lord Reid señaló cómo la *frustration* dependiese de la *true construction of the terms*, acorde con las circunstancias del caso y la naturaleza de la operación, a lo que debe agregarse también la intensidad de la interrupción en la ejecución del contrato.

⁷⁶⁶ << Frustration of contract takes when there supervens an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerosness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of stipulations in the new circumstances; in such a case the law declares both parties to be discharged from further performance >>: *National Carriers v. Panalpina* (1981) A.C. 675 ss., en ésta decisión se rechazó la aplicación de la *foundation theory*.

⁷⁶⁷ Cfr. M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 81 ss.

⁷⁶⁸ L. E. TRAKMAN, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, en *46 Modern Law Review* (1983), 39 ss.

⁷⁶⁹ En cuanto a la relación entre los términos ‘*interpretation*’ y ‘*construction*’, vide ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contracts*, Oxford, 1995, 240 ss., en p. 214 ss., quien afirma que << to an English lawyer ‘*construction*’ is treated as almost synonymous with ‘*interpretation*’ (...) The familiar formula that the construction of a contract ‘depends on all the circumstances of the case’ appears to be little more than a device by which (subject to certain limitations) the court is able to achieve what it regards as the most just result in the circumstances of the case >>. La *doctrine* sería aplicable por las cortes sólo cuando consideren que obligar a las partes al cumplimiento pueda, a la luz de los eventos sobrevenidos, alterar la fundamental *nature of the contract*, y no se aplicaría por parte de los jueces <<unless they consider that to hold the parties to further performance would, in the light of the changed circumstances, alter the fundamental nature of the contract >>: *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl G.m.b.H* (1962) A.C. 93, 115. Cfr. M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 85 y bibliografía allí citada en nota 97. El a. señala junto con MCKENDRICK, *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2a Ed., London, 1995, 57-118, que el problema de la reglamentación convencional del riesgo por eventos sobrevenidos, se relaciona luego con el debate en el *common law*

jurisprudencia las cortes pueden aplicar la *frustration* sólo cuando los eventos sobrevenidos alteren la *fundamental nature of the contract*, la doctrina ha precisado entonces que las nuevas circunstancias deben haber hecho que el cumplimiento sea *radically or fundamentally different in a commercial sense* respecto de lo inicialmente acordado, no obstante, sin contribuir a resolver todos los problemas interpretativos de la *doctrine*, antes bien agregando una incerteza ulterior: ¿qué se entiende por *radical* o *fundamental difference*?⁷⁷⁰.

§ 7. Efectos de la aplicación de la *doctrine of frustration*.-

La *frustration* es una causa objetiva de extinción de la obligación, consecuencia de la aplicación de ésta *doctrine* en el *common law* es la resolución del contrato (*termination*), que surte sus efectos desde el momento en que acontece el evento sobrevenido causa de la imposibilidad, ilicitud o inutilidad de la ejecución de la prestación, en otras palabras, opera *ipso iure* o en forma automática (*Hirji Mulji v. Cheong Hue Steamship Co.* [1926] A.C., 497), y sus efectos son *ex nunc*, produciendo obviamente la liberación del deudor (*discharge*)⁷⁷¹. De inmediato surge un lógico cuestionamiento en doctrina, si todavía es posible ejecutar la prestación, es decir, no es frustración por *impossibility*, por ejemplo cuando se trata del pago de una suma de dinero, ¿por qué considerar *frustrated* el contrato?⁷⁷², ésta pregunta es obvia, sólo que el esquema de la *frustration* considera los extremos, o el cumplimiento o la resolución, *tertium non datur*.

De la eficacia *ipso iure* de la *frustration*, se deriva el carácter declarativo de la sentencia, cuyo efecto resolutorio no puede ser modificado por las partes (el caso *Hirji Mulji v. Cheong Hue Steamship Co.*, cit., 497)⁷⁷³. La sentencia declarativa de la

sobre los '*long term contracts*' y, en particular, sobre la configuración de un diversificado tratamiento legal entre el modelo de '*discrete*' y el modelo de '*relational contract*'.

⁷⁷⁰ Cfr. ANSON, *Law of Contract*, cit., 518. Otros se preguntan << when are the effects of supervening events sufficiently serious to bring a fact of discharge? >>, sobretodo si se piensa que << constructing the contract and implying a term are here no more than alternative ways to describing the same process >>: cfr. G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 1994, 578 ss. Para A. PHANG, *Frustration in English Law – A reappraisal*, en *21 Anglo-American Law Review* (1995), 284, las doctrinas citadas se pueden agrupar en dos grandes categorías: << a kind of objective theory implemented by the court itself or a subjective theory premised on justice and fairness which is obviously also implemented by the court concerned. The theory of the implied terms and the more 'well regarded' theory of construction fall within the former category while the 'just and reasonable' rationale fails within the latter >>. Conviene señalar junto con ésta doctrina, que sería mejor preguntarse por qué un contrato resulta frustrado y cuándo los efectos de un evento sobrevenido son suficientes para liberar al deudor de su prestación, en vez de incursionar en el tortuoso camino de una '*construction*', pretendiendo auscultar en la voluntad de las partes la solución al complejo problema de la supervención contractual y la distribución del riesgo en los *long-term contracts*.

⁷⁷¹ El término *discharge* indica en general la cesación de los efectos del contrato a causa de su inejecución (incluido el incumplimiento), o, con menos frecuencia, también por su ejecución (*discharge by performance*): v. ALPA-DELFINO (a cura di), *Il contratto nel common law inglese*, cit., 176 ss. El término comprende distintos ámbitos, ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contracts*, cit., 397, distingue 5 casos de *discharge*: *unilateral, by agreement, by performance, by breach* y *by frustration*.

⁷⁷² G. H. TREITEL, *An outline of The Law of Contract*, 5a Ed., London, 1995, 821 ss.; ANSON, *Law of Contract*, cit., 513.

⁷⁷³ Se trataba de un arriendo de nave celebrado en noviembre de 1916 mediante el cual un armador estipuló que la nave '*Singaporean*' sería puesta a disposición de la contraparte el 1º marzo de 1917 por un periodo de 16 meses, sin embargo, antes de la entrega la nave fue secuestrada por el gobierno; ante la

frustration tiene efectos a partir del momento del *frustrating event*, permaneciendo inmutables los efectos del contrato que hasta ese momento se hayan producido, liberando así a los contratantes de las obligaciones que no hayan sido todavía cumplidas, en aplicación de la máxima ‘*the loss lies where it falls*’, el daño lo soporta el contratante que lo padece⁷⁷⁴; en este sentido << *each party must fulfill his contractual obligation so far as they have fallen due before the frustrating event, but he is excused from performing those that fall due later* >>: *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn, Lawson, Combe, Barbour Ltd.* [1943] A.C. 32. Se trata pues de una visión formalista del efecto de la sentencia, que permanecerían las consecuencias de la ejecución del contrato antes del evento sobrevenido y sólo después de éste momento las partes estarían liberadas de las obligaciones maduradas entre dicho momento y la sentencia del juez, así como también aquellas exigibles sucesivamente (*Applebey v. Myers* [1867] L.R. 2 C.P. 651)⁷⁷⁵; dichos efectos fueron considerados negativamente por la jurisprudencia⁷⁷⁶ y sucesivamente por el Parlamento, por lo que fueron objeto de una inusual intervención legislativa (*Law Reform Frustrated Contracts Act 1943*) en una materia ampliamente disciplinada por la jurisprudencia. La reforma buscó una distribución más equitativa de los daños producidos como consecuencia de la resolución del contrato a causa de eventos sobrevenidos no imputables a las partes.

El primer inconveniente se encuentra en el mencionado caso *Chandler v. Webster*, en el que se obligó al arrendatario de todos modos a pagar la parte faltante del canon a pesar de que la prestación, en el *interim*, se hizo imposible y el pago había expirado antes de ocurrir el evento externo pues se estipuló un pago anticipado (*fixed price*), ésta decisión es considerada en doctrina como un ejemplo general que ilustra las deficiencias del *common law*⁷⁷⁷. Este problemático efecto de un remedio objetivamente insatisfactorio fue sucesivamente objeto de críticas que llevaron a la decisión en el también mencionado caso *Fibrosa Spolka v. Fairbain & Co.*, en el cual luego de la declaratoria de *frustration* de un contrato de suministro, la *House of Lords* sostuvo que si los contratantes habían estipulado un pago anticipado de parte de los bienes suministrados, el proveedor tenía derecho a la repetición de una parte del precio a título de *quasi contract*. La repetición de la suma mediante una acción contractual no podía justificarse sin la presencia de un vicio *ab initio* en el contrato sino sólo una causa de *frustration*; así, la *House of Lords* afirmó en esa decisión que << *in English law, an enforceable contract may be formed by an exchange of a promise for a promise or by the exchange of a promise for an act (...) and thus, in the law relating to the formation*

situación el armador propuso a la contraparte mantener el contrato y llevarlo a cumplimiento justo después de recuperar la nave, la contraparte aceptó y el armador entró en posesión nuevamente en febrero de 1919, se ofreció a cumplir la prestación pero la contraparte esta vez no aceptó alegando la originaria *frustration*, el armador sostuvo que la conducta positiva de la contraparte había anulado los efectos de la *frustration*, pero la *House of Lord* sentenció lo contrario.

⁷⁷⁴ Este principio ha tenido aplicación en muchos casos, vide al respecto CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 406 ss.; F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 212.

⁷⁷⁵ *Appleby* estaba obligado a realizar la instalación de una maquinaria en un local de *Myers*, se estipuló que el pago se haría al finalizar los trabajos de instalación, sin embargo, durante la instalación el edificio se incendió fortuitamente destruyendo parte de la maquinaria ya implantada, el contrato fue considerado *frustrated* y el actor no recibió pago alguno correspondiente a la parte ya cumplida de su prestación. Otros casos en los que se afirma el principio: *Jackson v. Union Marine Insurance Co.* (1874) L.R. 10 C.P. 125; *Krell vs. Henry*, cit.; *Chandler vs. Webster*, cit., 493.

⁷⁷⁶ *Cantiere San Rocco S.A. vs. Clyde Shipbuilding & Engeneering Co, Ltd.* (1924), A.C. 226-257.

⁷⁷⁷ F. P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 214, n. 179 con cita de MCKENDRICK, *Force Majeure and Frustration of Contract*, cit., 224.

of contract, the promise to do a thing may often be the consideration but when one is considering the law of failure of consideration and of the quasi-contract right to recover money on that ground, it is, generally speaking, not the promise which is referred to as the consideration, but the performance of the promise. The money was paid to secure performance and, if performance fails the inducement which brought about the payment is not fulfilled >> (*Fibrosa Spolka v. Fairbain & Co.*, cit. 48). Con esta última decisión se corrigió tan solo parcialmente el defecto, pues no quedaba completamente resuelto el problema de tutela al contratante que había pagado en forma anticipada, limitándose la tutela sólo en caso de *total failure* de la *consideration*, sin dar la posibilidad de repetir lo pagado en anticipo cuando la *failure* de la *consideration* es sólo parcial, esto es, quien pagó por anticipado no tiene derecho a la repetición si llegó a recibir una mínima parte de la contraprestación⁷⁷⁸. Además, quedaban todavía sin previsión alguna los casos de ejecución anticipada de la prestación distinta al pago de sumas de dinero y cuyo cumplimiento –si bien parcial- puede llegar a producir gastos que en cierta medida procurarían, de haber *frustration*, al menos un mínimo grado de enriquecimiento de la contraparte; de ésta laguna era ya consciente la jurisprudencia en el caso *Fibrosa v. Fairbain & Co. Ltd.*, cit., 54-55⁷⁷⁹. Las críticas y la necesidad de corregir las consecuencias inicuas fueron recogidas por el *Law Revision Comitee* y el 5 de agosto de 1943 se materializaron en el *Law Reform Act* para los *frustrated contracts*, un *Statute* mediante el cual se corregía el inconveniente y se concedía una tutela amplia a las partes, extendiendo de esta manera la decisión del caso *Fibrosa* también a hipótesis en las que a causa de *frustrating events* no se hubiera presentado una *total failure* de la *consideration*⁷⁸⁰, y en favor de quien hubiese iniciado a ejecutar una prestación distinta al pago de una suma de dinero, para que exija el equivalente a la parte cumplida de su prestación. Estos son los aspectos sobresalientes para determinar el ámbito de aplicación del *Act*, que se ocupa así de los casos en los que el incumplimiento se hace << *impossible of performance or been otherwise frustrated* >>, pero sin plantear definición alguna del concepto de *frustration*⁷⁸¹.

La *ratio* de la *Law Reform* fue la de prevenir el enriquecimiento injustificado de una parte a expensas de la otra, un principio que no es desconocido para nosotros y que encuentra su similar originario en la máxima ‘*succurrendum est quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*’, con referencia directa a la buena fe y la equidad (cfr. *supra* 17 § 2); solo que, si se habla de enriquecimiento injustificado, es decir, sin causa lícita, se genera una perplejidad pues la parte que obtiene “ventaja” (*valuable benefit*) de los eventos sobrevenidos, tan solo exige su derecho personal, la prestación que se le debe, no hay

⁷⁷⁸ ANSON, *Law of Contract*, cit., 528.

⁷⁷⁹ Lord Simon señaló << he may have incurred in expenses in connection with the partila carrying out of the contract which are equivalent, or more than equivalent, to the money which he prudently stipulated should be prepaid, but which he know a sto return for reasons which are no fault of his. He may have to repay the money, though he has executed almost the whole of the contractual work, which be left on his hands. These results follow from the fact that the English common law does no undertake to apportion a prepaid sum in such circumstances...>>

⁷⁸⁰ Cfr. ANSON, *Law of Contract*, cit., 529.

⁷⁸¹ En efecto, tratando del ‘adjustment of rights and liabilities of parties to frustrated contracts’, el *Law Reform Act (Frustrated Contracts)* dice en la sección 1 (1): << Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract, the following provisions of this section shall, subject to the provisions of section two of this Act, have effect in relation thereto >>.

allí una causa injustificada, es perfectamente válida su pretensión (o podría considerarse abusivo y contrario a la buena fe exigir el cumplimiento de una prestación gravemente onerosa y desproporcionada respecto de la contraprestación – *exceptio doli generalis*), solo que las nuevas circunstancias ajenas a las partes y al riesgo propio del contrato han generado una nueva realidad en la cual el programa contractual original no encaja y por ello debe adaptarse o en su defecto terminarse con las restituciones mutuas del caso.

La sección 1(2) del *Act* establece que si una parte ha cumplido ya la obligación de naturaleza pecuniaria (*payment of money*), la otra está obligada a restituir lo recibido, sin embargo, el juez conserva amplios poderes para conceder la retención de una suma razonable (*reasonable sum*) para cubrir los gastos ya realizados en ejecución del contrato⁷⁸². La sección 1(3) establece en cambio que si una de las partes, antes de la *frustration*, ha cumplido incluso parcialmente su prestación de entregar un bien in natura (*benefit in kind*), tiene derecho a recibir una indemnización equitativa que no puede exceder el valor de la “ventaja” (*not exceeding the value of the benefit*)⁷⁸³, y cuyo monto será fijado en equidad por la corte (cfr. para la aplicación del principio el caso *BP Exploration Co. Ltd. v. Hunt* [1982] 1 All ER, 925). Parte de la doctrina interpreta extensivamente la norma, en el sentido que ella daría también al juez el poder de conceder el reembolso de los gastos incluso si la contraparte no reporta ningún beneficio⁷⁸⁴. La corte puede reconocer al afectado tanto el reembolso por los gastos realizados, cuanto la compensación por la ventaja obtenida por la contraparte; el monto total será establecido por el juez mediante una equitativa valoración en conjunto de los hechos, dentro de su poder discrecional, empleando un criterio de proporcionalidad (*Law Reform Act 1943, sec. 1(3) (a)*).

Ya que la *frustration* es una causa objetiva de extinción de las obligaciones, cualquiera de las partes puede solicitarla en juicio, tanto la parte afectada por los eventos sobrevenidos, cuanto la parte que obtiene “ventaja” de ellos. Esta última

⁷⁸² *Law Reform Act (Frustrated Contracts) 1943, sec. 1(2)*: << All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as 'the time of discharge') shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable:

Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred >>.

⁷⁸³ *Law Reform Act (Frustrated Contracts) 1943, sec. 1(3)*: << Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular,

- (a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and
- (b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract >>.

⁷⁸⁴ CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, cit., 601 ss.

hipótesis es improbable, pero no imposible (*Bank Line, Ltd. v. Arthur Capel & Co.* [1919] A.C. 435)⁷⁸⁵.

En cuanto a su aplicación, el *Act* puede ser excluido mediante voluntad contraria de las partes (*contrary agreement*), éstas pueden estipular que lo eventualmente ya pagado en ejecución del contrato no sea reembolsable (*Law Reform Act 1943, sec. 2(1), (2), (3)*)⁷⁸⁶. Además, el *Act* no se aplica a los contratos de transporte marítimo de mercancías, al arrendamiento de nave, al contrato de seguro y a los contratos de venta de bienes no fungibles (*specific goods*)⁷⁸⁷.

La excepción en los contratos de transporte vía mar fue establecida por respeto a las viejas costumbres del derecho marítimo, que en caso de pérdida de la carga por *frustration*, no permiten el reembolso si hubo pago anticipado (*St. Enoch Shipping Co. Ltd. v. Phosphate Mining Co.* [1916] 2 KB 625); así mismo, dichas costumbres establecen que siempre que el canon de arriendo deba ser pagado al finalizar el viaje en un puerto específico, el armador no tiene derecho a la remuneración si eventos sobrevenidos impiden que la nave llegue al destino estipulado -incluso si la mercancía pudo ser descargada en otro puerto (*Byrne v. Schiller* [1871] LR, 6 Ex. 319). Los contratos de seguro están también excluidos de la aplicación de la reforma, en razón de su carácter aleatorio (*Tyrie v. Fletcher* [1777] 2 Cowp., 666, 668)⁷⁸⁸.

Se excluyen finalmente los contratos de compraventa que tienen por objeto una *species*, siempre que la causa de *frustration* sea exclusivamente el perecimiento, sin importar que el comprador haya asumido el riesgo por los eventos sobrevenidos antes de que estos ocurrieran (*Law Reform Act 1943, sec. 2 (5) (c)*).

⁷⁸⁵ Vide CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 407.

⁷⁸⁶ En efecto, en materia de *provisions as to application of the Act*, se dice en la sec. 2: << 2. - (1) This Act shall apply to contracts, whether made before or after the commencement of this Act, as respects which the time of discharge is on or after the first day of July, nineteen hundred and forty-three, but not to contracts as respects which the time of discharge is before the said date.

(2) This Act shall apply to contracts to which the Crown is a party in like manner as to contracts between subjects.

(3) Where any contract to which this Act applies contains any provision which, upon the true construction of the contract, is intended to have effect in the event of circumstances arising which operate, or would but for the said provision operate, to frustrate the contract, or is intended to have effect whether such circumstances arise or not, the court shall give effect to the said provision and shall only give effect to the foregoing section of this Act to such extent, if any, as appears to the court to be consistent with the said provision >>.

⁷⁸⁷ *Law Reform Act (Frustrated Contracts) 1943, secc. 2 (5)*: << This Act shall not apply:

(a) to any charterparty, except a time charterparty or a charterparty by way of demise, or to any contract (other than a charterparty) for the carriage of goods by sea; or

(b) to any contract of insurance, save as is provided by subsection (5) of the foregoing section; or

(c) to any contract to which [section 7 of the Sale of Goods Act 1979] (which avoids contracts for the sale of specific goods which perish before the risk has passed to the buyer) applies, or to any other contract for the sale, or for the sale and delivery, of specific goods, where the contract is frustrated by reason of the fact that the goods have perished >>.

⁷⁸⁸ En este sentido CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 412; ALPA-DELFINO (a cura di), *Il contratto nel common law inglese*, cit., 199.

§ 8. Límites de la jurisprudencia a la aplicación de la *doctrine of frustration of contract*.-

La doctrina señala cómo la aplicación de la *frustration* no se dio de manera pacífica, sin contrastes y fuertes limitaciones; en efecto, la jurisprudencia ha previsto limitaciones de carácter general a su aplicación en sectores en los que continúa prevaleciendo la vieja regla de los *absolute contracts*, que se considera todavía vigente en específicos sectores contractuales en los que se entiende como parte fundamental de la disciplina⁷⁸⁹. En este sentido, se excluye la aplicación de la *doctrine* en los casos en los que el evento no sea en realidad sobrevenido sino producto de una situación ya presente al momento de celebrar el contrato (*Clifford v. Watts* [1870] LR, 5 CP, 577), o en los casos en que el evento ha debido ser previsto por las partes en cuanto consecuencia previsible de un estado de cosas presente al momento de celebrar el contrato (*Ashmore & Son Ltd. v. C.S. Cox & Co.* [1899] 1 QB, 436)⁷⁹⁰, así como también en los casos de *self-induced frustration*⁷⁹¹.

Una primera gama de límites se encuentra directamente relacionada con lo establecido por las partes en el programa contractual, las previsiones contractuales de las partes en orden a la asunción del riesgo sobrevenido, esto es, que una parte haya asumido todos los riesgos incluso aquellos derivados de la *vis maior*, comprometiéndose a cumplir en todo caso su obligación sin importar la causa de una eventual *frustration*, asumiendo así la responsabilidad por su incumplimiento (*Blackburn Bobbin Co. v. Allen and Sons* [1918] 2 KB, 467). En relación también con la voluntad de las partes, se excluye la aplicación de la *doctrine* siempre que los contratantes hayan incluido cláusulas (de *force majeure*) con la previsión de los efectos en caso de presentarse un específico evento (*certain specified and contemplated circumstances*) que entorpeciere la funcionalidad del contrato (*Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr and Co.* [1918] AC, 119)⁷⁹².

En lo que tiene que ver con la naturaleza del contrato, resulta igualmente inaplicable la *doctrine* siempre que se trate de un riesgo inherente al negocio y esté presente al momento de su celebración (como en el simbólico *leading case Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC*, cit., 145)⁷⁹³.

⁷⁸⁹ WLADIS, *Common Law and Uncommon Events*, cit., 1576 ss.; TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., 44 ss.

⁷⁹⁰ TREITEL, *The Law of Contracts*, cit., 811 ss.

⁷⁹¹ Cfr. TREITEL, *The Law of Contracts*, cit., 817 ss.; N. KOULADIS, *Principles of Law Relating to International Trade*, cit., 117; TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 208 ss.

⁷⁹² A pesar de la prevalencia de la voluntad contractual, la jurisprudencia ha señalado que este tipo de cláusulas deben ser objeto de una interpretación restrictiva, esto es, si las consecuencias del evento previsto son más graves de lo esperado, podría justificarse la *frustration*: como en el *leading case Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd.* (1874) L.R 10 C.P 125, donde la corte se pronunció a favor de la *frustration* afirmando que << the express exception, read literally, no doubt coverei the accident that had happened, and it would have precluded the characters from recovering damages in respect of delay; but it was not intended by the parties to cover a war of such a catastrophic nature and with such dislocatine effects as in fact occurred >>. Vide *amplius* CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, cit., 591; cfr. todavía CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 400.

⁷⁹³ CRISCUOLI, op. cit., 401, señala cómo en otro caso, *The Eugenia* (1964) 1 All ER, 161, se decidió que << per escludere la risoluzione, non basta la sola previsione del possibile evento frustrante, occorrendo che il rischio del suo accadimento sia ragionevolmente apprezzabile, e cioè sia sostanziato da una ragionevole percentuale di probabilità che il pregiudizio considerato si avveri >>.

Se excluye también la aplicación de la *doctrine* cuando una de las partes o ambas, hayan provocado o facilitado las consecuencias del evento sobrevenido (*self-induced frustration*), alterando con su responsabilidad la funcionalidad del contrato, como la decisión en uno de los *Suez cases*, donde a sabiendas del posible cierre del canal debido a la guerra entre Egipto e Israel, se hizo pasar de todos modos la nave con la consecuencia de su detención (*The Eugenia* [1964] 2 Q.B, 226); otro caso se refiere al alquiler de una nave para la pesca a sabiendas de la necesidad del respectivo permiso para esa actividad, al no ser concedido éste posteriormente al contrato, no puede exigirse la resolución del vínculo ya que << *the essence of frustration is that it should not be due to the act or election of the party* >>: *Maritime Nacional Fish, Ltd. v. Ocean Trawlers, Ltd.* (1935) A.C, 524⁷⁹⁴. Esto es acorde con la regla de nuestro sistema, *casus fortuitus nullam culpam praesupponit*)

Si bien sobra adelantar consideraciones alrededor de una conducta dolosa del contratante, lo que obviamente no lo eximiría por *frustration*, en cuanto a la conducta culposa del deudor (*negligent act*) la doctrina ha sostenido que no siempre sería inaplicable la *doctrine*, y que ello dependería del tipo de culpa que está en la base del incumplimiento, gravando así sobre la contraparte la carga de probar la imputabilidad del incumplimiento⁷⁹⁵. La jurisprudencia sin pronunciarse *ex professo* sobre la variedad de las posibles hipótesis de negligencia, estableció un principio de prueba que asume una gran importancia práctica⁷⁹⁶.

El *leading case* es *Joseph Constantine SS Line Ltd. v. Imperial Smelting Corpn Ltd* (1942) AC 154. Se trata nuevamente de un contrato de transporte marítimo, la nave 'Kingswood' debía transportar la mercancía desde *Port Pirie* en Australia hasta Europa, la nave atracó en el puerto de carga pero el día antes de la operación una explosión en la sala de máquinas le impidió emprender el viaje, la sociedad actora demandó por incumplimiento el resarcimiento de los daños y los propietarios excepcionaron la extinción por *frustration* a causa de un evento sobrevenido del que no eran responsables; si bien no había prueba de la responsabilidad de la demandada, la *Court of*

⁷⁹⁴ Esta decisión ha sido reiterada en otros casos, vide p. ej. el *case J. Lauritzen v. Wijsmuller BV*, [*Super Servant Two*] (1990) 1 Lloyd's Rep. 1. *Lauritzen* eran los propietarios de un grande y pesado equipo para la perforación (*Dan King*) que estaba siendo construido en un astillero japonés, *Wijamuller* era una firma especializada en transporte marítimo; las partes celebraron un contrato el 7 julio 1980 mediante el cual *W.* se comprometía a transportar el equipo (*Dan King*) desde Japón hacia el área de Róterdam en el Mar del Norte, la fecha de entrega del equipo para ser transportado sería entre el 20 junio y 20 agosto 1981, en cuanto a la nave que sería utilizada para el transporte, se estableció en el contrato emplear el '*Super Servant One*' o el '*Super Servant Two*' a elección del transportador, y en cuanto al pago, se estipuló la mitad al inicio del viaje y la otra mitad al final. El 29 de enero 1981, varios meses antes de que el *Dan King* estuviese listo para el transporte, el *Super Servant Two* naufragó en el río Zaire durante el *off-loading* de otra maquinaria para perforación, *W.* argumentó que el hecho no se había producido por negligencia, y el 16 de febrero anunció a *L.* que no podría ejecutar el contrato ya que la nave escogida para el transporte era el *Super Servant Two*; *L.* afirmó que el hecho sí había sido causado por la negligencia del personal del transportador, esto llevó a las partes a negociar un extenso acuerdo en abril de 1981 luego del cual *W.* transportó el *Dan King* haciendo uso de un medio distinto, la barcaza-remolcador (*by barge and tug*), todo lo que generó entre las partes pérdidas y exceso de costos, motivo de la disputa judicial. *L.* demandó por los daños derivados del incumplimiento del *Dan King carriage contract*, *W.* excepcionó alegando la *frustration* conforme a la cláusula 17. 1 del contrato, pero la *Court of Appeal* no aceptó la excusa por tratarse de un evento que << *was caused by the negligence of Wijsmuller; their servants or agents* >>.

⁷⁹⁵ CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, cit., 594; TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., 44 ss.

⁷⁹⁶ Esta importancia la señala CRISCUOLI, op. cit., 402.

Appeal rechazó la excepción pues los propietarios no habían probado la ausencia de culpa en el evento sobrevenido, que debía pues entenderse como *self-induced* (en efecto la *Court of Appeal* afirmó << *I wish to guard against the supposition that every destruction of corpus for which a contractor can be said, to some extent or in some sense, to be responsible, necessarily involves that the resultant frustration is self-induced whithin the meaning of the phrase* >>. La *House of Lords* conoció el asunto en casación, decidiendo en sentido opuesto, esto es, que la carga de la prueba de la culpa estaba era sobre la parte que negaba la *frustration*, y puesto que en el caso *sub examine* la sociedad demandante no había probado la culpa a cargo de los propietarios de la nave, el contrato debía entenderse *frustrated*.

El rechazo en la jurisprudencia a la aplicación incondicional de la *doctrine of frustration* parece estar ligado a dos consideraciones. Además del deseo de imponer fuertes límites en su ámbito de aplicación a eventos realmente imprevisibles y la tendencia a considerar la mayor parte de los eventos sobrevenidos como previsibles y por ende aceptados -salvo expresa cláusula de *force majeure*-, existe el convencimiento que el *risk allocation* que representa el *total discharge*, no sería la solución más adecuada para la distribución del riesgo siempre que el evento no sea imputable a una de las partes. Si bien la jurisprudencia ha optado en ocasiones por soluciones compromisorias abriendo paso a una tercera vía distinta al incumplimiento o la *frustration*⁷⁹⁷, no obstante, también a menudo las cortes inglesas han reconocido no tener poder para reformar el contrato, por ello, siempre que la distribución del riesgo no haya sido prevista en el programa contractual, los jueces, frente a la elección entre reconocer en el evento sobrevenido una causa de *total discharge* y la afirmación de la *full force* del contrato, en vez de encontrar soluciones tendientes a la adaptación del vínculo a las nuevas circunstancias, han optado por la segunda solución, reiterando así que desde este punto de vista *tertium non datur*⁷⁹⁸.

26. *Common Law* Norteamericano. *Impossibility* y su evolución mediante la *doctrine of impracticability*.-

Al igual que en el modelo británico, en el *common law* norteamericano encuentra espacio, aunque con mayores limitaciones, la mencionada *doctrine of absolute contracts*⁷⁹⁹. Se trata de una recepción del *common law* inglés en las colonias norteamericanas, en las cuales se ha mantenido en vigor la regla incluso después de la Revolución, aunque con modificaciones legales y jurisprudenciales. Es un dato conocido que la formación del sistema jurídico norteamericano es reflejo de la influencia cultural inglesa, sin embargo, progresivamente ha venido acudiendo a los modelos de *civil law* (en especial francés y alemán) en la búsqueda de teorías y soluciones, que al final han sido elaboradas de manera autónoma por la jurisprudencia y

⁷⁹⁷ Es el caso por ejemplo del aplazamiento o la cancelación de un cierto evento para cuya asistencia una de las partes había pagado una considerable suma de dinero por el billete, y se concede la restitución de una parte de la suma pagada más no el total, o la posibilidad de usar el billete en una ocasión sucesiva, considerando inicu que quien había recibido la suma en forma anticipada, debiese soportar el riesgo de todo evento sobrevenido debiendo así restituir integralmente lo recibido: v. F. TRAI SCI, *Soppravvenienze contrattuali*, cit., 211.

⁷⁹⁸ Cfr. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., 51 ss.

⁷⁹⁹ Cfr. E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, 2ª ed., Boston-Toronto-London, 1990, 700.

la doctrina. En este sentido la doctrina ha identificado una *American Legal Tradition* propia de los Estados Unidos y en la cual el *common law* inglés no ha tenido entera aplicación. Esta *legal tradition*, que es representativa del sistema federal norteamericano en el sentido de una *egalitarian frontier society*, ha llevado a la jurisprudencia a la abolición de algunos institutos tradicionales del derecho inglés, atenuar la aplicación de otros, y a una sólida afirmación de la posición de la doctrina, dedicada por entero a la sistematización del acervo legal y jurisprudencial mediante formas típicas de codificación oficiales y no oficiales⁸⁰⁰.

Es precisamente el sector de los contratos el que más se caracteriza por las formas típicas de codificación de origen doctrinal y por ello no oficiales, particularmente en materia de compraventa, pero también en otras áreas del derecho contractual. La primera de esas formas es el *Restatement*, una recopilación de reglas jurisprudenciales adoptada en aquellos sectores disciplinados por cada uno de los Estados confederados, debidamente organizada y revisada por la doctrina⁸⁰¹. Precisamente la naturaleza federal hace más difícil elaborar una disciplina única ya que la jurisprudencia de cada Estado tiende a seguir lineamientos propios; así, con el objetivo de generar un escenario de unificación de reglas y principios a nivel federal, se fundó en 1923 el *American Law Institute*, formado por jueces, profesores y abogados, de cuya labor han sido fruto numerosos *Restatement* que no obstante fueron modificados a partir de la segunda posguerra⁸⁰². En primer término se encuentra el *Restatement on Contracts* de 1932, ya ampliamente modificado en 1981 por el *Second Restatement*. La jurisprudencia se ha servido de estos instrumentos como cantera de la cual obtener reglas para una representación del estado de la disciplina.

El segundo instrumento es el *Uniform Commercial Code (UCC)*, producto de bases análogas en la doctrina pero con origen oficial, constituyendo la forma de codificación con mayor amplitud en el ámbito del derecho privado norteamericano⁸⁰³, siendo adoptado por todos los Estados⁸⁰⁴. Si se observa con atención, no se trata de una ley uniforme en cuanto ha sido adoptado por cada Estado de manera distinta, sin corresponder con lo que en *civil law* se entiende por ‘código’ y siendo principalmente un conjunto de reglas en materia de compraventa que no abarcan todo el ámbito del derecho comercial⁸⁰⁵. Una vez planteada esta breve premisa que será de gran utilidad en

⁸⁰⁰ A. T. VON MEHREN, *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Roma, 2000, 7 ss.

⁸⁰¹ TRAISCI, *Soppravvenienze contrattuali*, cit., 223 n. 9 con cita de G. HAZARD, *The American Law Institute*, Roma, 1995.

⁸⁰² Una aproximación desde el sistema de *civil law* en P. GALLO, voz *Restatement*, en *Digesto IV Delle discipline priv.*, vol. XVII, Torino, 1998, 417 ss.

⁸⁰³ A diferencia del *UCC* que es ley, el *Restatement* permanece como compilación privada, cuya eficacia radica en la fuerza persuasiva, esto es, el prestigio que cada particular compilación adquiere en las cortes: A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, en *Trattato di Diritto Comparato* (dir. Sacco), 2ª ed., Torino, 2002, 212 ss.

⁸⁰⁴ El proyecto fue aprobado en 1952 por el *American Law Institute* y por la *Nacional Conference of Commissioners on Uniform States Laws*, entró en vigor en el Estado de Pennsylvania en 1953 y en casi todos los demás estados entre 1957 y 1967, por ello la fecha de entrada en vigencia varía según el Estado

⁸⁰⁵ Cfr. A. ROSETT, *Improving the Uniform Commercial Code*, Roma, 1997, 4 ss. Se trataría de un código ‘jurisprudencial’ (la expresión es de G. BELLANTUONO, voz *Uniform Commercial Code*, en *Digesto IV, Delle discipline priv.*, vol. XIX, Torino, 1999, 518 ss.) que confirmaría la posición central de la jurisprudencia en el *common law*. El *UCC* se asimila a las directivas comunitarias europeas en la medida que su entrada en vigencia depende de la recepción (con la respectiva enmienda) en cada Estado miembro: en este sentido A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 212 ss.

las referencias que siguen, resulta conveniente entrar pues a tratar los aspectos del modelo norteamericano para la gestión de los eventos sobrevenidos durante la ejecución del contrato.

El modelo norteamericano en materia se caracteriza por ser menos rígido que el modelo inglés en la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* y la consiguiente intangibilidad del contrato⁸⁰⁶. Por ello, mientras en el *common law* inglés las cortes no se cansan de señalar que no tienen el poder de modificar el contrato (dando así soluciones que no llegan a ser equitativas a causa del binomio cumplimiento o resolución) en caso de eventos sobrevenidos que alteren el equilibrio de la operación, en el *common law* norteamericano, caracterizado por la atenuación del mencionado principio, tiene gran relevancia la constante búsqueda por parte del juez (como *rule maker*) de mecanismos que le permitan llegar a soluciones más equitativas para una apropiada distribución del riesgo derivado de eventos sobrevenidos no imputables a los contratantes.

Sobre la huella de la *doctrine of frustration of contract* elaborada originariamente en área británica, se forma en el *common law* norteamericano el concepto de *impracticability*, aplicado en las decisiones sobre casos de supervención contractual. Conviene afirmar desde ya que el *common law* estadounidense considera las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis en las que el juez califica una de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral, y determina su alcance respecto de un específico evento sobrevenido⁸⁰⁷; en términos generales, la *impossibility* comprende los supuestos tradicionales ya analizados en área británica de la *destruction of the subject-matter*, la *supervening illegality*, y la *death or illness* del deudor, casos en los cuales desaparece un estado de cosas cuya *continued existence* constituía una *constructive condition precedent* de la obligación del promitente⁸⁰⁸. Sin abordar aquí en detalle la evolución jurisprudencial de la *impracticability*⁸⁰⁹, debe recordarse cómo la idea de inexigibilidad que permitía desvincularse del rigor de la imposibilidad como única causa eximente de responsabilidad, maduró en área de *common law* norteamericano gracias a la atención de las cortes a las repercusiones económicas que rodeaban la ejecución del contrato, en uso del método casuístico propio de la jurisprudencia. En el modelo norteamericano no hay duda que la *impossibility* conduce siempre a una *frustration* del contrato en cuanto no es posible alcanzar el objetivo de obtener la prestación, sin embargo, no todos los casos de *frustration* se deben a una *impossibility*; en efecto, en muchos casos lo que desaparece es la posibilidad de usar el bien o la prestación objeto del contrato de manera ventajosa, como en los casos en los cuales un cierto evento, sin destruir totalmente el

⁸⁰⁶ Como señalamos al tratar el modelo británico, la rigidez con que en éste se aplica la regla áurea, no ha encontrado una crítica seria en la doctrina inglesa, ello determinó que los autores norteamericanos se concentraran en individualizar los puntos débiles de la *doctrine of absolute contracts*, con el resultado de considerarla una regla vacía, obsoleta y de alcance residual, en vigor sólo en aquellas situaciones en las que todavía no se ha reconocido una de las innumerables excepciones formuladas por la jurisprudencia estadounidense: así lo plantea G. GILMORE, *The Death of Contract*, cit., 79 ss.

⁸⁰⁷ A. CORBIN, *on Contracts*, cit., 653-686.

⁸⁰⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 89, quien señala cómo la *ratio* del caso *Taylor v. Caldwell* no se encuentra en el proceso de *implication of fact*, que se entiende ficticio, sino en aquel de la *implication of law*.

⁸⁰⁹ En cuanto al *iter* jurisprudencial del concepto, y en general sobre el tema, la bibliografía es amplia, nos limitamos aquí a remitir para una noción, a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 245 n. 26 y la amplia bibliografía allí citada.

objeto y por ello sin generar una imposibilidad de la prestación, hace más bien que ésta sea inútil respecto de la finalidad que se esperaba con su ejecución. Surge así la distinción entre las categorías de *impossibility/impracticability* por un lado, y la *frustration of purpose* por otro (*Lloyd v. Murphy*, 25 Cal 48 [1944] 53)⁸¹⁰, confirmada en el *Restatement on contracts* de 1932 y en el *Second Restatement* de 1981⁸¹¹. En 1932 ambas categorías fueron ubicadas en el capítulo XIII dentro de las causas de *discharge*, y luego disciplinadas en 5 secciones para la *frustration* y un capítulo con 16 secciones para los efectos de la *impossibility/impracticability*. La *impracticability* sería pues una evolución de la *doctrine of impossibility* más allá de los confines de la imposibilidad material.

Por su parte, habrá *frustration of purpose* cuando el juez deba proceder a calificar la prestación respecto de un particular evento sobrevenido, siempre que no haya coincidencia entre el sujeto obligado a ejecutar la prestación hecha imposible y el sujeto interesado en obtener el *discharge*; así por ejemplo en el mencionado caso *Paradine v. Jane*, la parte obligada a pagar la contraprestación aun podía, no obstante el evento sobrevenido, cumplirla, ya que se trata de conseguir las utilidades normales que derivan de la contraprestación hecha imposible por causa no imputable al deudor. Se habla igualmente de *frustration of purpose* si la finalidad que el sujeto obligado a pagar busca mediante la contraprestación que remunera, se hace irrealizable a causa del evento sobrevenido, como en el *case Krell v. Henry*⁸¹².

⁸¹⁰ Los hechos fueron estos: antes de la intervención de los Estados Unidos en la Segunda Guerra mundial, una persona había tomado en arriendo un terreno en el cual pretendía desarrollar una actividad de comercialización de automóviles, posteriormente, el país entró en guerra y el gobierno limitó la venta de automóviles nuevos, el arrendatario se negó a cumplir el contrato, no obstante, la decisión le fue adversa. El tribunal sostuvo en esta ocasión que quien tomaba en arriendo un terreno situado sobre una vía de gran circulación, podía destinarlo para otra cosa, por ejemplo subarrendándolo, y que además un comerciante experto debía prever la imposición de medidas restrictivas a causa de la guerra, sin olvidar que se trataba de una limitación al sector y no una total prohibición. En esta decisión se afirmó: << Although the doctrine of frustration is akin to the doctrine of impossibility of performance since both have developed from commercial necessity of excusing performance in cases of extreme hardship, frustration is not a form of impossibility even under the modern definition of that term, which includes not only cases of physical impossibility but also cases of extreme impracticability of performance. Performance remains possible but the expected value of performance to the party seeking to be excused has been destroyed by a fortuitous event, which supervenes to cause an actual but not literal failure of consideration (...) The doctrine of frustration has been limited to cases of extreme hardship so that businessmen, who must take their arrangements in advance...merely restricted and if governmental regulation does not entirely prohibit business to be carried on in the leased premises but only limits or restricts it, thereby making it less profitable and more difficult to continue, the lease is not terminated or the lessee excused from further performance >>.

⁸¹¹ Para una crítica a la ubicación de estas categorías en el *Restatement*, vide CORBIN, *on Contracts*, cit., 332.

⁸¹² Acerca de estas hipótesis en el área de *civil law*, el llamado sinalagma funcional y la valoración judicial del evento sobrevenido, vide M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 90, quien señala cómo en todas ellas la << dottrina nord-americana che ha avuto maggiore eco in Italia tende a ragionare in termini di incidenza del supervening event su quello che nella nostra esperienza giuridica è denominato sinalagma funzionale. Secondo un linguaggio familiare ai giuristi di civil law, non è dato distinguere, sul piano delle conseguenze giuridiche, un problema di 'presupposti del agire negoziale' da un problema di 'sopravvenienza dell'imprevedibile': nel processo di 'construction', il carattere 'condizionale' dell'obbligo assunto da una delle parti di un bilateral contract rispetto al mutamento delle circostanze originarie, carattere che determini una 'frustration of purpose', dipende principalmente dalla valutazione giudiziale del 'supervening event' e, secondo una delle tesi più accreditate, dalla riscontrabilità di una alterazione del rapporto di valore fra le prestazioni scambiate o comunque di un ingiusto arricchimento dell'avente diritto al corrispettivo >>.

La *Impossibility* y su evolución mediante la *doctrine of impracticability*.-

§ 1. *Discharge by impossibility*.-

En el *common law* inglés, como se vio, la *impossibility of performance* tanto material como jurídica, libera al deudor de su obligación, siempre que el evento sobrevenido no le sea imputable. Esta regla se difundió ampliamente en la jurisprudencia norteamericana (*Gouled v. Holwitz*, 113 A 323 N.J. [1921]; *Spalding v. Rosa* 71 N.Y. 40 [1877]), que ha procurado establecer << *by whom the risks should be carried, and the extent of the risk that is carried* >>⁸¹³, de modo que quien ha prometido entregar un bien o efectuar una prestación diversa, asume el riesgo de la pérdida de ese bien o la imposibilidad de ejecutar esa prestación y la consiguiente ganancia que de ello se deriva; con base en esta regla, quien debe recibir el bien u otra prestación no debe asumir el riesgo de la imposibilidad, pues debe ya asumir el riesgo de no recibir la ganancia que espera con el bien u otra prestación.

Una ampliación de los eventos causa de *impossibility* se presentó sucesivamente por obra de la jurisprudencia, que, consciente de la necesidad de replantear el concepto del modelo para la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos, prefirió un camino distinto al de las cortes inglesas ampliando la disciplina más allá de los límites de la imposibilidad material o jurídica de la prestación. En este proceso de elaboración de la disciplina, la imposibilidad absoluta de la prestación no es ya un concepto cerrado con un riguroso límite, la nueva realidad a la que se encuentra sometido el contrato abre la puerta al desarrollo del concepto de *commercial impracticability*, una imposibilidad económica que conducirá luego a una neta distinción entre las dos *doctrines* mediante su codificación en el *UCC* (imposibilidad física y jurídica, e *impracticability*) en materia de compraventa, extendida luego a todos los contratos en el *Second Restatement* (§§ 261 ss.)⁸¹⁴.

§ 2. *Commercial impracticability*.-

A partir de la regla de los *absolute contracts*, cuya importancia en el *common law* norteamericano es limitada, la doctrina ha señalado cómo la ilicitud sobrevenida de la prestación al igual que la imposibilidad material de ella, ponen en evidencia una regla precedente a la *sancity of contract*, por lo que no se trata de una excepción sino de un principio autónomo, expresado en el *civil law* con la máxima latina *impossibilium nulla obligatio est*, al cual se han referido las cortes americanas en diversas ocasiones (p. ej. *Louville & NRR v. Mottley* [1911], 219 US 467)⁸¹⁵, mediante una concepción amplia de la contrariedad a la ley en la que tienen cabida todos los caso de orden o prohibición

⁸¹³ CORBIN, *on Contracts*, cit., 324.

⁸¹⁴ *Second Restatement on Contracts* (1981) § 261: << Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an even the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary >>.

⁸¹⁵ Cfr. E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 700 ss.

de la autoridad judicial, o de contrariedad a un acto administrativo⁸¹⁶. La regla de la ilicitud sobrevvenida en el modelo norteamericano se amplía pues más allá de la imposibilidad absoluta de la prestación, asumiendo que el deudor sería liberado igualmente en los casos en los que podría materialmente cumplir su obligación si decidiese ejecutar un acto ilícito; esta concepción contrasta con el modelo inglés, y de ella parte la sustitución del término *impossibility* como base de la *doctrine*, con el de *impracticability*, de matriz subjetiva y de considerar en cada caso concreto⁸¹⁷. Los casos de muerte del deudor o de su incapacidad para ejecutar la prestación, son considerados igualmente hipótesis de *impracticability*; también en estos casos la jurisprudencia ha interpretado con elasticidad el concepto de imposibilidad, llegando a considerar que si bien la obligación *intuitu personae* se refiere a la persona del deudor, en ocasiones ese *intuitu* puede tener como objeto también la identidad del acreedor o de un tercero⁸¹⁸. En cuanto a la imposibilidad de ejecutar la prestación a causa de la destrucción del bien objeto del contrato, la jurisprudencia ha seguido el precedente inglés del caso *Taylor v. Caldwell*, solo que los jueces ingleses lo han aplicado exclusivamente a los casos de imposibilidad absoluta física o jurídica, los jueces norteamericanos en cambio han ampliado su base comprendiendo también los casos de imposibilidad económica que se definen con el modelo de la *commercial impracticability*.

§ 3. Ampliación de la imposibilidad sobrevvenida: la *doctrine of commercial impracticability*.-

La extensión de los confines de la regla *impossibilium nulla obligatio est* que hemos enunciado, no siguió inicialmente un camino con parámetros uniformes sino que se fue elaborando mediante el uso de diversos criterios relacionados con el ámbito de su aplicación en un determinado sector contractual. La doctrina señala cómo pueden encontrarse los parámetros generales de la disciplina aplicada en una amplia casuística. En un primer sector de casos relativos a *commercial impracticability* se encuentran los llamados *Repair Cases*, en los que fundamentalmente un arrendatario de obra había solicitado judicialmente su liberación de la obligación a causa de la destrucción sobrevvenida del inmueble en el cual se realizarían los trabajos, pues se trataba de un evento que estaba fuera de su esfera de control; la jurisprudencia, en los casos en que el arrendador de obra se haya obligado a ejecutar los trabajos sobre un *opus* ya existente, con el fin de delimitar su alcance, ha opuesto otro grupo constituido por lo casos en los que el arrendador de obra se habría obligado a construir un *opus novus*, a los que se aplica la regla opuesta, esto es, la destrucción sobrevvenida de la parte de la obra que en el *interim* había sido construida, no liberaba al constructor de la entrega de la obra final, por lo que debía entonces reconstruir lo hecho. La razón de ser de esta distinción parece

⁸¹⁶ Conviene señalar que, sea o no ella una regla autónoma, una de las más comunes causas de imposibilidad proviene precisamente de la ley o de un acto gubernamental que hacen imposible el cumplimiento de la prestación: v. F. P. TR AISCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 234 ss. Algunos *cases* en materia: *Kuhl v. School Dist. No 76* (Neb. 1952), 51 NW 2ª ed. 746; *Process Supply Co. v. Sunstar Foods* (1979) WL 30091; *Eastern Air Lines v. Mc Donnell Douglas* (1976) 532 F 2d. 957; *L.N. Jackson v. Royal Norwegian Govt.* 177 F 2d. 694; *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.* (1981) 517 F 2d 440; *Engel Industries v. First American Bank*, (1992) N.A. 798 F. Supp. 9.

⁸¹⁷ E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 701 ss.

⁸¹⁸ Cfr. F. P. TR AISCI, op. cit., 235 n. 49, con cita de S. WILLINGSTON, *On Contract*, 1ª ed. Rochester-New York, 1920, sub. § 1941.

infundada, sin embargo está acorde con el principio general del caso *Taylor*, siempre que se considere que la subsistencia del inmueble preexistente es una condición tácita del contrato, lo que no encuentra su base si el inmueble no existía al momento de la celebración del mismo (*Carroll v. Bowerstock*, 158 P 143 [Kan. 1917]; *Butterfield v. Byron*, 27 NE 667 [Mass. 1981]).

En cuanto a la destrucción del bien objeto de entrega, parte de la doctrina ha planteado una distinción entre la destrucción de bienes ya determinados y la de bienes todavía no determinados; otra parte de la doctrina señala cómo esta distinción tenga poca relevancia práctica, ya que la jurisprudencia no sigue criterios uniformes, en unos casos se ha declarado la *impracticability*, en otros se ha negado en atención al criterio del *grater risk*, o de la ausencia de culpa del contratante⁸¹⁹.

En lo que tiene que ver con los casos en los que se acaba la fuente de aprovisionamiento del bien objeto de suministro, la jurisprudencia restringe también la aplicación de la *doctrine* exigiendo que la fuente del bien no sólo se haya terminado definitivamente, sino también que haya sido prevista contractualmente como la única fuente de aprovisionamiento del bien y que el evento haya sido imprevisible para las partes al momento de celebrar el contrato, además, se exige que quien solicita su liberación por *impracticability* haya procurado todas las medidas necesarias para evitar la extinción de la fuente (*Hunington Beach Union High School Distr. v. Continental Information Sys. Corp.*, 621 F 2d 353; *Center Garment Co. v. United Refrigerator Co.*, 369 Mass, 633; *Interpetrol Bermuda Ltd. v. Kaiser Aluminium Int'l Corp.*, 719 F 2d 992 [1985]; *Heat Exchanges, Inc. v. Map. Constr. Corp.*, 34 Md. App. 679 [1977]; *Zidell Explorations Inc. v. Conval International Ltd.*, 719 F 2d 1465 [1983]).

Otra aplicación de la regla se encuentra en los llamados *Crop failure cases*, en los que normalmente un empresario agrícola obligado a entregar una cantidad determinada de productos, pedía su liberación de la obligación alegando que el incumplimiento estaba justificado ya que la cosecha anual no había sido suficiente; en estos casos la jurisprudencia afirmó que la responsabilidad se excluiría sólo en relación con aquellos contratos en los que se hubiera previsto que los productos debían provenir exclusivamente del fundo del promitente (*Dunavant Enterar. v. Ford*, 294 So. 2d 788 [Miss. 1974]). En casos similares pero en los que nada se hubiese establecido en el contrato, se ha sostenido que el productor puede siempre adquirir el bien de manos de terceros, por lo tanto la baja cosecha no lo eximiría del cumplimiento (*Conagra v. Bartlett Partnership*, 540 N.W. 2d 333 (Neb. 1995)). Es precisamente ésta hipótesis la más problemática, pues tocará al juez el difícil trabajo de interpretación, lo que ha llevado a la doctrina⁸²⁰ a señalar la falta de uniformidad en los criterios adoptados por la cortes en los casos que nada se ha dicho en el programa contractual; así, unas veces han acudido a la *implied condition theory*, otras veces se ha negado la liberación especialmente cuando no se trata de un empresario agrícola sino de uno comercial, afirmando que habría podido adquirir el bien siempre disponible en el mercado agrícola compuesto por otros vendedores⁸²¹. Esta situación ha dado lugar a una distinción entre

⁸¹⁹ F. P. TRASCIA, op. cit., 237 n. 58-60, con cita de WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 4a ed., St. Paul, 1995, 117.

⁸²⁰ E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 706 ss.

⁸²¹ Las cortes unas veces se han inclinado por una interpretación literal del contrato, por lo que la falta de una cláusula excluiría la liberación del deudor; otras veces el silencio del texto ha sido considerado como una *implied condition*, para una visión a la operación hermenéutica de las cortes, cfr. *Bunge Corp. v. Reaer*, 519 F 2d. 449 [8th Circuit 1975]; *Almance Country Bd of Ed. v. Bobby Murray Chevrolet Inc.*

contratos en los que la obligación de entregar recae sobre un empresario agrícola, y contratos en los que dicha obligación corresponde a un mayorista de productos vegetales, donde se entiende que sólo éste último se encuentra << *in a position to spread the risk of a single crop failure among his costumers* >>, mientras que para el productor agrícola la cosecha insuficiente representa una causa para su liberación de la obligación (*Squillante v. California Lands*, 42 P. 2d 81 [Cal. App. 1935]; *Bliss Produce Co. v. A.E. Albert & Sons Inc.*, 20 UCC 917 [1976]; *Semo Grain Co. v. Oliver Farm Inc.*, 530 S.w. 2d 256 [Mo. App. 1975])⁸²².

Otro grupo de casos se refiere a las huelgas que hayan impedido el cumplimiento de la prestación. La doctrina considera que la mayor parte de las huelgas se debe a peticiones de aumento salarial, y que una vez concedido el aumento desaparece la razón de la huelga, que una vez revocada, permitiría el cumplimiento de la obligación; además, se ha dicho que la huelga difícilmente puede considerarse un evento imprevisible, ya que a menudo es objeto de cláusulas de *hardship*, no obstante, se encuentran decisiones en la jurisprudencia que la aceptan como causa de *impracticability*, cuando no es en contra del deudor sino de un tercero (*Mishara Constr. Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp.*, 365 Mass. 122 [1974]; *Glassner v. Northwest Lustre Craft Co.*, 39 Or. App. 175 [1979]).

§ 4. De la *impossibility* a la *commercial impracticability*: el criterio subjetivo de imposibilidad económica.-

Con la ampliación de los límites de la imposibilidad sobrevenida absoluta u objetiva, entendida en el sentido que << *a thing is imposible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is not practicable when it can be done at excessive and unreasonable cost* >>⁸²³, se sustituyó el criterio objetivo representado seguramente en la imposibilidad material, con un criterio de imposibilidad económica que exige del juez una complicada valoración subjetiva⁸²⁴. Cabe agregar que ésta

465 S.E. 2d 306 [N.Y. App. 1996]; *Unke v. Thorpe*, 59 N.W. 2d 419 [S.D. 1996]; *Anderson v. May*, 52 N.W. 530 [Minn. 1982].

⁸²² La doctrina también está dividida, mientras algunos autores critican la falta de uniformidad en las decisiones, otros aceptan cargar el riesgo de la cosecha insuficiente sobre el contratante que tendría mayor posibilidad de remediar el bien adquiriéndolo de un tercero, optando por la liberación del deudor cuando se trate de un empresario agrícola y el adquirente sea un empresario comercial que pueda fácilmente adquirir el bien de manos de otros productores, e imputando el incumplimiento y atribuyendo responsabilidad al deudor siempre que sea un empresario comercial: cfr. E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 706 ss.; WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., 174.

⁸²³ *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289-293, 1916, 156 P. 458-460, ésta fue la primera vez que se formuló el concepto de *commercial impracticability*, la Corte decidió a favor de la liberación de responsabilidad estableciendo que una prestación es imposible cuando es *impracticable*, y es *impracticable* cuando puede ser cumplida sólo con costos excesivos e irrazonables. Este principio fue recibido inicialmente en 1932 en la *Section 454 Restatement (First) of Contracts*, que introdujo la noción de imposibilidad no solo en sentido estricto, sino también la *impracticability* a causa de extrema e irrazonable dificultad (*extreme hardship*); sucesivamente la *Section 261 Restatement (Second) of Contracts* del 1981 y la *Section 2-615 UCC* establecieron que un aumento de costos más allá de lo normal y que crea una dificultad extrema e irrazonable puede determinar la doctrina de la *impracticability*.

⁸²⁴ Una definición de esta imposibilidad económica como *subjective impossibility* se encuentra en el *case B's Co. v. B.P. Barber & Assoc.*, 391 F 2d 130 (4th Cir. 1968): << *impossibility which is personal to the promissor and does not inhere in the nature of the act to be performed* >>.

imposibilidad no parece referirse a una mera *difficultas* del deudor, sino a un cumplimiento excesivamente oneroso respecto de las condiciones iniciales del contrato⁸²⁵. Ahora bien, cómo valorar la excesiva onerosidad, inicialmente fue valorada en términos cuantitativos sin fijar criterios uniformes, teniendo en cuenta de manera porcentual la desproporción respecto del valor originario de la prestación⁸²⁶. Surge natural la pregunta, bajo la doctrina de la imposibilidad ¿la jurisprudencia habría efectivamente entendido liberar al deudor de la prestación sobre la base de una excesiva onerosidad sobrevenida? La respuesta está en que el desproporcionado aumento de los costos no ha sido reconocido generalmente por las cortes como causa suficiente para que el contrato se entienda *frustrated*⁸²⁷. La *commercial impracticability* como una valoración cuantitativa tuvo poco éxito, ello abrió paso a una valoración cualitativa que se convirtió en la característica más importante del modelo norteamericano para la supervención contractual; en este sentido, para conceder el remedio la jurisprudencia ha exigido que la prestación no esté en desproporción respecto del valor inicial o de la contraprestación, sino que ella sea << *essentially different from that for which the parties contracted* >>, destacando también la exigencia de un << *change in the essential nature of contractual performance* >>⁸²⁸. Surge entonces una nueva concepción de la *doctrine of commercial impracticability*, no ya como forma atenuada de la imposibilidad física, sino como forma cualitativamente distinta en el sentido que la prestación, si bien todavía posible, de ser ejecutada en las nuevas circunstancias resultaría ‘excesivamente onerosa’ respecto de lo inicialmente acordado por las partes; se dio así el paso hacia la autonomía de la *commercial impracticability*.

⁸²⁵ La jurisprudencia abandonó así un criterio de fácil valoración a cambio de uno subjetivo que señala la excesiva onerosidad, avocándose así a la determinación de los cánones para valorar la supervención, una difícil operación que para la doctrina resulta << *easy to state and difficult to apply* >>: cfr. WALT, *Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability*, en *24 Indiana Law Review* 65 (1990).

⁸²⁶ Una reseña de los casos para establecer a partir de cuáles porcentuales de excesiva onerosidad las cortes han aceptado la *impracticability*, se encuentra en S. W. HALPERN, *Application of the doctrine of Commercial Impracticability*, en *135 Pennsylvania Law Review*, 1123 (1987), 1135, 1138 ss., quien además afirma: << *Equating commercial impracticability with physical impossibility gives rise to a purely quantitative analysis: how great a loss or deviation from the original contracting conditions makes performance impracticable* >>.

⁸²⁷ Cfr. FRANSWORTH, *Contracts*, cit. 711 ss. Los casos en jurisprudencia son numerosos, acorde con esta doctrina algunos relevantes en materia son: *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.*, 826 F.2d 239 (4th Cir. 1987); *City of Vernon v. City of Los Angeles*, 290 P.2d 841 (1955); *Karl Wendt Farm Equip. Co. v. International Harvester Co.*, 931 F.2d 1112 (6th Cir. 1991); *Publicker Indust. v. Union Carbide Corp.*, 17 UCC Rep. 989 (E.D. Pa. 1975); *Kell Kim Corp. v. Central Markets*, 519 N.E.2d 295 (N.Y. 1987); *Peerless Cas. Co. v. Weymouth Gardens*, 215 F.2d 362 (1st Cir. 1954); en cuanto al aumento de precios del petróleo generado por la crisis de 1972 vide *Tennessee Valley Authority v. Westinghouse Electric Corp.*, cit.; *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp. 129 (N.D. Pa. 1980); en cuanto a la incidencia del aumento de costos en el patrimonio del deudor vide *Alimenta (USA) v. Gibbs Nathaniel (Canada)*, 802 F.2d 1362 (11th Cir. 1986); *Groseth Intl. v. Terreno*, 410 N.W.2d 159 (S.D. 1987).

⁸²⁸ S. W. HALPERN, *Application of the doctrine of Commercial Impracticability*, cit., 1136 ss.

§ 5. La codificación de las *doctrines* en el *UCC*. ¿La autonomía de la *commercial impracticability*?.-

Como señalamos atrás, las dos doctrinas fueron codificadas separadamente en el *UCC*, en este se distinguen las dos hipótesis de imposibilidad física y jurídica de aquella de la *commercial impracticability*, sin embargo, ambas producen las mismas consecuencias jurídicas.

En materia de *Casualty to identified Goods*, el § 2-613 del *UCC* establece:

<< *Where contract require for its performance goods identified when the contract is made, and the goods suffer casualty without fault of either party before risk of loss passes to the buyer, or in a proper case under a no arrival no sale term [...] then (a) if the loss is total the contract avoided; and (b) if the loss is partial or the goods have so deteriorated as no longer to conform to the contract the buyer may nevertheless demand inspection and at his option either treat the contract as avoided or accept the goods with the due allowance from the contract price for the deterioration or the deficiency in quantity but without further right against the seller* >>.

Con esta norma se libera al deudor de su prestación siempre que el contrato exija para su cumplimiento bienes no fungibles y estos perezcan sin culpa del deudor antes que el riesgo de la destrucción se traslade al adquirente (cfr. el *case ConAgra Inc.v. Bartlett Partnership*, 540 N.W. 2d 333 [Neb. 1995]).

Por su parte, en materia de *Excuse by Failure of Presupposed Conditions*, el § 2-615 del *UCC* establece:

<< *Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who compiles with paragraphs (b) and (c) is not breach of his duty under a contract for sale if performance has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by the compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or other whether or not it later proves to be invalid* >>.

Esta norma concede a las partes la facultad de liberarse del cumplimiento siempre que la prestación sea ‘impracticable’ a causa de un evento cuya no ocurrencia representaba una de las *basic assumptions* en las que se fundaba del contrato. Si bien el párrafo se refiere sólo al vendedor, doctrina y jurisprudencia aceptan que debe extenderse también al adquirente⁸²⁹. La norma ofrece sin duda una mayor apertura respecto del concepto de *frustration*, en cuanto se extiende a casos en los que el evento sobrevenido hace la prestación económicamente insostenible, incluyendo el aumento de costos siempre que supere el alcance normal y produzca una dificultad extrema e irrazonable para uno de los contratantes; no se trata de un simple aumento de los costos, éste debe ser *extreme and unreasonable*, llegando en algunos casos a alterar la naturaleza de la prestación estipulada⁸³⁰. No obstante su flexibilidad, la noción de impracticabilidad está basada una vez más en el dogma de la voluntad, en la ficción del

⁸²⁹ Vide *amplius* WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., 166.

⁸³⁰ Cfr. el comentario a la *Section 2-615 UCC* y la *Section 261 Second Restatement of Contracts*.

presupuesto implícito, considerando la no ocurrencia del evento imprevisto como una *basic assumption* sobre la cual las partes basaron su acuerdo. Surge todavía el problema de determinar la *essential nature* de la prestación que habría sido alterada a causa del evento sobrevenido, la doctrina deduce del comentario oficial al parágrafo que la aplicación de la norma sería restrictiva, excluyéndose que el aumento o la caída de los mercados sirva como causa para la liberación del deudor, ya que precisamente para ello se celebran contratos de duración con un *fixed price* o precio anticipado y se pactan cláusulas de *hardship*, por otra parte, el comentario se muestra permisivo frente a la aplicación de la *doctrine* en los casos de excesivos costos de mercado a causa de grave carestía de materia prima debido a eventos de guerra, embargos, falta de cosecha u otras circunstancias imprevistas de alcance similar⁸³¹. Otros autores señalan que también en los casos de leve aumento de los costos se podría justificar la aplicación del remedio en atención no a las fluctuaciones del mercado sino al evento que las ha producido, una contingencia cuya no ocurrencia era presupuesto esencial del contrato⁸³².

Bajo la rúbrica titulada *Substituted performance*, se establece en el § 2-614 del *UCC* una regulación ulterior:

<< (1) *Where without fault of either party the agreed berthing, loading, or unloading facilities fail or on agreed type of carrier becomes unavailable or the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable but a commercially reasonable substitute is available, such performance must be tendered and accepted.* (2) *If the agreed means or manner of payment fails because of domestic or foreign governmental regulation, the seller may withhold or stop delivery unless the buyer provides a means or manner of payment which is commercially a substantial equivalent. If delivery has already been taken, payment by the means or in the manner provided by the regulation discharges the buyer's obligation unless the regulation is discriminatory, oppressive or predatory* >>.

El *UCC* concede al deudor la facultad de sustituir el objeto de la prestación hecha imposible o comercialmente impracticable, con un sustituto *commercially reasonable*, siempre que sea posible, o bien permite al deudor no efectuar la entrega si el pago por parte del adquirente se hizo ilícito a causa de un acto de la administración pública, salvo que dicho pago pueda realizarse haciendo uso de una forma que sea comercialmente su equivalente sustancial (*commercially a substantial equivalent*).

Este proceso de paulatina liberación del régimen de la responsabilidad del deudor evidente en la *Section 2-615 UCC*, se reconstruye tradicionalmente partiendo de un *Suez case*. Uno de estos casos relacionados con la *Section*, fue el *Transatlantic Finance Corporation v. U.S.* 124 U.S. App. D.C. 183, 363 F. 2d 312 (1966), en el cual la compañía de navegación del demandante, obligada a la entrega de una carga de grano,

⁸³¹ E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 711 ss.

⁸³² Pero las cortes no presentan una tendencia hacia el reconocimiento de estos eventos. F. P. TRASCIA, op. cit., 246 n. 100 señala algunas decisiones en sentido negativo (no reconocimiento de una *basic assumption*): *Louisiana Power & Light Co. v. Allegheny Ludlum Industries*, 517 F. Supp. 1319 (E.D. La, 1981) y *Bernina Distributors, Inc. v. Bernina Sewing Machine Co.*, 646 F. 2d 434 (10th Cir. 1981); en sentido afirmativo (*discharge* para el deudor): *Florida Power and Light Corp.*, 826 F 2d 239 (4th Cir. 1987).

tuvo que modificar la ruta alrededor del África a causa del cierre del canal; el actor afirmaba la imposibilidad de la prestación ya que se entendía implícito en el contrato que la ruta habitual era la de Suez, a esta argumentación la corte replicó que el cambio de las circunstancias, si bien extraña a la esfera de control de las partes, no era suficiente para la *impracticability*⁸³³. Otro caso emblemático fue el *U.S. v. Wegmatic Corporation*, 360 F. 2d 674 (2nd Circ. 1966), en el que un deudor se lamentaba por un imprevisto de orden técnico que habría retardado la entrega y hecho imposible la prestación; la corte, basada en la cláusula contractual de liquidación del daño por retraso en la entrega y la distribución del riesgo por *unforeseen circumstances*, negó la aplicación de la *Section*. Sería la crisis meridional de los 70's la que daría ocasión a las cortes para considerar con mayor atención el tema de la distribución del riesgo contractual en los contratos de duración provistos o no de mecanismos convencionales de adaptación al cambio de las circunstancias⁸³⁴.

Pero la realidad de los contratos de duración es siempre cambiante, contingente, de manera que las cláusulas convencionales para su *adjustment* a las fluctuaciones del mercado no podían solucionar completamente el problema de la distribución del riesgo, a pesar de ello, la jurisprudencia permanecía fiel a la regla de la intangibilidad del contrato negando los extremos de la *impracticability* y por ende negando la *excuse* del deudor siempre que hubiera una cláusula convencional de *price escalation* o de *fixed-price*, o donde la Corte considerara que los eventos eran previsibles⁸³⁵. Cabe notar que

⁸³³ Análogamente otro *Suez case*, el *American Trading Company & Production v. Shell International Marine Ltd.*, 453 F. 2d 939 (2nd Cir. 1972).

⁸³⁴ Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 246 ss., quien señala el caso *Iowa Electric & Power Co. v. Atlas Corp.* 23 UCC Rep. 1711 (N.D. Iowa 1978). En este *case* se había estipulado el suministro cuadrienal de uranio que se hizo gravemente oneroso a causa del embargo petrolero; poco tiempo después de celebrado el contrato, la combinación de varios factores, entre los cuales el embargo árabe del petróleo y las decisiones de la OPEC, produjo un aumento en los costos de producción del uranio que llevó a las empresas productoras al borde de la quiebra. *Atlas* pedía un reajuste equitativo del precio a la luz de la facultad de *excuse* de la *Sec. 2-615 UCC*, pero la Corte negó la existencia de los elementos para la *impracticability* ya que el deudor no había probado suficientemente que el aumento de costos estaba fuera de su esfera de control.

⁸³⁵ En este sentido el *case Publiker Industries Inc. v. Union Carbide Corp.* (17 UCC Rep. 989 [Dist. Ct. E.D. Pa 1975], en el cual la cláusula índice para la actualización periódica del precio de un suministro trienal de una sustancia petroquímica afin al etanol, no lograba cubrir el precio de mercado del etanol, incrementado a causa de los acontecimientos en oriente; el distribuidor, luego de haber pedido infructuosamente a la contraparte el *adjustment* del precio, se negaba a cumplir alegando la intervención de una fuerza mayor que conduciría a la *commercial impracticability* evidente en el aumento de los costos de producción. Así mismo el *case Eastern Air Lines Inc. v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429 (S.D. Fla. 1979), en el cual el precio del combustible aéreo suministrado por la Gulf habría debido reflejar los cambios en el mercado en cuanto las partes habían vinculado la *escalation clause* al valor de un cierto tipo de petróleo reportado por una revista especializada; en este caso la corte negó la *excuse* a la luz de una interpretación literal del contrato, que consideró *clear and unambiguous*, por lo tanto no era necesaria una interpretación de la *subjective intention of the parties*. Esta decisión se aplicó también en el caso *Missouri Public Service Company v. Peabody Coal Company*, 583 S.W. 2d 721 (Mo. Ct. App. 1979), donde la adaptación del precio base para el suministro decenal de carbón, vinculado diligentemente por las partes a una serie de índices relacionados con el costo del trabajo, los impuestos y reglamentos del gobierno y a un específico *Industrial Commodity Index*, se mostró ineficaz respecto de las pérdidas que *Peabody* habría sufrido respetando la *escalation* contractual a causa del embargo petrolero, empero, la corte negó la *excuse* considerando que no se trataba de una *basic assumption* esencial al contrato o de una alteración del *performance*. También el caso *Northern Illinois Gas Co. v. Energy Cooperative Inc.*, 38 UCC Rep. Serv. 1222 (Ill. App. Ct. 1984), en el cual la actualización convencional del precio de la nafta que *Energy* debía pagar a la *Northern* por la producción sintética de gas natural para el suministro a terceros usuarios, estaba vinculada al precio del petróleo, pero luego de celebrado el contrato, la

la jurisprudencia había ya considerado en el caso *Transatlantic* que la posibilidad de prever los eventos no suponía necesariamente la exclusión del remedio, puesto que la previsión/imprevisión en general, y la previsión de un determinado evento en particular, no demuestran la voluntad de asumir el riesgo de su ocurrencia, especialmente si se piensa que las partes no siempre están en grado de disciplinar todas las eventualidades, a veces porque no llegan a un acuerdo, pero comúnmente porque están demasiado ocupadas; acorde con este razonamiento, resulta entonces significativo que algunos riesgos extraños al alea del contrato sean previstos en el programa contractual, pero esto no indicaría necesariamente la distribución definitiva del riesgo si ocurre el evento⁸³⁶.

El modelo norteamericano presenta una fuerte influencia de las consideraciones económicas del contrato, esto caracteriza notablemente la *modern rule* en materia de eventos sobrevenidos. En sustancia, jurisprudencia y doctrina afirman que con esta concepción de la regla cada uno de los contratantes asume no solamente el riesgo de la imposibilidad de la prestación, sino, en general, de toda la esfera del riesgo que cada uno de ellos tiene bajo su control, salvo que eventos no previstos produzcan, no ya la imposibilidad material de la prestación, sino la pérdida en términos económicos de la utilidad de su ejecución, esto es, la hagan *commercially senseless and unjust*. Este fue el precedente iniciado por el conocido caso *Aluminium Co. of America v. Essex Group, Inc.* (499 F. Supp. 129 [W.D. Pa 1980], trad. italiana en *Foro it.* 1982, IV, 367) que partió de refinadas construcciones doctrinales en la búsqueda de la voluntad presunta de las partes. Se trata de un caso – usando la expresión de Pardolesi - de ‘activismo judicial’, en el cual el juez Tetelbaum decidió restablecer el equilibrio económico entre las prestaciones para garantizar así la continuidad de la relación comercial. En el contrato, *Alcoa* estaba obligada a transformar la materia prima suministrada por *Essex*, y a entregársela luego como aluminio fundido, la duración del contrato era de 16 años y el precio del aluminio procesado por *Alcoa* se determinaría mediante una fórmula constituida por elementos variables y algunos índices; sin embargo, a causa de las políticas de la OPEC, de los sobre costos de producción imprevistos debido a los controles ambientales, y, en particular, del alza en el precio de la energía eléctrica, el margen de pérdidas de *Alcoa* superó ampliamente la cobertura de la cláusula de indexación, a esto se agregó el desproporcionado aumento del precio de mercado del aluminio respecto de los costos de su producción, garantizando a *Essex* una enorme ventaja. El razonamiento de los jueces centró su atención en la sustancia económica de la operación afectada por un evidente desequilibrio patrimonial, y en la búsqueda de un remedio concreto y eficiente acorde con la naturaleza del contrato; en este sentido los jueces consideraron que debía darse antes la oportunidad a las partes de renegociar el contrato para superar las contingencias y favorecer su ejecución, en ausencia de ello la

deregulation del mercado interno hizo bajar los precios del gas natural y la *Public Utility Commission* impedía a *Northern* gravar sobre los usuarios el alza de los costos en la producción de energía; estos hechos no sirvieron para cambiar la posición de la Corte frente a la negativa de conceder la *commercial impracticability ex Sec. 2-615 UCC*, enfatizando en la previsión de los eventos afirmó la corte que << the question of whether the non-occurrence or non-event was a basis contract assumption is a question of foreseeability (...) as we have stated (...) adverse shifts in oil and gas price were foreseeable and Northern Illinois Gas was charged with knowledge that it might not always be able to arise its rates >>: v. más detalles en MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 247 ss.

⁸³⁶ En cuanto a la relevancia del criterio previsión/imprevisión, vide también el *case Eastern Air Lines v. McDonnell Douglas Corp.*, 532 F 2d 957 (5th Cir. 1976): << when the promisor has anticipated a particular event by specifically providing for it in a contract, he should be relieved of liability for the occurrence of such event regardless of whether it was foreseeable >>.

corte habría pasado entonces a su adaptación, un hecho improbable considerando que para las partes cualquier intromisión del juez en su autonomía privada daría como resultado una solución seguramente insatisfactoria o de todos modos peor que cualquier acuerdo entre ellas. El criterio que distingue esta decisión de la línea jurisprudencial predominante se encuentra en el énfasis hecho a la gravedad del daño sufrido por la parte que alega la *excuse*, y en la función judicial de encontrar el remedio congruo en atención a las circunstancias del caso, para la Corte, estaría en juego el futuro de un importante instrumento comercial como es el contrato de duración, que podría entrar en crisis frente a la necesidad de introducir cláusulas cada vez más elaboradas y sofisticadas con el fin de conservar el equilibrio contractual⁸³⁷.

Mientras decisiones sucesivas al caso *Alcoa* parecían no tener en cuenta la nueva *ratio*, en la doctrina suscitaba grandes debates en sentido opuesto, ello se debía a las distintas interpretaciones del consuetudinario problema de la delimitación del principio de los *absolute contracts* respecto del otro, en apariencia contrastante, de la relatividad del vínculo en relación con las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato⁸³⁸; por ello frente a la afirmación del nuevo principio no faltó quien de manera más o menos drástica se opuso señalando preocupantes implicancias eversivas respecto de los principios y la sistemática de la disciplina contractual⁸³⁹. Indudablemente el problema de la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos toca los temas centrales de la teoría del contrato, en particular la disciplina que regula su ejecución, pero no puede negarse que existe una opción distinta al principio de la observancia de las obligaciones contraídas, y es quizás una opción con resultados económicos menos desfavorables y más atenta a la realidad, se trata de valorar el carácter continuo de las obligaciones nacidas de *long-term contracts*⁸⁴⁰, preferir la renegociación del contrato y por ende su conservación si es posible, antes de proceder a su *termination*⁸⁴¹.

⁸³⁷ La corte señaló así el ámbito de su influencia en la negociación del contrato: << the parties have made their own contract, the Court's role here is limited to framing a remedy for a problem they did not foresee and provide for. And while the Court will highly concede that the managements of Alcoa and Essex are better able to conduct their business than is the Court, in this dispute the Court has information from hindsight far superior to that which the parties had when they made their contract. The parties may both be better served by an informed judicial decision based on the known circumstances than by a decision wrenched from words of the contract which were not chosen with a prevision of today's circumstances. The Court gladly concedes that the parties might today evolve a better working arrangement by negotiation than the Court can impose. But they have not done so, and a rule which permits a judicial action of the kind the Court has taken in this case will provide a desirable practical incentive for businessmen to negotiate their own resolution to problems which arise in the life of long term contracts>>.

⁸³⁸ Un resumen de la amplia bibliografía en mérito hace F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 251 n. 36.

⁸³⁹ Vide por ejemplo las críticas de DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, en 64 *B.U.L Rev.*, 26, 35.

⁸⁴⁰ << The relationship between the doctrine of excuse and contract doctrine works at the even more fundamental level (...) if one is more concerned with the relationship that the contract has established, one might easily define the primary role of contract doctrine in terms of nurturing, fostering, and perpetuating the relationship >>: HALPERN, *Application of the Doctrine of Commercial Impracticability*, cit., 1128. En efecto, la gradual atenuación del principio de la *sancity of contract*, inspirada en los criterios de equidad, buena fe y corrección, se relaciona en cierto sentido con la difusión en determinadas áreas del mercado de un nuevo modelo contractual basado en su relación de duración programada para un largo periodo de tiempo, entendida como manifestación de cooperación y recíproca confianza entre las partes: cfr. DI MATTEO, *Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law*, en 33 *New Eng. L. Rev.*, 265, 1999, 344. Elaborado hace unos treinta años, éste modelo denominado por Macneil 'relacional', no se limita al intercambio instantáneo de bienes o

Ahora bien, si la atención del intérprete hace énfasis en la sustancia económica del contrato (naturaleza del contrato en el *civil law*), sin duda el criterio para la gestión del riesgo asume mayores connotaciones cuantitativas; no obstante, no puede descartarse el aspecto cualitativo del problema, esto es, el análisis de la naturaleza del evento sobrevenido y del perjuicio económico que incumbe al deudor⁸⁴².

De todo esto resulta pues inevitable que la falta de cláusulas expresas para la gestión del riesgo conduzca la mirada hacia el concepto de imprevisión, pero este es quizás un camino oscuro, en el que se transita a través de las sutilezas doctrinales y la aplicación de un ambiguo criterio de *objective foreseeability* que dificulta la aplicación del remedio; a esta técnica corresponde la tendencia objetiva del concepto de ‘imprevisión’ (que evoca la paulatina evolución en el modelo alemán del criterio subjetivo de la *Voraussetzung* hacia el criterio objetivo de la *Geschäftsgrundlage*) en cuanto referido a lo que las partes habrían razonablemente entendido como *basic assumption*. Esta es la ficción jurídica que el modelo tradicional emplea, remitiéndose al hipotético querer de las partes en la difícil aspiración, tantas veces señalada, de que la voluntad de los contratantes pueda distribuir todos los riesgos inherentes a las relaciones contractuales de larga duración.

servicios, sino que supone la planificación de una operación económica entre las partes para la realización de una finalidad común, v. E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., 488 ss. Por otra parte, los sostenedores de la teoría de los *relational contracts* han identificado en el caso *ALCOA* el inicio de la percepción de un ‘nuevo espíritu el contrato’ que rechaza la perspectiva de la interpretación de la voluntad de las partes en la distribución del riesgo, para ofrecer una solución más equitativa al cambio de las condiciones económicas de la relación: vide SPEIDEL, *The New Spirit of Contract*, en *2 J. L. & Comm.*, 193, 1982, 194.

⁸⁴¹ Acerca de los riesgos que supone la renegociación en el sentido de mejorar o empeorar la posición de las partes v. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 84; esto sería posible cuando el *surplus* del intercambio dependa de inversiones específicas hechas por un contratante durante la ejecución del contrato, como p. ej. la construcción de una planta de transformación cercana al lugar donde la contraparte produce la materia prima; si bien se trata de cargas económicas que aportan beneficios a la operación comercial, pueden crear vínculos de dependencia que alimentan el riesgo de conductas oportunistas (*opportunistic behavior*), en efecto, durante la fase de renegociación, una propuesta de revisión poco ventajosa, la particularidad de las inversiones impide terminar otros contratos.

⁸⁴² El planteamiento de los problemas del riesgo supone la exigencia de comprender la implicancia económica del modelo contractual en examen, en este sentido, siguiendo los trabajos de Polinsky y de Poster, al igual que con un detallada referencia jurisprudencial, afirma F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 253 n. 39: <<È noto che, coloro i quali trattano la materia dell'adempimento/inadempimento in termini di analisi economica, sottolineano che l'ordinamento non impone la fedele esecuzione delle obbligazioni assunte, ma, più semplicemente, offre alle parti l'alternativa fra l'adempimento e l'inadempimento, con l'obbligo, in quest'ultimo caso, di risarcire il danno sofferto dall'altra parte. Si chiarisce – ove mai ve ne fosse la necessità – che la seconda soluzione verrà preferita allorché il danno risarcibile sia inferiore al vantaggio che l'inadempiente consegue dalla diversa dislocazione dei beni e/o dei servizi che costituiscono l'oggetto della prestazione (...) Tale giustificazione, derivanti dall'analisi economica della disciplina, importerebbe, poi, un sostanziale disfavore verso quelle norme che impongono l'adempimento in forma specifica e, di conseguenza, verso soluzioni giurisprudenziali che contemplan l'applicazione del principio dell'esecuzione specifica (...) Del resto, anche in termini di analisi economica, la soluzione imperniata sulla liberazione del debitore per *impracticability* della prestazione è stata sottoposta ad un attento esame in area nord-americana. Il dibattito scaturito dal confronto fra i più attenti studiosi di *Contract Law* non è certo riassumibile in poche battute. Ma cercando di estrarre la summa delle questioni, si può ricordare che ci si è chiesti innanzitutto se l'applicazione dei principi sui quali si fonda la disciplina dell'*impracticability* costituisca la migliore tecnica di ripartizione dei rischi, subito dopo – s'intende – l'allocazione convenzionale; quindi, se la disciplina vigente valga ad ottimizzare i costi dell'affidamento del creditore >>.

§ 6. El criterio objetivo de la *impossibility*. El criterio subjetivo de la *commercial impracticability* El *agreed performance* y la determinación de las *basic assumptions*. Previsión/imprevisión y relevancia del silencio de las partes.-

De las decisiones jurisprudenciales se deduce entonces que las cortes han procedido de manera distinta en la operación hermenéutica de los elementos que constituyen cada una de las *doctrines*, en particular, la determinación de la imposibilidad material se ha convertido en una mera operación objetiva que no deja espacio a las consideraciones del juez. Así, las cortes han exigido a efectos del remedio solamente la comprobada presencia de la imposibilidad material, sin efectuar el juez norteamericano –como sí lo hace el juez inglés- la operación hermenéutica dirigida a encontrar en el tejido contractual una cláusula expresa o tácita que pueda indicar que la imposibilidad había o habría sido prevista por las partes como causa para la liberación del deudor. La regulación del *UCC* permite ver que el modelo norteamericano considera la imposibilidad absoluta de la prestación como eximente objetiva de responsabilidad, al margen de cualquier *construction* de la efectiva voluntad de las partes trámite la presuposición⁸⁴³.

Los requisitos para la determinación de la *commercial impracticability* se sintetizan en la fórmula de la sección 2-615 (a) *UCC*, además de la *specific excuse* en materia de *supervening illegality*, se introduce una regla general según la cual el incumplimiento estaría justificado siempre que la prestación se haga impracticable a causa de un evento cuya no ocurrencia (*non-occurrence*) – se insiste - constituía uno de los presupuestos del contrato. Requisito principal para la aplicación del remedio es pues la previsión/imprevisión del evento, entendida no como la probabilidad de ocurrencia del mismo en sentido objetivo, sino en sentido subjetivo como una de las *basic assumptions* en las que se funda el contrato⁸⁴⁴.

Ahora bien, de la necesidad de encontrar los presupuestos o bases del contrato, supone una ampliación en al ámbito discrecional de la interpretación judicial, a la luz de una concepción objetiva de la disciplina de la imposibilidad sobrevenida⁸⁴⁵. Surge así la pregunta, ¿cuáles *non-occurrences* deban considerarse o no *basic assumptions*? Se ha dicho que las condiciones esenciales cuya desaparición es causa de *impracticability*

⁸⁴³ Las cortes, de buscar las *implied conditions*, han pasado a determinar << whether, in the light if exceptional circumstances, justice requires a departure from the general rule that the promisor bears the risk of increased difficulty of performance >>: E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 707, quien también recomienda a los jueces (p. 713) una atenta valoración de todas las circunstancias relevantes.

⁸⁴⁴ El carácter de previsible del evento fue considerado motivo para negar la *excuse* en *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429 (S.D. Fla 1975). Por su parte, la previsión/imprevisión en sentido objetivo ha sido considerada en doctrina como indicio de la asunción del riesgo, por parte del deudor, de la ocurrencia del evento. Sin embargo, lejos de representar una derogatoria a la *modern rule*, la imprevisión del evento sobrevenido << is at best one fact to be considered in resolving first how likely the occurrence, based on past experience, of such a reasonable likelihood that the obligor should not merely foresee the risk but, because of the degree of its likelihood, the obligor should have guarded against it or provided for non-liability against the risk >>: vide *amplius* E. A. FRANSWORTH, op. cit., 718.

⁸⁴⁵ En este sentido F. P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 249, siguiendo la *Introductory Note* al capítulo 11 del *Second Restatement* que dice: << Determining whether the non-occurrence of a particular event was or was not a basic assumption involves a judgement as to which party assumed the risk of its occurrence. In contracting for the manufacture and delivery of goods at a price fixed in the contract, for example, the seller assumes the risk of increased costs within the normal range. If, however, a disaster results in an abrupt tenfold increase in cost to the seller, a court might determine that the seller did not assume the risk by concluding that the non-occurrence of the disaster was a 'basic assumption' on which the contract was made >>.

pueden reducirse a tres: 1. Que la ejecución de la prestación no haya sido considerada ilícita por una ley o un acto administrativo. 2. Que el deudor de la prestación esté en vida y sea capaz de ejecutarla. 3. La no alteración o destrucción del bien objeto del contrato. Este elenco no es exhaustivo, por tanto queda a las cortes la valoración en concreto respecto de los eventos; en este sentido, frente a la previsión de cláusulas específicas que en el contrato distribuyen riesgos de eventos distintos al ocurrido, surge la duda, interpretar o no ese silencio como asunción del riesgo por circunstancias que habrían podido ser previstas (*Dills v. Town of Enfield*, 557 A. 2d 517 [Conn. 1989]; *Waldinger Corp. V. CRS Group Engineers Inc.*, 775 F 2d 781).

Parte de la doctrina ha señalado que frente a eventos previsibles, del silencio de las partes no puede deducirse que el deudor haya asumido todos los riesgos de la imposibilidad de la prestación. Esta interpretación parte del *comment c*) a la sección 261 del *Second Restatement of Contract*⁸⁴⁶, que dice:

<< Circumstances relevant in deciding whether a party has assumed a greater obligation include his ability to have inserted a provision in the contract expressly shifting the risk of impracticability to the other party. This will depend on the extent to which the agreement was standardized, the degree to which the other party supplied the terms, and, in the case of a particular trade or group, the frequency with which language so allocating the risk is used in that trade or group...>>.

El comentario pone en evidencia que la interpretación no puede prescindir de una valoración en conjunto de todas las circunstancias de las cuales pueda deducirse que una parte asumió un riesgo mayor respecto de lo establecido en el contrato, como se afirmó en el mencionado caso *Alcoa* (cit., 70): *<< the proper question is not simply whether the parties to a contract were conscious of uncertainty with respect to a vital fact, but whether they believed that uncertainty was effectively limited within a designated range so that they would deem outcomes beyond that range to be highly unlikely >>.*

Igualmente, una atenta operación de hermenéutica contractual debe ser realizada en la determinación de un elemento ulterior: que el evento sobrevenido haya hecho imposible el cumplimiento del contrato tal y como fue estipulado (*performance as agreed*). Esto tiene como efecto el primordial rol interpretativo del juez en la distinción de los casos en los que se hace excesivamente onerosa o imposible la prestación, de aquellos en los que se hace más onerosa o imposible solamente una modalidad de su cumplimiento o uno de sus elementos accesorios. Esta regla se aplica cuando las partes hayan establecido que la prestación se cumpliría también en caso de *vis maior* (*force majeure clause*), y cuando se estipule la exención de responsabilidad por esa misma fuerza mayor, podría entonces interpretarse como asunción tácita del riesgo de cualquier otro evento por parte de quien exija la *excuse*. La ausencia de una previsión como ésta es requisito adicional para el *discharge*, por ello existe hoy una tendencia a introducir en el programa contractual cláusulas de distribución explícita y anticipada de los costos por eventos sobrevenidos; así mismo, comúnmente se incluyen cláusulas de renegociación (*fair clauses*), que exigen la presencia de una *gross inequity* provocada por inusuales

⁸⁴⁶ En materia de imposibilidad en los *Restatements*, la doctrina señala una diferencia terminológica de gran relevancia, el primero de ellos dice que el evento debe ser *unforeseen* (no previsto), y el segundo que debe ser *not foreseeable* (imprevisible).

condiciones económicas no contempladas al momento de celebrar el contrato, y establecen que las partes en tal caso deben iniciar negociaciones de buena fe encaminadas a corregir la *inequity*, y si no logran el acuerdo se someterán a un arbitramento⁸⁴⁷. Cabe agregar que la valoración del requisito de la imprevisión del evento sobrevenido en la *Section 2-615 UCC*, se deja ampliamente a la discrecionalidad del juez, que tiende a asumir una posición rígida valiéndose de la presunción de competencia profesional y considerando a menudo a las partes como dotadas de la experiencia necesaria para prever los riesgos del mercado en que operan; esto explica quizás un reciente rechazo de las cortes ante la petición de liberación de responsabilidad por *impracticability* o *frustration of purpose* en casos de arrendamiento de servicios hoteleros, cuya ejecución se había hecho particularmente onerosa a causa del imprevisto temor de ataques terroristas que redujo drásticamente el número de reservas, especialmente luego de la Guerra del Golfo y los conocidos ataques en New York⁸⁴⁸.

§ 7. No imputabilidad del evento al deudor de la prestación.-

Para la procedencia del remedio, se exige también que los efectos del evento sobrevenido no deban ser imputables a la conducta dolosa o culposa del deudor de la prestación hecha impracticable (*casus nullam culpam praesupponit*), la doctrina sugiere valorar esta responsabilidad a la luz de la interpretación del contrato, los usos comerciales y las exigencias de utilidad pública. Aquí cobra importancia en la jurisprudencia el uso de las fórmulas de *vis maior* o de *force majeure*, comprensivas de una serie de actos humanos no imputables al deudor (cercana a una noción de caso fortuito), más que el uso de la fórmula de *Act of God*, comprendida en doctrina como un concepto restringido que aparentemente comprende sólo acontecimientos naturales⁸⁴⁹. Mediante una concepción amplia de la ‘fuerza’, se ha llegado también a la liberación del

⁸⁴⁷ El rigor de la jurisprudencia en admitir excepciones a la regla áurea ha justificado la tendencia de los operadores económicos al uso de cláusulas contractuales siempre más elaboradas y sofisticadas para intentar prever toda posible condición que pueda evitar motivos de controversia; no obstante la voluntad de alcanzar el mayor grado de completud del contrato – se insiste -. está siempre presente un margen de incerteza que caracteriza los eventos sobrevenidos.

⁸⁴⁸ En el caso *7200 Scottsdale Road General Parthners v. Kuhn Farm Machinery Inc.*, 909 P. 2d 408 (1995) las partes habían acordado organizar un encuentro para la presentación de nuevos productos lanzados al mercado por la sociedad *Kuhn Farm*; en enero de 1991 la declaración de guerra contra Irak por parte de los EEUU había inevitablemente incrementado el riesgo de ataques terroristas, obligando así a los principales proveedores y distribuidores de la *Kuhn Farm* a no participar en el encuentro. La sociedad pidió la *excuse by frustration of purpose* y la *commercial impracticability*, si bien acogida en primera instancia, la petición fue negada en la apelación argumentando que el peligro de viajes aéreos en los que pudiesen tomar retaliaciones los extremistas no era una causa de resolución del contrato, y que, además, el contrato no era impracticable ya que era todavía posible ofrecer el servicio hotelero a los asistentes. Las decisiones no cambiaron luego de los ataques de 2001, en efecto, en el caso *Owbr LLC, d/b/a Outrigger Wailea Resort v. Clear Channel Communications Inc.* y otros, 266 F. Supp. 2d 1214 (2003) U.S. Dist., el contrato establecía la realización de un evento musical en el *Outrigger Wailea Resort* de Hawaii en los días 13 y 17 de febrero 2002; algunas semanas antes de la fecha establecida, los organizadores decidieron aplazar el evento manifestando su preocupación por el peligro de viajar a las islas Hawaii a causa de los atentados del 11/ 09, la *Outrigger* demandó por incumplimiento a *Clear Channel* y la Corte aceptó la petición, argumentando que el riesgo de ataques cinco meses después de los hechos de New York no hacía peligrosa la ejecución del contrato, así como tampoco fue aceptada la cláusula de *force majeure* del contrato

⁸⁴⁹ Cfr. CORBIN, *on Contracts*, cit., 1100; en jurisprudencia vide *Gans S.S. Line v. Wilhemsen* 275 F. 254.

deudor en los casos en los que la *impossibility/impracticability* de la prestación se deba no sólo a caso fortuito sino también a la conducta del acreedor o de terceros⁸⁵⁰.

La doctrina señala que el caso fortuito más recurrente en las decisiones está representado por la promulgación de leyes o de actos administrativos que hacen objetivamente impracticable la prestación, casos en los que se afirma la innecesaria valoración respecto de la existencia de una *basic assumption* relacionada con la falta de existencia de dicha ley o acto⁸⁵¹. Por su parte, en los casos en los que el cumplimiento se hace más oneroso por hechos imputables al acreedor, se aplica la misma regla del *common law* inglés según la cual se deben utilizar todos los medios disponibles para evitar la excesiva onerosidad de la prestación⁸⁵². Una precisión adicional se hace en cuanto a la *impracticability* causada por la conducta del deudor, se exige para su liberación que el comportamiento no se deba a la voluntad de incumplir la prestación⁸⁵³.

§ 8. *Frustration of purpose.*-

Esta *doctrine*, presente también en el sistema inglés, fue acogida pacíficamente en la jurisprudencia norteamericana en la que se encuentra disciplinada en ausencia de una regulación uniforme en el *UCC*. El caso de referencia proviene de la decisión inglesa en *Krell v. Henry* atrás mencionada, revisando ésta decisión la jurisprudencia norteamericana resaltó la diferencia entre la doctrina inglesa de la *frustration* y la *doctrine of impossibility/impracticability* norteamericana, en efecto, la cancelación del desfile de coronación no hacía impracticable la prestación de las partes, inmueble y canon podían aun entregarse y pagarse, solo que el efecto de la circunstancia sobrevenida privaba a una de las partes de la realización de su expectativa con la ejecución de la contraprestación, haciendo inútil el cumplimiento; de esto se deduce

⁸⁵⁰ Una amplia referencia jurisprudencial en E. A. FRANSWORTH, op. cit., 613, entre los precedentes de mayor importancia en relación con la *section 2-615 UCC* pueden citarse, en el sentido de improcedencia del *discharge* cuando el deudor voluntariamente ha hecho impracticable la prestación: *Canadian Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co.*, 258 N.Y. 194, 179 N.E. 383 (1932); *Neal Copper Grain v. Texas Sulphur Co.*, 508 F.2d. 283 (1974); *Frank B. Bozzo Inc. v. Electric Weld Division of Fort Pitt. Bridge Division of Spang Industries Inc.*, 423 A.2d. 702 (Pa. 1980); *Taylor-Edwards Warehouse & Transfer Co. v. Byrlington Northern*, 715 F.2d 1330 (1983); *Roth Steel Products v. Sharon Steel Corp.*, 705 F.2d 134 (6th Circ. 1983); *Nissho Iwai Co. Ltd. v. Occidental Crude Sales Inc.*, 729 F.2d. 1530 (5th Circ. 1984). Dentro del concepto de *fault* se incluye también la *negligence* (*Blount-Midyette & Co. v. Aeroglide Corp.*, 119 S.E. 2d 225 [N.C. 1961]; *Carlson v. Nelson*, 285 N.W. 2d 505 [Neb. 1979]). En cuanto a la liberación del deudor por eventos imputables a terceros, vide *Mac Knight Flintic Stone Co. v. Mayor*, 54 N.E. 661, N.Y. (1899), se trataba de un arrendamiento de obra para la impermeabilización de un techo, en el que los trabajos resultaron insatisfactorios a causa de la falta de cooperación de los empleados enviados por quien contrató la obra.

⁸⁵¹ WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., n. 3.

⁸⁵² << A party may not by its own conduct, create the event causing the impracticability, of performance (...); in fact it must make all reasonable efforts to avoid the 'impossibility', and once the events occurs, it must employ any practicable means of fulfilling the contract, even if it had originally expected to meet its obligation in a particular way >>: *Chemetron Corp. v. McLout Steel Corp.*, 381 F. Supp. 245 (N.D. 1974); cfr. CORBIN, op cit., 1098 ss.

⁸⁵³ En la doctrina se citan el caso del cantante de ópera que no pudo ejecutar la prestación debido a un resfriado, y el caso de la muerte del deudor de la obligación *intuitu personae*. Estos eventos son, sin duda, una *vis maior*. Cfr. F. P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 257, quien se remite a los casos *Joseph Constantine S.S. Line v. Imperial Smelting Corp.* (1942) App. Cas. 154, 165 L.T. 27 y *CNA Intl. Reins. Co. v. Phoenix*, 678 So. 2d 378 (Fla. App. 1996).

entonces que mientras la impracticabilidad sancionaría la imposibilidad de la prestación, la frustración sancionaría los casos en los que la ejecución de la prestación, si bien aun sostenible económicamente, resultaría inútil para el acreedor. De modo que la impracticabilidad estaría a favor de quien se obliga a entregar bienes o a realizar servicios, y la frustración a favor de quien se obliga a pagar sumas de dinero como contraprestación por dicha entrega o por la realización de dichos servicios⁸⁵⁴.

El *Second Restatement on Contracts* pone en evidencia la distinción entre las dos doctrinas:

§ 261.- << Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary >>.

§ 265.- << Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary >>.

Las disposiciones son evidentemente similares, la diferencia está en los efectos del evento sobrevenido, que en el primer caso hace la prestación excesivamente onerosa, mientras que en el segundo debe haber sustancialmente frustrado el *principal purpose* de una de las partes que pierde así la utilidad de la expectativa puesta en la contraprestación. Los demás requisitos para la *frustration* son los mismos de la *impracticability*: 1. Que la no ocurrencia del evento sea una *basic assumption* del contrato. 2. Que los efectos dañosos del evento no sean imputables a la conducta dolosa o culposa del deudor. 3. Que la parte no haya asumido *a greater obligation than the law imposes*⁸⁵⁵. Este último requisito está ligado al inciso << unless the circumstances indicate the contrary >>⁸⁵⁶ y a su interpretación, por lo que análogamente a cuanto ocurre en la impracticabilidad, también en la frustración la sola prueba de una *substantial frustration* de uno de los presupuestos del contrato no es suficiente para liberar al deudor cuando éste asumió los riesgos de la circunstancia sobrevenida, acorde con los criterios aplicados para la *impracticability*, deducidos unas veces de la interpretación del contrato, otras veces de la noción de imprevisión. Sin embargo, esto no sería del todo verdadero, primero si se considera desde la óptica del contratante débil, ya que la distribución anticipada del riesgo pudo haber sido impuesta por el contratante fuerte, y segundo porque, si bien hecha anticipadamente esa previsión sobre

⁸⁵⁴ En este sentido afirma E. A. FRANSWORTH, op. cit., 720: << this case did not prevent Krell from letting Henry use his room or Henry from paying Krell the £ 50. Rather, its effect was to deprive one party entirely of the benefit he expected from the other's performance, since it made the use of Krell's rooms during the period for which they were virtually worthless to Henry (...) In general, the doctrine of impracticability of performance operates to the advantage of parties that are bound to furnish goods, lands, services or similar performance, while the doctrine of frustration of purpose operates to the advantage of the parties that are bound to pay money in return of those performances >>.

⁸⁵⁵ Cfr. F. P. TRAISCI, op. cit., 260 ss., y jurisprudencia allí citada en notas 159 a 161.

⁸⁵⁶ Presente en los §§ 261 y 265 del *Second Restatement*.

el riesgo, el contratante no habría entendido asumirlo (*Washington State Hop Producers v. Goshie Farms*, 773 P. 2d 70; *West Los Angeles Inst. For Cancer Research v. Mayer*, 366 F 2d 220 [9th Cir. 1966])⁸⁵⁷.

Al igual que en el sistema inglés, en el modelo norteamericano la *frustration* ha tenido poca aplicación práctica, y ello ha sido justificado por la doctrina en el hecho que el remedio no debe ser invocado injustificada, temeraria o abusivamente, de lo contrario se permitiría su tutela simplemente cuando alguien haya celebrado un mal negocio⁸⁵⁸.

§ 9. Efectos del *discharge*, resarcimiento del daño, revisión judicial del contrato y criterio del *superior risk bearer*.-

Como hemos ya señalado, tanto la *impossibility* como la *frustration* producen la *discharge* del deudor, esto es, su *excuse* por el incumplimiento de la prestación y de la condena en daños, además de estar legitimado para la restitución. Aquí, al igual que en el modelo inglés, se tiene en cuenta la relevancia práctica de cada uno de los remedios, concebidos como *defenses* del deudor demandado en juicio. Una cuestión de mayor complejidad surge en cuanto al daño resarcible, pues bien sea que se trate de *impracticability* o de *frustration* el efecto es la liberación del deudor, no obstante parte de la doctrina ha señalado que el *discharge* tiene algunos efectos patrimoniales que lo caracterizan como mecanismo de compensación monetaria, lo que indicaría la necesidad de tratar el remedio a la luz del incumplimiento, mediante una valoración eficiente del daño y su reparación, conforme a ciertas reglas del análisis económico del derecho⁸⁵⁹.

En verdad, si se aceptan reglas del análisis económico del derecho, el incumplimiento del contratante afectado por el evento sobrevenido debería sancionarse con su condena al resarcimiento del daño por la desilusión de la expectativa del acreedor (*expectation damages* o *expectation damages rule*), así mismo, el incumplimiento deberá aceptarse cuando se muestre eficiente, esto es, cuando el costo de la prestación resulte superior al valor que el acreedor le atribuye, en los demás casos deberá afirmarse el *performance as agreed*. Pero, si realmente se piensa que no es posible dar una respuesta jurídica a la elección entre exención de responsabilidad del deudor incumplido o su condena en daños, se debe entonces indagar en el comportamiento de las partes respecto del riesgo. Asumen así especial importancia en las decisiones jurisprudenciales las nociones de *reliance interests*, *down payment* y *expectation interests* propias de la disciplina del resarcimiento del daño⁸⁶⁰. Al igual que en Inglaterra, el juez norteamericano en caso de imposibilidad sobrevenida no considera resarcibles los *expectation interests*, pero sí considera repetible el *down payment*; en cambio existe división en cuanto al resarcimiento de los *reliance interests*,

⁸⁵⁷ E. A. FRANSWORTH, op. cit., 723 ss.

⁸⁵⁸ << The introduction of the doctrine of frustration of purpose was no doubt necessary in order to 'do justice'; that is, in order to allocate risk of harm through supervening events in accordance with the current practices and notions of reasonable men. But it must not be carried to an extreme beyond those practices and notions. It is a doctrine that is very appealing to a disappointed loser in some enterprise; and there will be constant pressure to extend its applications >>: CORBIN, op. cit., 495.

⁸⁵⁹ TRAISSI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 266 n. 182 con cita de M. J. WHITE, *Contract Breach And Contract Discharge*, en *17 Journal of Legal Studies* (1987/88) 353.

⁸⁶⁰ En el *civil law*, los dos primeros pueden asimilarse al daño emergente, y el último al daño lucro cesante.

prevaleciendo la opinión de gravar con esos gastos a la parte que los ha realizado. De esto resulta interesante observar los efectos de la *expectation rule* en relación con el acreedor, el cual, si confiase en la certeza de recobrar – incluso judicialmente - el valor de la prestación incumplida, no limitaría en todo caso la inversión económica hecha para obtener su expectativa (*reliance investment*) y no mitigaría el daño⁸⁶¹. En materia de perecimiento del bien objeto del contrato en *common law*, la regla tradicional ha sido el principio *res perit domino*, abandonado por el *UCC* en materia de compraventa al plantear la distinción entre vendedor profesional (en cuyo caso el riesgo pasa al momento de la entrega) y vendedor no profesional (en cuyo caso el riesgo pasa al momento del acuerdo).

Un aspecto interesante resulta del *comment 6* a la sección 2-615 del *UCC*, que en efecto se refiere a un uso equitativo del remedio, acorde con los estándares comerciales y con la buena fe⁸⁶². En efecto, el *UCC* no concede al juez la posibilidad de modificar los términos originales del contrato, pero éste rigor admite una excepción que se encuentra precisamente en el comentario oficial, se reconoce al juez la posibilidad de adaptar el reglamento negocial para restablecer el equilibrio entre las prestaciones, cuando las circunstancias del caso concreto y razones de *justicia cocontractual* así lo requieran, en respeto pleno de la política general que inspira al *UCC* de emplear principios equitativos como columna de los *standards* comerciales y de la buena fe. En dicho comentario la doctrina encontró ocasión para señalar un camino más flexible que la jurisprudencia interpretó como expresión de la buena fe en la ejecución del contrato, esto es, el deber de revisar el contrato para adaptarlo en caso de eventos sobrevenidos; esto explica por qué en ocasiones, cuando el acreedor se niega a modificar el contrato, las cortes han negado la ejecución específica. Pero de inmediato se afrontó el aspecto central de la cuestión, el complejo problema de legitimar o no la revisión judicial del contrato a instancia de parte⁸⁶³, que en este modelo tiene relativa presencia en el § 2-716 *UCC* que permite al juez incluir en la sentencia todos los términos, condiciones, reembolsos y compensaciones que le parezcan oportunos. La doctrina señala algunos casos en los que se ha legitimado al juez para revisar el contrato, una línea jurisprudencial que se extendió a los casos de *mutual mistake* (error común) aunque si después fue abandonada⁸⁶⁴. La disciplina de la *impracticability* asume así un carácter innovador respecto del ordenamiento tradicional y se pone en línea con otros casos de revisión judicial del contrato presentes en el sistema norteamericano (p. ej. la liquidación anticipada de los daños por incumplimiento), encaminados a limitar la

⁸⁶¹ En este sentido explica F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 302 ss.: << Se poi si guarda al principio che impone mitigare o comunque contenere i danni sofferti dal creditore per la mancata esecuzione della prestazione, si rileva che la probabilità che il debitore consegua la liberazione da responsabilità condiziona in maniera significativa il comportamento del primo; in breve, la tendenza al comportamento rischioso, che si indica con l'espressione *moral hazard*, verrebbe a ridursi proporzionalmente alle *chances* di vittoria del debitore che ricorre alla difesa dell'*impracticability* >>.

⁸⁶² El *comment* dice que en situaciones en las que ni el sentido común ni la justicia se satisfacen – cuando el problema se ponga en términos de eximente o no eximente – resulta necesaria una adaptación según lo previsto por la norma, en modo especial las secciones que tratan la buena fe, la *insecurity* y la justicia. No sorprende la referencia al principio de buena fe y la relación de la *impracticability* con la teoría de la *Störung der Geschäftsgrundlage*, en efecto, el *UCC* está influenciado por la admiración del *Chief Reporter* Karl Llewellyn por el derecho alemán, en particular por la cláusula *Treu und Glauben* del § 242 BGB, lo que justifica los insistentes llamados del *UCC* a dicho principio.

⁸⁶³ Vide por todos WLADIS, *Impracticability as Risk Allocation*, en 22 *Georgia Law Review*, 596 (1988).

⁸⁶⁴ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, cit., 367 ss.

autonomía privada en el respeto de estándares de comportamiento inspirados en el deber de buena fe y corrección en las relaciones comerciales.

El caso sin duda más significativo relacionado con este aspecto es el mencionado *Alcoa*, donde el juez no pronunció la *discharge* del deudor sino una *reforma equitativa del precio*, pero el criterio empleado tuvo más eco en la doctrina que en jurisprudencia, los estudiosos compartieron la *ratio* de la decisión que se convirtió en el único precedente en el que una corte rechazó por primera vez la regla según la cual el juez no puede sustituir a las partes en la modificación del contrato. Sin embargo, el criterio del caso *Alcoa* no ha sido acogido por la jurisprudencia posterior y todavía suscita debate en la doctrina, en efecto, una parte de ésta, que argumenta desde el análisis económico, critica la posibilidad de intervención judicial para modificar ex-post el contrato, señalando fundamentalmente que el juez no sería la persona más indicada para valorar los costos del evento sobrevenido, ya que no estaría en grado de determinar el *superior risk bearer*, en particular en los casos en los que las partes no estuviesen al corriente al momento de celebrar el contrato de los costos del evento sobrevenido, de manera que la dificultad en valorar quién debe asumir los daños de la imposibilidad sobrevenida, sugiere que sería mejor liberar al deudor y dejar la distribución de los costos para tratar en una eventual renegociación del contrato⁸⁶⁵. Nuevamente surge aquí el peligro de una reconstrucción de la hipotética distribución de los riesgos que las partes han debido prever eficazmente, sin olvidar que normalmente acontece que aquellas desconocen cuál es la gestión económica más apropiada de los riesgos, lo que permite afirmar que el concepto de *superior risk bearer*, dirigido a individualizar ex ante la mayor capacidad para soportar el riesgo, no parece conducir a una solución particularmente sugestiva⁸⁶⁶.

El procedimiento lógico de esta concepción se explica en el cálculo del valor de las ganancias o de las pérdidas de vendedor y comprador. El vendedor estaría dispuesto a cumplir, incluso si sufre algunas pérdidas, sólo si éstas son inferiores a las ganancias del comprador, ya que en caso de incumplimiento aquel deberá compensarle la desilusión dentro del límite del interés positivo. La contraposición es pues entre el valor del contrato para el comprador y el costo del cumplimiento para el vendedor, no obstante, la realidad práctica no siempre se presenta de esa forma⁸⁶⁷. El análisis económico del derecho no parece pues ofrecer una solución adecuada a los problemas de la excesiva

⁸⁶⁵ P. TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law*, en *Internacional Review of Law & Economics*, 1991, 63 ss.

⁸⁶⁶ La dificultad en dar un uso racional al remedio sería la consecuencia de la concepción que busca una eficiente distribución de los recursos, confirmada en la imposición al deudor incumplido al pago del resarcimiento del daño en la medida del interés positivo: cfr. P. TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law*, cit., 63 ss.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 306 ss.

⁸⁶⁷ Es ilustrativa la precisión que señala MACARIO, op. cit., 306 n. 108 en el sentido que, si en presencia de un contrato de suministro a precio fijo los costos aumentarían de forma excesiva e imprevista para el vendedor, y el comprador, como a menudo ocurre, estuviese en grado de asumir un aumento en el costo de adquisición mediante alza del precio del bien a revender a terceros, la preclusión de la oportunidad para el vendedor de liberarse de la obligación so pena la condena por el resarcimiento del interés positivo, no conduciría cierto a una solución eficiente. Existiría en cambio el riesgo – siempre con Macario -, tanto más inminente cuanto más la obligación de vender se prolongue en el tiempo, de la destrucción de una riqueza (quiebra del vendedor); dicha pérdida no encontraría adecuada compensación en la ventaja del comprador, en cuanto éste, si bien partiendo de una ventaja inicial o inmediata, se encontraría luego con la imposibilidad de continuar la relación comercial a causa de la imposibilidad (incapacidad económica o financiera) sobrevenida del vendedor. Por el contrario, la liberación del vendedor trasladaría el aumento de costos al comprador y, según la situación particular de mercado en que las partes actúan, el traslado del aumento de precios sobre los sucesivos adquirentes.

onerosidad de la prestación, siempre que su base sea el principio del riesgo a cargo del contratante que esté en mayor grado de controlarlo (*superior risk bearer*), además, se agrega el riesgo de la hipotética reconstrucción de la voluntad de las partes mediante un criterio de eficiencia⁸⁶⁸, que se valora con datos de los acontecimientos imprevisibles al momento de celebrar el contrato, y, un riesgo adicional, que el resarcimiento del interés positivo pueda en ciertos casos resultar una ventaja extraordinaria e injustificada para la contraparte. Por su parte, en la lógica tradicional la renegociación del contrato (*contract adjustment*) permanecería ligada a la iniciativa de las partes, y estaría destinada a lograr en abstracto la distribución más eficaz del riesgo, posicionando nuevamente a las partes de un contrato en curso de ejecución.

⁸⁶⁸ En este sentido P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: Tendenze e Prospettive* (Economic Analysis of Law: 'Tendencies and Perspectives'), en *Quadrimestre*, 1987, 571 afirma que el análisis económico del derecho ignora las motivaciones distintas a la sola ventaja patrimonial, como por ejemplo, el deseo de poder o de prestigio, o de tranquilidad que juegan un rol esencial en una empresa y más aun cuando ésta establece relaciones contractuales de larga duración.

VII

Force majeure y hardship en la Lex mercatoria y la contratación internacional

Sumario: **27.** *Lex mercatoria*: el *novissimum ius gentium*. § 1. Formación de la teoría moderna. § 2. Aproximación al concepto. Breves características. § 3. Ausencia de una definición unitaria. **28.** *Force majeure* y práctica del comercio internacional. § 1. Características: de los eventos sobrevenidos tradicionales hacia la *force majeure économique*. § 2. *Force majeure* en la práctica arbitral de la CCI. § 3. *Force majeure* en las decisiones del *Iran-EEUU Claims Tribunal*. **29.** Adaptación del contrato y cláusula de *hardship*. § 1. Cláusulas de valor o adaptación automática. § 2. Cláusulas de *hardship* o adaptación por sucesivo acuerdo de las partes. § 3. Contenido, presupuestos de la renegociación y relatividad del vínculo obligatorio: el deber de renegociar y su alcance. § 4. Distinción con la disciplina legal de la imposibilidad sobrevenida: *hardship* ¿una noción única? § 5. *Hardship* en la práctica arbitral de la CCI. § 6. El art. 79 CISG. § 7. *Hardship* o adaptación del contrato en los PCCI y en el Derecho Europeo de Contratos. § 8. Nuevas fronteras del riesgo: adaptación en las operaciones de *project financing*.

27. Lex Mercatoria: el novissimum ius gentium.-

Se trata de una polémica que es ya rutinaria en el ámbito de la doctrina de los contratos internacionales, pues la llamada *lex mercatoria* tiene un elevado grado de aceptación lo que hace importante considerar su estudio en general, y, en particular, en relación con la problemática que revisamos, que en este ámbito se concentra en las nociones de *hardship* y de *force majeure*. Los conceptos y los problemas alrededor del tema se tratan aquí con moderación, siguiendo los estudios tradicionales de la proficua doctrina internacional en la materia.

§ 1. Formación de la teoría moderna.-

A partir del surgimiento de estructuras legales uniformes en las relaciones de intercambio en el periodo que va desde el medioevo hasta nuestros días, es posible señalar ciertos momentos históricos en el desarrollo del derecho comercial transnacional. El antiguo derecho mercantil estaba basado en prácticas y estatutos de los consorcios influyentes, en el derecho consuetudinario y los precedentes de las *curiae mercatorum*. Dos datos importantes deben mencionarse en este contexto. En 1622, Gerard MALYNES⁸⁶⁹ definió la *lex mercatoria* como el <<*derecho consuetudinario de los comerciantes (...) más antiguo que cualquier ley escrita (...) construido sobre las bases de la razón y la justicia*>>; por su parte, en sus Comentarios a las Leyes de

⁸⁶⁹ *Consuetudo vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant*, London, 1629, 3 ss.

Inglaterra, Sir BLACKSTONE⁸⁷⁰ escribió que <<no hay leyes municipales que puedan ser suficiente para regular la gran extensión y dificultad de los negocios y el tráfico de mercaderías, tampoco tienen ellas la autoridad para ese propósito (...) Por esta razón los negocios del comercio internacional están regulados por su propia ley, llamada ley mercantil o *lex mercatoria* >>⁸⁷¹.

Ya a finales del siglo XIX e inicios del XX, el entusiasmo por el nacionalismo y la revolución industrial dieron paso a la idea de un “derecho privado mundial” (*Weltprivatrecht*)⁸⁷², basado en la investigación comparada de los distintos sistemas jurídicos de todas las naciones civilizadas, este “derecho privado mundial” estaría concebido para ser superior a cualquier sistema legal doméstico tanto en su estructura como en su contenido sustancial. La idea fue acogida por el nacimiento del derecho comparado como ciencia legal independiente en el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en París en 1900; en efecto, fue en este Congreso en el que SALEILLES – influenciado por las lecturas de STAMMLER y LAMBERT – introdujo la idea de una visión universalista del derecho, en la determinación de los principios generales que son comunes a los sistemas jurídicos civilizados (un ‘*droit idéal relatif*’ en palabras de SALEILLES) y la creación de un ‘*International Common Law*’ constituido por las reglas aplicables a las necesidades de ese tipo de comunidades que han alcanzado el mismo estándar de civilización. La idea progresista de ZITELMANN fue naturalmente una utopía legal, ella fue opacada por las fuertes nociones de soberanía y nacionalismo⁸⁷³.

El concepto de nueva *lex mercatoria* fue enunciado por primera vez en su versión moderna en los años cincuenta por obra de JESSUP, *Transnational Law* (1956), donde la expresión “transnacional” aparece por primera vez; es en esta época que la noción de un ‘derecho comercial transnacional’ fue revitalizada por obra del comparatista francés Berthold GOLDMAN y luego desarrollada y expandida por su alumno Philippe FOUCHARD en el área del arbitramento comercial internacional. Ya en los años sesenta del siglo pasado se inició una sistemática discusión estimulada por la *London Conference on the Sources of International Trade* (1962)⁸⁷⁴, donde sobresale otra voz

⁸⁷⁰ *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, 15th ed., 1809, 273.

⁸⁷¹ Al margen de la similitud de estas definiciones, hay en ellas una diferencia intrínseca importante, mientras que la concepción de Malynes estaba completamente libre de cualquier noción de soberanía, la de Blackstone en cambio no era ya realmente transnacional sino que estaba directamente vinculada al poder de las leyes domésticas; así, con la llegada de las codificaciones del s. XIX, la *lex mercatoria* fue en parte absorbida por los códigos de la época y el antiguo derecho consuetudinario de los comerciantes cayó en el olvido: cfr. K. P. BERGER, *The New Law Merchant and the Global Marketplace, A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, en *The Practice of Transnational Law* (ed. by Berger), London-Boston, 2001, 5 ss.

⁸⁷² La noción fue planteada por ZITELMANN, *Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung*, 1888, 193 ss. En 1995, Berman reintrodujo la terminología de Zitelmann expresando el carácter universal del nuevo tipo de derecho mercantil en la naciente era de la globalización: << Indeed the word “transnational” refers back to the era of sovereign national states and indicates that it is to be transcended. It does not, however, give a new name to the new era that all humanity has entered. The right name for the new era, I submit, is “emerging world society”, and the right name for the law by which it is governed is “world law” >>: H. J. BERMAN, en *Fordham Int'l L.J.* (1995), 1617 y 1619.

⁸⁷³ K. P. BERGER, *The New Law Merchant and the Global Marketplace*, cit., § 2 in fine.

⁸⁷⁴ Los trabajos de la conferencia fueron recopilados y editados por C. M. SCHMITTHOFF como *Sources of International Trade Law*, London, 1964. De gran relevancia fueron las palabras de Clive Schmitthoff al introducir el ‘*London Colloquium in the New Sources of the Law of International Trade*’ ante el Kings’ College en septiembre de 1962: << The evolution of an autonomous law of international trade, founded on universally accepted standards of business conduct, would be one of the most important developments

detrás del resurgir de la *lex mercatoria* a inicios de los años sesenta, fue precisamente Clive SCHMITTHOFF quien en varios artículos se avocó al estudio de la evolución del sistema del derecho comercial transnacional, en su opinión, ese moderno derecho del *international trade* mostraba una fuerte tendencia hacia la auto-regulación, y su desarrollo sería promovido por la contratación internacional y el arbitramento comercial internacional, todo lo que favoreció el desarrollo de estructuras legales transnacionales⁸⁷⁵; para SCHMITTHOFF, la progresiva cooperación entre estas instituciones fue el paso siguiente en el desarrollo de un derecho comercial internacional autónomo, en otras palabras, el avance hacia la autonomía de la *lex mercatoria* dependería en esta concepción de la voluntad de cooperación de las diferentes agencias en aras de beneficiar el intercambio comercial entre las naciones⁸⁷⁶; a todo esto siguieron importantes tratados sobre la materia, incluyendo las discusiones entre los profesores B. GOLDMAN y C. M. SCHMITTHOFF.

En 1971, pocos años después de la creación de la UNCITRAL, el secretariado del instituto UNIDROIT presentó su idea general de unos principios para los contratos internacionales en su reporte a la UNCITRAL acerca de la *progressive codification of the law of international trade*⁸⁷⁷. El reporte fue preparado en cuatro conferencias de todas las instituciones involucradas en la unificación del derecho: UNIDROIT, UNCITRAL, UNCTAD (*United Nations Commission on International Trade and Development*) y el subcomité de *Foundamental Legal Concepts* como órgano del *European Committee on Legal Cooperation*. Retomando las ideas de SCHMITTHOFF, el reporte hizo un llamado al esfuerzo combinado de todas las instituciones y enfatizó sobre la urgente necesidad de desarrollar principios y reglas para la contratación internacional que pudieran servir como punto de referencia para la construcción de contratos privados y convenciones internacionales sin necesidad de acudir a las leyes nacionales, el reporte acentuó que su objetivo inherente era el de sentar las bases para un '*code of international world trade law*' y un genuino sistema legal transnacional⁸⁷⁸. Esta iniciativa buscaba transformar los

of legal science in our time. It would constitute a common platform for commercial lawyers from all countries, those of planned and free market economy, those from civil law and common law, and those of fully developed and developing economy, which would enable them to co-operate in the perfection of the legal mechanism of international trade >>.

⁸⁷⁵ << It is the formulating activity of these international agencies which inspires hope for the ultimate emergence of a fully autonomous law of international trade (...) Commercial life is a many-splendoured thing, and out of the complementary activity of these international agencies must eventually arise the harmony of an integrated autonomous international trade law >>: C. M. SCHMITTHOFF, *Sources of International Trade Law*, cit., 37.

⁸⁷⁶ C. M. SCHMITTHOFF, op. cit., 39. No sorprende el hecho que Schmitthoff haya sido el fundador de la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) en 1966, establecida mediante Resolución 2205 (XXI) en la plenaria 1497 de diciembre 17 de 1966; la UNCITRAL fue uno de los primeros objetivos en el camino hacia la progresiva armonización y unificación del derecho del comercio internacional, mediante la coordinación de los trabajos de las organizaciones activas en ese campo, estimulando la cooperación entre ellas la comisión juega un papel central en la "codificación" de los principios y reglas del comercio internacional.

⁸⁷⁷ Se trata del *Report of the UNIDROIT Secretariat* sobre la '*Progressive codification of the law of international trade*', en *United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook I* (1968-1970), 285 ss.

⁸⁷⁸ El *Report* señaló que <<...international trade needs its own ordinary law with its own particular role and full range of functions (...) The very fact that the legal relationships of international trade are international in character puts them outside the jurisdiction of municipal law and makes them governable by a law removed from any national contingencies, that is, *an ordinary law of international trade*, which alone can provide the legal framework which international trade needs in order to develop (...)

distintos esfuerzos de unificación del derecho en ciertas áreas del comercio internacional, hacia un *world-wide project* para la creación de un derecho uniforme (*uniform law*) aplicable a los contratos del comercio internacional; bajo la influencia de las propuestas de René DAVID (en *UNIDROIT Annuaire* 1967-1968, Vol. II, 77, 87), Schmitthoff (en *UNIDROIT Annuaire* 1967-1968, Vol. II, 93, 115) y Blagojevic (en *UNIDROIT Annuaire* 1967-1968, Vol. II, 119, 139 ss.) hechas en la *IV Conference of the Institutions Concerned with the Unification of Law* realizada en Roma en abril de 1968⁸⁷⁹, se impulsó la redacción de un proyecto de *Model-Basic-Code* hecho a partir de convenciones internacionales y de leyes y acompañado por estatutos domésticos para los contratos internacionales (leyes uniformes). La iniciativa fracasó pues no logró superar el mayor obstáculo, la noción de soberanía del Estado.

En la década de los noventa se dio una aproximación sociológica al fenómeno en los estudios publicados por el sociólogo francés DEZALAY y el profesor norteamericano GARTH, quienes trataron la *lex mercatoria* en una forma, si se quiere, provocadora⁸⁸⁰; según estos autores, la teoría de la *lex mercatoria* había sido ya “reinventada” por los viejos grandes maestros de Francia y Suiza⁸⁸¹ en orden a favorecer, al menos estadísticamente, la dominación de las compañías occidentales en las relaciones negociales con sus antiguas colonias⁸⁸². Con esta ambigua y flexible herramienta académica, los “inventores” de la *lex mercatoria* habrían logrado, en opinión de D. y G., invocar grandes principios del derecho con los cuales justificar una “vía de escape” cuando se enfrentaran a las demandas de renegociación y expropiación en los famosos arbitramentos de los años sesenta, setenta e inicios de los ochenta en materia petrolera⁸⁸³, el problema según estos autores estaría en utilizar nociones vagas como ‘principios generales del derecho’ o ‘derecho transnacional’, y, en el riesgo de la imposición de las doctrinas legales de los países desarrollados; no obstante ésta difícil argumentación, aceptan que la *lex mercatoria* permanece como instrumento significativo para el arbitramento internacional y para tratar aspectos relevantes de las necesidades de los países en vía de desarrollo⁸⁸⁴.

La última etapa relevante - que continúa en nuestros días- en la evolución del fenómeno de una particular codificación del derecho comercial internacional inició en mayo de 1994 con la publicación de los *Principles of International Commercial*

Consequently, international trade now, as much as ever, needs a real *ius commune mercatorum*, a material law that can govern international relations (...) It would be unthinkable (...) either to allow international trade to continue to be governed by a host of national laws, since that places it in an impossible position, or to leave all legal problems arising in international trade to be solved simply by practice (...) So the first task will be to prepare a draft for the general section containing the basic principles which will form the foundations and the framework of the unification >>: *Report of the UNIDROIT Secretariat on 'Progressive codification of the law of international trade'*, cit., 286 ss.

⁸⁷⁹ Vide el sumario de los resultados de la conferencia en *UNIDROIT* (ed.), *Annuaire* 1967-1968, Vol. II, 317 ss., donde se señaló que los esfuerzos para esta unificación << still constitute the most appropriate method for the achievement of a certain degree of uniformity in the various domestic laws >>.

⁸⁸⁰ K. P. BERGER, *The New Law Merchant and the Global Marketplace*, cit., § 6 (a).

⁸⁸¹ DEZALAY/GARTH, *Dealing in Virtue*, Chicago, 1996, 39.

⁸⁸² DEZALAY/GARTH, *Dealing in Virtue*, cit., 85 ss.

⁸⁸³ Sobre la llamada *lex petrolea* ver R. D. BISHOP, *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*, en *YCA* (1998), 1131ss.

⁸⁸⁴ DEZALAY/GARTH, *Dealing in Virtue*, cit., 90; cfr. K. P. BERGER, *The New Law Merchant and the Global Marketplace*, cit., § 6 (a) in fine, quien señala cómo Dezalay y Garth << took a biased sociological approach: they focussed exclusively on the north-south conflict instead of phenomenon of institutional rule making through the *societas mercatorum* >>.

Contracts (PICC) de UNIDROIT. Un año después la *Commission on European Contract Law* publicó la primera parte de los *Principles of European Contract Law* (PECL), y en diciembre de 1999 la misma Comisión publicó una versión ampliada y revisada de estos principios. En 1996 el *Center for Transnational Law* (CENTRAL) de la Universidad de Colonia publicó su lista de Principios, Reglas y Estándares de la *Lex Mercatoria*. Para la doctrina, estos fenómenos serían el reflejo de un cambio dramático en la discusión sobre la *lex mercatoria*, la evidencia de una ‘*creeping codification of transnational law*’⁸⁸⁵, esto es, un proceso de codificación anormal, un marcado cambio de paradigma en el derecho del comercio internacional que del *rulemaking* formal de las agencias internacionales pasa a los esfuerzos privados de codificación. Acorde con esta doctrina, la producción del derecho comercial transnacional se habría “privatizado”. En este contexto transnacional, sin embargo, ‘codificación’ no significa la ‘producción’ sino la ‘reproducción’ del derecho. Los Grupos de Trabajo Privados, incluso cuando ellos actúan bajo el patrocinio de una agencia internacional, no son los legisladores de la *lex mercatoria*; la nueva *lex mercatoria* es creada por las partes en las transacciones comerciales internacionales y sus tribunales de arbitramento. Así, los Principios de UNIDROIT y los Principios Lando, no son ‘*Re-Statements*’ sino ‘*Pre-Statements*’ de la nueva *lex mercatoria*⁸⁸⁶.

La noción de ‘*creeping codification*’ presenta dos aspectos: 1. Ella señala un aparente retroceso en el proceso tradicional de formación de la ley, es decir, del proceso de codificación del derecho entendido en sentido tradicional, se avanza hacia un proceso liderado por los académicos y las prácticas legales privadas, algunas veces bajo el amparo de una institución internacional como UNIDROIT. 2. Esta noción implica un desarrollo gradual en el tiempo, no sólo es un proceso informal y privado sino también lento y constante, no es una labor acabada y se prolonga en el tiempo con el avance y perfeccionamiento de útiles reglas prácticas; ello resulta del carácter especial de esta área del derecho, mucho más que los otros campos, el derecho transnacional es un derecho viviente que se desarrolla a grandes pasos y requiere un marco regulatorio flexible y adaptable, esta particular cualidad del moderno derecho civil se parece a la continuidad y vitalidad del antiguo *ius commune*, por lo que sería un error pretender capturar tal derecho en la estrechez de la codificación tradicional.

En todo caso, no es la intención acá tomar posición sobre la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, sino más bien enunciar y describir los usos del comercio internacional aceptados en materia de excesiva onerosidad sobrevenida. Ahora bien, no obstante esto último, caben algunas consideraciones adicionales. La *lex mercatoria*, en sentido estricto, no puede ser sino consuetudinaria, esto es, producto de los usos consolidados en el seno de una comunidad negocial no estructurada, como la de los comerciantes; de la misma forma, las reglas del derecho internacional consuetudinario son el producto de otra comunidad no estructurada, la de los Estados. Así, la *lex mercatoria* no puede ser codificada, ella no es un cuerpo legislativo ni codificador de la comunidad comercial, al contrario de lo que sucede en los Estados, por ello, una vez regulados estatutariamente, los usos del comercio internacional se integran a las leyes internas y dejan de constituir

⁸⁸⁵ Cfr. O. LANDO, *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, en *Arb. Int'l*, 2000, 53, 61.

⁸⁸⁶ En general y sobre esta terminología vide CANARIS, en *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Basedow (ed.), 2000, 5 ss.; KAHN, en *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Bonell/Bonelli (eds) 1997, 39, 41y 45; K. P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London-Boston, 1999, 105 ss.

lex mercatoria. Dos críticas generales se plantean a la noción. En primer lugar, en cuanto a la multiplicidad de definiciones que se encuentran; en segundo lugar, si la *lex mercatoria* contiene principios generales del derecho presentes en la mayoría de los sistemas jurídicos, su utilidad parecería superflua.

Los principios de la *lex mercatoria* conciernen sólo determinados campos del derecho contractual, si se piensa que, por ejemplo, la capacidad para contratar debe ser siempre considerada a la luz del derecho interno, al igual que lo relacionado con impuestos, reglas de concurrencia, asuntos ambientales, entre otros; por esto, aunque la *lex mercatoria* sirva como instrumento de gran utilidad en el comercio internacional, siempre habrá otras leyes aplicables, la ventaja de aquella está en que, si bien contiene principios generales comunes a los principales sistemas jurídicos, ella tiene la flexibilidad para superar ciertas restricciones propias de los ordenamientos nacionales⁸⁸⁷.

Ahora bien, a la luz de lo hasta aquí enunciado, puede considerarse relevante la idea según la cual en la economía globalizada del siglo XXI, el derecho comercial transnacional puede ser en gran medida, como ya había señalado CICERÓN, no solo el derecho de un país singular, sino del comercio mundial (*Non erit alia lex Romae, alia Athenis; alia nunc, alia posthac; sed et apud omnes gentes, et omni tempore, alia eademque lex obtinebit*)⁸⁸⁸.

§ 2. Aproximación al concepto. Breves características.-

Se trata de principios generales y de espontáneas reglas consuetudinarias elaboradas dentro del marco del comercio internacional sin referencia a un particular sistema nacional de leyes, un cuerpo legal autónomo creado por la comunidad negocial internacional. Este fenómeno de reglas uniformes que sirven a las necesidades comunes de las transacciones internacionales y de la cooperación económica, es llamada comúnmente en nuestros días *lex mercatoria*⁸⁸⁹. Un derecho 'transnacional' receptor de los principios comunes a los distintos derechos nacionales, pero acrecentado también por las reglas específicas necesarias para el comercio internacional. No obstante la ausencia de una definición que goce de aceptación generalizada y que sea lo suficientemente detallada para contribuir a nuestro examen, es posible establecer ciertas proposiciones que reflejan la opinión mayoritaria.

La *lex mercatoria* no tiene vocación nacional⁸⁹⁰, esto implica dos aspectos elementales: 1. Las reglas que gobiernan un contrato comercial internacional, en

⁸⁸⁷ Cfr. U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux. Pathologie et Rèmedes*, Paris-Bruxelles, 1996, 41.

⁸⁸⁸ En la doctrina reciente de la *lex mercatoria* cfr. MOLINEAUX, en *J. Int'l Arb.* No.1 (1997), 55, 64 ss.; ver también HELPS, en *Int'l Constr. L. Rev.* (1997), 525, 537ss.; y BRUNER, en *Int'l Constr. L. Rev.* (2000), 47ss.

⁸⁸⁹ Vide *ex multis* N. HORN, *Introduction to The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 1984.

⁸⁹⁰ P. FOUCHARD, *L'Arbitrage commercial international*, Paris, 1965, *passim.*, quien además señala (p. 424) cómo la búsqueda de la solución por parte del árbitro dentro del ámbito de las distintas reglas nacionales relacionadas con la disputa, pueda llegar a constituir una parcial internacionalización del derecho privado.

ausencia de una elección expresa de la ley aplicable⁸⁹¹, no derivan directamente de ningún cuerpo legal nacional. 2. Las reglas de la *lex mercatoria* tienen un valor normativo independiente de cualquier sistema legal nacional, esto es, constituye un orden legal autónomo⁸⁹². La esencia de la *lex mercatoria* está en su separación de los sistemas legales nacionales, de la revisión de los autores resulta claro que al menos algunas de sus reglas han sido determinadas mediante un proceso de decantación de las distintas leyes nacionales. La justificación intelectual para este proceso no está enunciada claramente en la doctrina, pero quizás se explica en la idea según la cual las reglas de la *lex mercatoria* existen *in gremio legis* como un cuerpo completo y unitario - aunque no explícito- que es reflejo, por lo menos en parte, de las leyes nacionales, y cuyo análisis cuidadoso permite purgar la rigidez y la multiplicidad de distinciones impuestas por cada ley nacional⁸⁹³. Con la *lex mercatoria*, las partes evitan las

⁸⁹¹ Es precisamente en caso de esa ausencia que los árbitros del comercio internacional han ido progresivamente señalando al principio de buena fe como el sustrato que les permite medir el comportamiento de los contratantes y enunciar reglas de conducta cada vez más coherentes y uniformes: cfr. F. OSMAN, *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria*, Paris, 1992, 19 ss.; cfr. R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, en 3 ZEuP (1994), 244 ss.: << Daß nicht selten vereinbart wird, die Entscheidung solle nach der (im römischen Recht und im ius commune verwurzelten) *lex mercatoria* oder sogar nach römischem Recht getroffen werden, erklärt sich daraus, daß die Parteien sich keiner staatlich festgesetzten Rechtsordnung unterwerfen, sondern ihren Streitfall aufgrund einer übergeordneten, aus den Sachstrukturen entwickelten und damit "neutralen" Rechtsordnung entscheiden lassen wollen. Dies gilt insbesondere in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, für die Art. 28 des UNCITRAL Model Law on International Arbitration hinsichtlich der anzuwendenden Normen an dritter Stelle vorsieht: "The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so". Im Rahmen der *lex mercatoria* kommt es zur Anwendung von international anerkannten Rechtsregeln und prinzipien, die ganz überwiegend in der romanistischen Tradition stehen; die oben beobachtete Rechtsvereinheitlichung durch Maximen und Rechtsregeln findet hier ein Seitenstück...>> (No es inusual aceptar que una solución [radicada en el derecho romano y en el *ius commune*] desde el punto de vista de la *lex mercatoria* o incluso del derecho romano debe ser dada, cuando las partes no hayan establecido la ley aplicable, ellas llevan entonces sus diferencias ante una estructura imparcial donde puede decidir un derecho "neutral". Esto es válido precisamente en el arbitramento internacional, en este caso el art. 28 del UNCITRAL Model of Law on internationally Arbitration, en términos de estándares aplicables: "el tribunal de arbitramento deberá decidir *ex aequo et bono* o como un amigable componedor sólo si las partes lo han expresamente autorizado para ello". Bajo la *lex mercatoria* se da la aplicación de reglas y principios jurídicos internacionalmente aceptados que se encuentran en gran medida en la tradición romanista...).

⁸⁹² M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, en *Arb. Int'l* (1988), 86 ss. La cuestión de fondo desde la óptica de la tradición continental-europea y norteamericana, es ¿cuál ley deben aplicar los árbitros: la ley designada por las partes, la ley del lugar del arbitramento, la ley que habrían aplicado las cortes el lugar, la ley designada por los árbitros, o, en fin, la llamada *lex mercatoria*? v. A. F. LOWENFELD, *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, en *Arb.Int'l*, 1990, 134.

⁸⁹³ Esta idea se relaciona en cierta medida con una teoría del jurisprudencial inglesa que le es bastante similar, según la cual el derecho consuetudinario es revelado para y por las cortes, más que desarrollado por ellas. El concepto de *lex mercatoria* como producto de una decantación de las leyes nacionales se encuentra inmediatamente con dificultades prácticas serias. Los defensores de la *lex mercatoria* la exigen como ley de la comunidad del comercio internacional, pero, ¿qué debe significar la ley adoptada por todos los países comprometidos en el comercio internacional? Tal reclamo habría sido sostenible hace dos siglos, pero la comunidad comercial internacional crece inmensamente en nuestro tiempo, caben entonces interrogantes adicionales: ¿Cuáles principios del comercio internacional, aparte de aquellos que por su excesiva generalidad podrían ser innecesarios, son realmente comunes a los sistemas legales de los miembros de dicha comunidad? ¿Cómo podrían los árbitros o los abogados que se enfrentan a ellos, reunir los materiales necesarios de las leyes, por ejemplo, de Brasil, China, Rusia, Australia, Nigeria e Irak? ¿Cómo podrá cualquier tribunal de arbitramento internacional, si bien cosmopolita y políglota, esperar comprender los matices de los múltiples sistemas legales? Es aquí donde asume importancia la *lex*

particularidades del sistema nacional, como por ejemplo reglas inapropiadas para los contratos internacionales, formalidades particulares, periodos de *cut-off* y otra serie de dificultades que surgen del contraste entre las leyes domésticas de los países de las partes contratantes⁸⁹⁴. Para otros autores la *lex mercatoria* no sería tanto un sistema completo que cubre todos los aspectos del comercio internacional y excluye definitivamente el derecho nacional, sino que sería más bien una fuente de derecho formada por costumbres, prácticas, convenciones, precedentes judiciales y arbitrales y leyes nacionales, sirviendo así de alternativa para resolver los conflictos de leyes y afrontar las necesidades de las prácticas del comercio internacional⁸⁹⁵. Otras veces se elevan en contra de la pretendida autonomía de la *lex mercatoria*, aludiendo que una internacionalización del derecho privado no es posible, y que todo contrato debe regirse por un derecho interno específico elegido por las partes. Para esta concepción toda aplicación de una usanza o práctica del comercio internacional en un contrato, debe hacerse conforme al derecho nacional aplicable a dicho contrato⁸⁹⁶.

§ 3. Ausencia de una definición unitaria.-

Las descripciones de la *lex mercatoria* son variadas, ha sido entendida como la expresión del incremento en la uniformidad de las leyes comerciales en la mayoría de las jurisdicciones⁸⁹⁷; o como principios generales y reglas consuetudinarias, reglas comunes a todos los Estados⁸⁹⁸; o también como prácticas contractuales, regulaciones y decisiones que constituyen un cuerpo de derecho consuetudinario que tiene su base en la legislación comercial nacional e internacional, es decir, un cuerpo de derecho basado en

mercatoria: cfr. M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, en *Arb. Int'l*, 1988, 93.

⁸⁹⁴ Una ilustración de dicho contraste plantea O. LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, en *34 Int'l. & Comp. L. Q.*, 1985, 748: se trata de un danés que vendió una mercancía a un comprador alemán pero la entregó después de la última fecha establecida. A la luz del art. 27 del *Scandinavian Sale of Goods Act* en vigor en Dinamarca, el comprador que pretende reclamar una entrega tardía, debe notificarlo inmediatamente al momento de la llegada de la mercancía, en Alemania o en otros países parece no existir esta regla. Así, el tribunal de arbitramento se encontraría frente a una reclamación basada en la entrega tardía pero sin ninguna designación en el contrato sobre la ley aplicable en tal caso; el árbitro no debe perder energías interrogándose sobre cuál ley aplicar, si la del vendedor o la del comprador, pues el hecho es que la norma escandinava es interna y no procede en la compraventa internacional, aunque si las normas danesas y alemanas se aplican a otros aspectos del contrato. De esta manera, la ausencia de la notificación del comprador alemán no puede ser considerada siempre que haya cumplido con las reglas comerciales generales que se refieren a la notificación dentro de un periodo de tiempo razonable, así la *lex mercatoria* produce una solución correcta, y prevalece la posición del comprador alemán. Ahora bien, cuando Lando ilustró este caso todavía no había entrado en vigor la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, cuya entrada en vigor fue en enero de 1988; a la luz del art. 49 (2) (a) de la Convención, la notificación debe hacerse dentro de un periodo de tiempo razonable luego de que el comprador haya sido advertido que la entrega fue realizada.

⁸⁹⁵ Cfr. B. GOLDMAN, *Frontières du Droit et lex mercatoria*, en *9 Archives de Philosophie du Droit*, 1964, 177.

⁸⁹⁶ Vide al respecto U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux. Pathologie et Rèmedes*, cit., 14; cfr. B. GOLDMAN, *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, en *Festschrift Pierre Lalive*, Basel-Frankfurt a. M. 1993, at 241ss.

⁸⁹⁷ P. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, 1-34 (1981), citado por U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 20 n. 16.

⁸⁹⁸ STOECKER, *The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Really Exist?*, en *7 J. Int'l. Arb.*, 1990, 105.

los usos y prácticas comerciales comunes a todos⁸⁹⁹. Sobresale la referencia a los usos y prácticas internacionales, así como la preferencia del mundo de los negocios por la figura del arbitramento, esto refleja indudablemente la presencia de una *lex mercatoria* en pleno desarrollo⁹⁰⁰. La *lex mercatoria* moderna engloba diversos componentes del derecho internacional público, de las leyes uniformes, de los principios generales del derecho reconocidos por los Estados que intervienen en el comercio internacional, de los reglamentos de las organizaciones internacionales, de los usos y costumbres, de los contratos ‘tipo’ y de las recopilaciones de sentencias arbitrales⁹⁰¹.

Algunos principios se encuentran claramente enunciados en la *lex mercatoria*, varios de ellos son comunes a los distintos sistemas jurídicos. Así, pueden señalarse algunos: Los contratos de comercio internacional obligan a los términos en ellos pactados (el tantas veces mencionado principio *pacta sunt servanda*); a su vez, los contratos deben ejecutarse de buena fe; una entidad estatal no puede evitar la fuerza vinculante de sus obligaciones aludiendo su incapacidad para llegar a un acuerdo arbitral, o pretendiendo la no obligatoriedad del acuerdo a causa de procedimientos formales a los que somete el derecho interno; en caso de eventos imprevistos e irresistibles que dificulten la ejecución del contrato, las partes deberán negociar de buena fe para superar la dificultad incluso si el contrato no prevé una cláusula de revisión; una parte se libera de sus obligaciones si la otra incumple, siempre que dicho

⁸⁹⁹ H. J. BERMAN, *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, en 2 *Emory J. Int'l. Disp. Res.*, 1988, 235 ss.

⁹⁰⁰ Vide *amplius* U. DRAETTA - R. LAKE, *op. ult. cit.*, 21 ss.; acerca de la autonomía de la *lex mercatoria*, su relación con el derecho nacional y los mecanismos para su aplicación, cfr. B. GOLDMAN, *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, en *Festschrift Pierre Lalive*, cit., 250 ss.

⁹⁰¹ O. LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, cit., 749 ss. No obstante la aplicación de algunos de estos elementos puede ser discutida, p. ej. el derecho internacional público como fuente de *lex mercatoria*, ya que no representa necesariamente las ideas de la comunidad del comercio internacional, además, el d. internal. público está destinado generalmente a regular las relaciones entre Estados y no entre empresas privadas e individuos: cfr. STOECKER, *The Lex Mercatoria*, cit., 120; por su parte, las leyes uniformes de carácter internacional han contribuido a la formación de la *lex mercatoria*, las más conocidas regulaciones son la Convención de 1966, revisada en 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, la Convención de 1988 sobre transporte marítimo de mercancías, la Convención de 1956 sobre transporte terrestre de mercancías, la ley uniforme de 1930 sobre letras de cambio y títulos al orden, la Convención de 1929, revisada en 1955, sobre unificación de ciertas del transporte aéreo internacional; estas leyes no son, ellas mismas, parte integrante de la *lex mercatoria*, una vez aprobadas por los Estados miembros ellas pasan a integrar las leyes nacionales. También los principios generales del derecho y los usos y costumbres del comercio internacional forman parte de la *lex mercatoria*, así, los árbitros pueden acudir a la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado, igualmente pueden hacer uso de recomendaciones y códigos de conducta de las organizaciones internacionales en aras de definir los alcances de la buena fe y la lealtad en las transacciones; los usos y costumbres estándar, conocidos como INCOTERMS (Términos Comerciales Internacionales), las Reglas y Usos del crédito documentario, las cláusulas de *force majeure* y de *hardship* redactadas por la CCI (Cámara de Comercio Internacional), sirven igualmente de referencia para los árbitros y forman parte de la *lex mercatoria*. Finalmente, se señalan los llamados contratos tipo y las decisiones de los tribunales de arbitramento; los primeros, al igual que los documentos de la CCI, no son una codificación de la *lex mercatoria* ya que la comunidad comercial internacional no les reconoce fuerza de ley, se trata más bien de un conjunto de fórmulas y documentos cuya existencia proviene de ciertas prácticas comerciales internacionales lo suficientemente consolidadas para ser aplicadas de manera autónoma; en cuanto a las decisiones arbitrales, se ha criticado la falta de una frecuente publicidad de los laudos, pero cabe agregar que los motivos de la falta de divulgación se encuentran en la confidencialidad y protección de los secretos comerciales: v. U. DRAETTA - R. LAKE, *op. ult. cit.*, 25 y *passim.*; cfr. *amplius* O. LANDO, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, en *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston-London, 1991, 148 ss.

incumplimiento sea sustancial; ninguna de las partes puede por su propio acto lograr un incumplimiento de un requisito previo a su propia obligación; la parte que ha sufrido un incumplimiento de contrato debe adoptar medidas razonables para mitigar sus pérdidas; la parte debe actuar con prontitud para hacer valer sus derechos, so pena de perderlos por renuncia; los contratos deben formarse de acuerdo con el principio *ut res magis valeat quam pereat*; la falta de respuesta por una de las partes a una carta escrita a su favor por las otra se considera como prueba de su aceptación de los términos de ella⁹⁰².

Nos interesa en este trabajo, una vez considerada la premisa de las páginas anteriores, en particular la hipótesis de eventos sobrevenidos en cierta manera imprevista, que están fuera de la esfera de control de las partes y que conducen a una ejecución excesivamente onerosa de la prestación. Se distinguen en mérito las nociones de fuerza mayor (ampliamente tratada en la doctrina y la práctica internacionales siempre con su referente en francés *force majeure*), de *hardship*, de adaptación y renegociación del contrato (revisión), y, en fin, el deber de cooperación y de renegociación. De estas nociones nos ocupamos a continuación.

28. La *force majeure* y práctica del comercio internacional.-

Naturalmente, la fuerza mayor asume en la contratación internacional – al igual que, como se ha señalado ampliamente, en los distintos sistemas jurídicos- la condición de límite o causa eximente de la responsabilidad contractual, un concepto comúnmente aceptado en la *lex mercatoria*⁹⁰³. Las cláusulas que condicionan el resarcimiento del daño en caso de dolo o culpa, así como las cláusulas penales, son consideradas en la práctica del comercio internacional también como limitaciones a la responsabilidad, no obstante no son materia de estudio en este trabajo que se refiere sólo a los eventos externos a las partes. La noción de fuerza mayor se usa ampliamente siempre con su traducción en francés *force majeure*, ella es bastante cercana a la noción de *hardship*, pero acá se consideran en párrafos separados.

⁹⁰² Vide *amplius* A. F. LOWENFELD, *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, cit., 148 ss.

⁹⁰³ La fuerza mayor es uno de los primeros elementos de la lista de contenido de la *lex mercatoria*: v. B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, en *Clunet* (1979), 488; cfr. para su uso E. LANGEN, *Transnationales Recht*, Heidelberg, 1981, 46; A. VERDROSS-B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, (3ª ed.) Berlin, 1984, 388; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Corporations in and under International Law*, Cambridge, 1987, 56 ss.; H. MICHAELIS DE VASCONCELLOS, *Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag*, (1ª ed.) Heidelberg, 1988, 168; A. DIAMOND, *Force Majeure and Frustration under International Sales Contracts*, en *Force Majeure and Frustration of Contracts* (ed. McKendrick), London, 1991, 165 ss.; cfr. art. 79 (1) CISG; art. 10 ECE -*General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export* (1953); doc. ICC No. 421 (1985) *Force Majeure and Hardship Clause*; UNCITRAL *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, Exemption Clauses No. 1, 12; *Bimco Standard War Risks clause for Voyage chartering VOYWAR* 1993; art. 9 Directiva 97 / 5 / EC del European Parliament y el Council, 27 enero 1997, sobre *cross-border credit transfers*; art. 34 UNIDO *Model Form Turnkey Contract*; art. 19 FIDIC *Conditions of Contract* (Red, Yellow, Silver), 1999; doc. ICC No. 650 (2003) *Force Majeure Clause*.

El asunto se trata en sede de *non-performance*, así, si el incumplimiento de una parte se debe a un impedimento que está fuera de su control y que no habría podido ser razonablemente previsto al momento de la celebración de contrato, como por ejemplo una declaración de guerra, una guerra civil o conflicto armado, actos de terrorismo, sabotaje o asalto de piratas, huelgas o boicots, actos gubernamentales o cualquier otro acto oficial, bloqueos, asedios, incendios, explosiones, plagas, desastres naturales (ciclones, huracanes, tormentas, terremotos, derrumbes, inundaciones, sequías, etc.), siempre que las consecuencias no puedan evitarse o superarse, el incumplimiento de la parte afectada se justifica (“*act of God*”; “*force majeure*”; “*höhere Gewalt*”). Si el incumplimiento es temporal, la ejecución del contrato se suspende durante ese tiempo y la parte incumplida no responde por los daños; si el periodo de incumplimiento se hace irrazonable y equivale a un incumplimiento esencial, se abre la vía a la contraparte para terminar el contrato y reclamar los eventuales daños y perjuicios.

Resulta evidente que las cláusulas de *force majeure* son ampliamente introducidas en los contratos internacionales con una redacción que generalmente ofrece la definición de la noción y en seguida una lista no exhaustiva de los eventos que las partes acuerdan como constitutivos de ella, al igual que establecen la obligación particular para el contratante afectado de procurar todos los medios para superar la eventualidad o minimizar los daños del incumplimiento. Es común que estas cláusulas prevean la suspensión de la obligación de ejecutar la prestación, o la prolongación de la misma en relación al tiempo de incidencia de la fuerza mayor, y si ésta se hace permanente las partes conservan la posibilidad de resolución del contrato, aunque si normalmente se prefiere acordar la renegociación del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias. En los contratos internacionales las partes optan por una noción “transnacional” de *force majeure* sin referirse al concepto en un ordenamiento nacional en particular. De este modo, se observa que las cláusulas se refieren usualmente a lo que internacionalmente o generalmente se entiende por fuerza mayor, o los eventos reconocidos como tal en la jurisprudencia de la CCI⁹⁰⁴.

§ 1. Características: de los eventos tradicionales hacia la *force majeure économique*.-

Rasgo evidente de las cláusulas de *force majeure* en los contratos internacionales es que ellas son generalmente más detalladas y estructuradas que las empleadas en los derechos internos. Del análisis resultan algunas características recurrentes: los eventos calificables como *force majeure* deben estar fuera del razonable control de las partes, en este sentido, las exigencias de no imputabilidad del hecho y de irresistibilidad, no se evalúan objetivamente sino en razón de la posición subjetiva de las partes y de su condición profesional específica⁹⁰⁵; en cuanto al requisito de la imprevisión, su presencia es cada vez menor en la práctica internacional, en algunos casos totalmente

⁹⁰⁴ Cfr. FONTAINE, *Droit des Contrats Internationaux*, en *Forum Européen de la Communication* (1989), 215; KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, en *Clunet* (1975), 474.

⁹⁰⁵ U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 99; KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, cit., 474 ss. En otros casos los eventos de fuerza mayor se definen como incidentes que no hacen absolutamente imposible la ejecución de la obligación sino que agravan su ejecución normal desde el punto de vista industrial o comercial (evocación del *doctrine of commercial impracticability*) haciéndola desproporcionada: vide FONTAINE, *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux*, en *Droit et Pratique du Commerce International* (1979), 475.

excluida⁹⁰⁶. Ulterior atención suscita el elenco no exhaustivo de eventos constitutivos de fuerza mayor, pues resulta evidente una ampliación del catálogo acorde con la evolución de la sociedad y la economía actuales; así, de los clásicos eventos como guerras o catástrofes naturales se ha pasado a considerar con mayor frecuencia las eventualidades que pueden causar la intervención estatal en la actividad económica (como autorizaciones, aprobaciones, reglamentos, concesiones), al igual que los eventos de naturaleza social como huelgas, bloqueos u otros similares, o los casos de dificultades en el aprovisionamiento de materias primas o en el transporte de éstas, así como los daños accidentales causados en equipos o en medios de producción, todas estas eventualidades pueden bien ser el contenido de una categoría denominada ‘imposibilidad económica’. Característica sobresaliente es también la obligación de informar a la contraparte del advenimiento de la fuerza mayor, la ausencia de dicha notificación supone la improcedencia de la excusa por la inejecución, no obstante la sanción no opera automáticamente cuando se trata de un retraso razonable⁹⁰⁷. Ahora bien, la fuerza mayor excluye la obligación de resarcir el daño y traslada el riesgo del deudor de la prestación al acreedor, así, en las obligaciones de resultado el deudor que prueba la fuerza mayor se libera, y en las obligaciones de medio el acreedor debe todavía probar la culpa del deudor⁹⁰⁸. Efecto radical de la fuerza mayor sobre el contrato es normalmente la llamada en el sistema francés *résiliation*, no obstante, en el comercio internacional se prefiere la salvación del contrato.

§ 2. *Force majeure* en la práctica arbitral de la CCI.-

Como se sabe, la Cámara de Comercio Internacional⁹⁰⁹ ha jugado un papel fundamental en el desarrollo del derecho comercial transnacional, las numerosas decisiones de la Cámara afrontan el problema a la luz de la noción, diríamos clásica, de fuerza mayor, con los acreditados requisitos de un evento externo, imprevisible e irresistible, consideramos acá sólo algunas decisiones para enunciar los puntos de vista de los árbitros internacionales.

La CCI ha sido reticente en reconocer a la *force majeure* el carácter de principio general en ausencia de cláusula expresa, aunque por ejemplo en una decisión afirmó que la anulación de una autorización gubernamental para la exportación constituía evento de fuerza mayor sobre la base de los ‘principios generales del derecho’⁹¹⁰. En la práctica

⁹⁰⁶ FONTAINE, *Droit des Contrats Internationaux*, cit., 215.

⁹⁰⁷ U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 100; cfr. art. 79 § 4 de la CISG.

⁹⁰⁸ Cfr. LESGUILLONS, *Frustration, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances*, en *J. Int'l Arb.*, 1986, 520.

⁹⁰⁹ La Cámara de Comercio Internacional se fundó en 1919 con un objetivo que permanece inalterado: servir al mundo de los negocios promoviendo comercio e inversión, mercados abiertos para bienes y servicios, y el flujo libre de capital. Mucho del ímpetu inicial de la CCI vino de su primer presidente, Etienne Clémentel, entonces ministro de comercio francés. Bajo su influencia, la secretaría internacional de la organización se estableció en París creando luego la Corte Internacional de Arbitraje en 1923. La CCI ha evolucionado más allá del reconocimiento inicial de aquellos días de la post-guerra cuando los líderes comerciales de las naciones aliadas se encontraron por primera vez en la Ciudad Atlántica. El núcleo original estaba representando por sectores privados de Bélgica, Gran Bretaña, Francia, Italia y los Estados Unidos, y con el tiempo se ha extendido para volverse una organización comercial mundial con miles de miembros representados en compañías y asociaciones en alrededor de 130 países.

⁹¹⁰ Laudo CCI No. 2478/1974, en *Journal du droit international (Clunet)* [1975], 925. En otra decisión CCI No. 3093-3100/1979, en *Clunet* (1980), 951 se sostuvo que el cambio de legislación no había sido

arbitral se afirma que el evento debe estar fuera de la esfera de control de las partes además de ser imprevisible. Especial atención ha suscitado la hipótesis relacionada con la reglamentación de los controles de cambio, pues la CCI ha considerado que un cambio sobrevenido de esa reglamentación, en particular cuando ella está asociada a una baja en el precio del petróleo, no constituye un evento imprevisible e irresistible que libera al deudor⁹¹¹. En otro caso, el tribunal arbitral afrontó las consecuencias de la inejecución por parte de una sociedad noruega de su obligación de recibir una cierta cantidad de petróleo en virtud de un contrato celebrado con una empresa estatal de un país productor; la sociedad noruega invocó esencialmente dos motivos para justificar su oposición a la demanda de reparación iniciada por la empresa vendedora: en primer lugar, adujo la baja en los precios del petróleo entre la fecha de la celebración del contrato y aquella en la cual debían iniciar las extracciones - baja confirmada por el hecho que la empresa demandante había concedido precios inferiores a otros compradores-; en segundo lugar, las autoridades de cambio noruegas se habrían opuesto a la ejecución del contrato ya que sería susceptible de generar una pérdida de divisas para Noruega, y ésta intervención habría constituido un caso de *force majeure*. Los árbitros señalaron que la intervención de las autoridades cambiarias no constituía una causa de fuerza mayor tal que pudiese exonerar al demandado, ya que no presentaba los requisitos de imprevisión e irresistibilidad, en la base de su decisión el tribunal argumentó:

<< Attendu, en ce qui concerne la force majeure soutenue par X...qu'il résulte du dossier que, à l'occasion de la signature du contrat (...), X...avait obtenu le (...) une lettre des Autorités norvégiennes relative à la nécessité de ne pas faire subir de perte de devises au Gouvernement norvégien; Attendu que le contrat du (...) ne contient aucune réserve ni aucune clause suspensive relative à la législation des changes norvégienne; Attendu que cette législation, antérieure à la signature du contrat du (...), et parfaitement connue de X..., ne saurait, en l'espèce, revêtir un caractère d'imprévisibilité (...)

Attendu que la lettre des Autorités norvégiennes qui accorde "une autorisation générale de traiter des affaires comportant achat de pétrole brut dans la région d'importations libres, en vue de le vendre dans la région d'exportations libres sans délivrance de licence d'exportation et d'importation", outre qu'elle ne se réfère pas spécifiquement au contrat du ..., met à la charge de X... l'obligation d'adresser une fois par an à la Banque de Norvège, Service des devises, un état des affaires ayant été traitées sous cette autorisation, afin que puissent être vérifiés les gains et les pertes de devises; or, attendu qu'en l'espèce, X... n'a ni informé (l'entreprise venderesse) de cette situation, puisque la notification du programme d'enlèvement est du ..., donc antérieure, ni même tenté d'obtenir la dérogation prévue en la matière par la loi norvégienne; Qu'ainsi X... n'a nullement rapporté la preuve de l'irrésistibilité; (...)

Attendu qu'un événement de force majeure est un événement présentant des caractères d'imprévisibilité (c'est-à-dire qu'au moment où il est intervenu, il n'y avait aucune raison particulière de penser que l'événement se produirait) et d'irrésistibilité (c'est-à-dire que le défendeur s'est trouvé dans l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat).

imprevisible y no estaba totalmente fuera de la esfera de control del deudor. En ésta decisión se observa un tratamiento orgánico de la fuerza mayor.

⁹¹¹ Laudo CCI No. 2216/1974, en *Clunet* (1975), 917.

Attendu qu'en l'espèce les éléments constitutifs de la force majeure ne se trouvent nullement réunis; qu'au surplus le comportement de X... à cet égard constitue pour le moins une négligence dont elle ne saurait se prévaloir, l'article 18 du contrat excluant d'ailleurs expressément des cas de force majeure toute faute ou négligence de la part des parties;

Attendu enfin que tant la jurisprudence que la doctrine dominante n'ont jamais considéré comme cas de force majeure les entraves apportées par la législation des changes, tout particulièrement quand celle-ci est antérieure à la conclusion du contrat (...)>>⁹¹².

En otro caso referido también a la variación en los precios y a la intervención de actos gubernamentales, el tribunal se enfrentó a una petición de *force majeure* que resolvió inicialmente en sentido positivo pero no reconoció a causa de la extemporaneidad de su solicitud por parte de la demandada. Una compañía francesa demandó por los daños a una compañía rumana que incumplió su obligación de suministrar cierta cantidad de combustible, como excusa a su incumplimiento, la demandada argumentó dos eventos: en primer lugar, el cambio en el precio del petróleo y la cláusula de reequilibrio contractual en caso de devaluación o de revaluación del franco o del dólar; en segundo lugar, adujo la cancelación de la licencia de exportación por parte de las autoridades rumanas. El tribunal negó el primer argumento afirmando que la variación de precios en el mercado mundial del petróleo no estaba dentro de la previsión de la cláusula, que establecía sólo la obligación de negociar en orden a proveer las medidas necesarias para restablecer el equilibrio contractual en caso de devaluación o revaluación de las monedas pactadas para el pago; por otra parte, los árbitros aceptaron en principio el segundo argumento, estableciendo que << *la cancelación de la licencia de exportación por parte de las autoridades rumanas innegablemente constituye una causa de force majeure, en ambos casos, a nivel de principios generales del derecho y del art. 9 del contrato* >>⁹¹³, no obstante, el tribunal señaló que el art. 9 del contrato requería a la parte afectada por la fuerza mayor a informar a la contraparte, por escrito y sin retraso, de los hechos y de las medidas a tomar para controlar sus efectos, así, el arbitramento recordó que la decisión de las autoridades rumanas estaba fechada mayo 10 de 1973, y que la parte afectada había comunicado por escrito a la otra sólo hasta noviembre 29 de 1973, para el tribunal la demandada habría invocado tardíamente la *force majeure*.

La ausencia de configuración de los elementos estructurales de la fuerza mayor es considerada siempre con gran atención por los árbitros, así se observa también en otra decisión que afrontó los problemas causados por la nacionalización y la transferencia a empresas estatales de las fuentes de productos primarios de países en vía de desarrollo, el tribunal afirmó que << *al momento de celebrar el contrato la crisis a raíz de las nacionalizaciones era de amplio conocimiento público y había sido objeto de numerosos artículos de prensa e incluso declaraciones gubernamentales* >>, por lo que rechazó la petición de *force majeure*⁹¹⁴.

⁹¹² Laudo CCI No. 2216/1974, en *Clunet* (1975), 917 ss.

⁹¹³ Laudo CCI No. 2478/1974, en *Clunet* (1975), 925 ss.

⁹¹⁴ Laudo CCI No. 2142/1973, en *Clunet* (1974), 892 ss. La atención a los conocidos requisitos es constante, al igual que la remisión a los distintos derechos nacionales: cfr. laudo CCI No. 3099-3100/1979, en *Clunet* (1980), 951 ss. que se remite al derecho y la doctrina franceses, donde la fuerza mayor es un evento imprevisible e irresistible que está fuera del control de quien la invoca (externo,

La imposibilidad subjetiva de una persona física o jurídica para ejecutar la prestación no la libera de su obligación si ésta hubiera podido ser cumplida mediante un representante. Así, en otra decisión los árbitros se pronunciaron sobre las consecuencias de la inejecución parcial de una sociedad colectiva alemana en un contrato en el cual ésta se obligó frente a una empresa yugoslava a entregar una escuadra de camiones y a asegurar su mantenimiento en tres canteras situadas en un país árabe; la sociedad alemana cumplió sólo la primera parte del acuerdo y para justificar el incumplimiento de la segunda, ella invocó el hecho que sus representantes, de origen israelí, no habían podido - según la sociedad, a causa de motivos raciales- obtener las visas para dirigirse a las canteras, lo que en su opinión constituía una *force majeure*. En la base de la decisión, el tribunal de arbitramento rechazó esta argumentación afirmando que:

<< Les arbitres sont de l'avis que la défenderesse aurait pu prendre des mesures appropriées pour assurer la prise en charge effective des douze véhicules se trouvant (dans le pays arabe) lors de la signature du contrat [...] comme elle avait trouvé le moyen de faire dédouaner les véhicules par la société X..., alors qu'ils étaient soit la propriété de la demanderesse, soit de la défenderesse [...] Celle-ci aurait, de même, pu trouver un moyen d'honorer ses engagements d'assurer un service entretien, pièces de rechange, garantie, etc., dans le district des chantiers de construction en [...], soit en passant des accords pour faire officiellement engager le mécanicien par une entreprise yougoslave ou (du pays arabe) - comme elle l'avait convenu d'ailleurs, quoiqu'en sens inverse, pour les chauffeurs de camions [...] >>⁹¹⁵.

La argumentación del tribunal es clara, la sociedad debía procurar todos los medios a su disposición para cumplimiento de sus obligaciones (*duty of cooperate*), en especial para superar las eventualidades que, en el caso en cuestión, no estaban completamente fuera de su control ya que tenía la posibilidad de proveer mecánicos de otra nacionalidad o incluso del mismo país donde se hallaban las canteras. Es una apreciación constante que la mera *difficultas* no libera al deudor de la prestación pues el evento debe ser de tal manera extraordinario que supere por completo su ámbito de control.

Ahora bien, los árbitros de la CCI tienden a admitir que la fuerza mayor supone la suspensión de la ejecución de la prestación, pero solamente durante el periodo de tiempo que dure aquella⁹¹⁶, además aceptan que la falta de notificación dentro de los

irresistible e imprevisible); laudo CCI No. 3880/1983, en *Clunet* (1983), 897; laudo CCI No. 4462/1985, en *YCA* (1991), 54 ss. que se remite al art. 360 del código civil de Libia que establece como condiciones que el evento esté fuera del control de las partes, que haya sido imprevisible al celebrar el contrato y que haga absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación; en el mismo sentido de la configuración de los requisitos, decisión CCI No. 5864/1989, en *Clunet* (1997), 1073 ss.

⁹¹⁵ Laudo CCI No. 1782/1974, en *Clunet* (1975), 923.

⁹¹⁶ Vide p. ej. laudo CCI No. 7539/1995, en *Clunet* (1996), 1030 ss., que remite a la doctrina francesa sobre la materia; cfr. Y. DERAIS, en nota a la misma decisión CCI No. 7539/1995, en *Clunet* (1996), 1034 ss.: << Il n'était probablement pas nécessaire en l'espèce de se référer à la théorie des risques pour appliquer les règles propres à la force majeure d'autant plus que l'application du principe « *res perit debitori* » est peu compatible avec une force majeure temporaire. Or, l'intérêt de cette décision est surtout de souligner le caractère souvent momentané de cette cause exonératoire de l'obligation d'exécuter un engagement contractuel. Ce caractère momentané est souvent mal perçu par les praticiens qui ont tendance à attribuer à la force majeure un effet libératoire. Pourtant, cet effet n'est pas automatique. Dès que l'événement de force majeure a cessé de produire ses effets, comme dans la présente affaire en raison

términos establecidos en el contrato genera la pérdida del derecho a invocar la fuerza mayor. La práctica arbitral de la CCI se orienta pues hacia una noción amplia de *force majeure*, exigiendo para la procedencia de la excusa la presencia de los tres requisitos estructurales, en particular remitiéndose a la elaboración de la doctrina francesa clásica. Si bien la fuerza mayor puede sin duda considerarse un principio de la *lex mercatoria*, el arbitramento internacional la reconoce sólo en presencia de una cláusula expresa, de esto se deduce que los eventos externos no constitutivos de imposibilidad absoluta pueden considerarse fuerza mayor sólo si las partes lo han estipulado expresamente⁹¹⁷.

§ 3. *Force majeure* en las decisiones del *Iran –United States Claims Tribunal*.-

Este Tribunal fue creado como una de las medidas para resolver la crisis diplomática entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América surgida a raíz de la detención de algunos miembros de la embajada norteamericana en Teherán en noviembre de 1979, los hechos que rodearon la llamada Revolución Islámica y sus efectos en las relaciones contractuales entre los dos países. El Tribunal tiene competencia para decidir las demandas de nacionales de los Estados Unidos contra Irán y de nacionales iraníes contra los Estados Unidos, que se deriven de las deudas, los contratos, las expropiaciones u otras medidas que afecten derechos de propiedad; ciertas “demandas oficiales” entre los dos gobiernos en relación con la compraventa de bienes y servicios; las controversias entre los dos Gobiernos con respecto a la interpretación o el cumplimiento de las Declaraciones de Argel, y algunas demandas entre Estados Unidos e instituciones bancarias iraníes. El Tribunal sigue las reglas de la UNCITRAL.

Interesante considerar estas decisiones prácticamente surgidas durante el período de la vida política, social, económica conocido como la Revolución Islámica y la agitación que siguió, eventos que fueron invocados en muchas de esas demandas como constitutivos de *force majeure*. Con frecuencia, los contratistas norteamericanos que no cumplieron totalmente sus obligaciones y las partes iraníes que no realizaron los pagos estipulados contractualmente, han invocado la fuerza mayor como excusa para su incumplimiento. En general, el Tribunal ha tenido alguna dificultad en verificar esa fuerza mayor dada las condiciones que existían en Irán durante esos meses para el éxito de la Revolución Islámica en febrero de 1979 y durante los meses posteriores⁹¹⁸. No obstante, el Tribunal ha reconocido que la *force majeure* es un principio general del derecho de plena aplicación a los acontecimientos referidos sin necesidad de una cláusula contractual expresa⁹¹⁹. Nos referimos acá tan solo a las decisiones más representativas.

de la libéralisation du contrôle des changes grec en 1987, l' exécution de l' obligation, momentanément suspendue, redevient exigible >>>.

⁹¹⁷ U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 107.

⁹¹⁸ Vide *amplius* M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*, en 18 *Arb. Int.*, 2002, 355 ss.

⁹¹⁹ Cfr. los casos *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of National Defense of Iran*, Laudo Interlocutorio No. ITL 24-49-2, 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 147, 152-53 (27 julio 1983); *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo Interlocutorio No. ITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 155 (19 diciembre 1983); *Department of the Environment of the Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Laudo No. 107-B53-1, 5 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 105, 110 (25 enero 1984); *Sylvania Technical Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 180-64-1, 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 298, 308-9 (27 junio 1985); *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 186-302-3, 9

La primera decisión que afrontó la cuestión de la fuerza mayor fue *Gould Marketing, Inc.* (“*Gould*”), se trataba de un contrato para la entrega de equipos de radio y servicios al Ministerio de Defensa de Irán, cada una de las partes negó la existencia de fuerza mayor como causa para eximir a la otra del incumplimiento; la demandante *Gould Marketing Inc.* retiró su representante de servicios para Irán en diciembre de 1978 alegando la inseguridad de la situación del país, no obstante, agregó que la

Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 10, 23-24 (19 agosto 1985); *Questech, Inc. v. Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 191-59-1, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 107, 119 (25 septiembre 1985); *General Dynamics Telephone Systems Center, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 192-285-2, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 153, 160 (4 octubre 1985); *International Schools Services, Inc. v. National Iranian Copper Industries Co.*, Laudo No. 194-111-1, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 187, 196 (10 octubre 1985) (“*International School Services I*”); *Touche Ross and Co. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 197-480-1, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 284, 294-95 (30 octubre 1985); *Phelps Dodge International Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 218-135-2, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 157, 173 para. 51 (19 marzo 1986); *Computer Sciences Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 221-65-1, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 269, 289 (16 Abril 1986); *Richard D. Harza v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 232-97-2, 11 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 76, 91 para. 37 (2 mayo 1986); *Ammann & Whitney v. Ministry of Housing and Urban Development*, Laudo No. 248-198-1, 12 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 94, 104 (25 agosto 1986); *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 255-48-3, 12 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 170, 184 para. 47 (19 septiembre 1986); *Henry, F. Teichmann, Inc. v. Hamadan Glass Co.*, Laudo No. 264-264-1, 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 124, 133 paras. 31-32 (12 noviembre 1986); *Anaconda Iran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo Interlocutorio No. ITL 65-167-3, 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 199, 212-13 paras. 47-50 (10 diciembre 1986); *Ford Aerospace & Communications Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 289-93-1, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 24, 35-36 paras. 45-46 (29 enero 1987); *International Schools Services, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 290-123-1, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 65, 73 para. 27 (29 enero 1987) (“*International School Services II*”); *Exxon Research and Engineering Co. v. National Iranian Oil Co.*, Laudo No. 308-155-3, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3, 11 para. 30 (9 junio 1987); *Reliance Group, Inc. v. Oil Service Company of Iran*, Laudo No. 315-115-3, 16 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 257, 269-71, paras. 46, 51 (10 septiembre 1987); *Mobil Oil Iran Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 311-74/76/81/150-3, 16 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3, 38-39 paras. 114-17 (14 julio 1987); *Harris International Telecommunications, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 323-409-1, 17 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 31, 67 paras. 121-22 (2 noviembre 1987); *Lockheed Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 367-829-2, 18 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 292, 302 para. 40 (9 junio 1988); *Motorola, Inc. v. Iran National Airlines Corp.*, Laudo No. 373-481-3, 19 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 73, 80 para. 36, 85 para. 56 (28 junio 1988); *Avco Corp. v. Iran Aircraft Industries*, Laudo No. 377-261-3, 19 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 200, 216-17 paras. 79-80 (18 julio 1988); *Houston Contracting Co. v. National Iranian Oil Co.*, Laudo No. 378-173-3, 20 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3, 28 para. 87, 48-49 paras. 155-57 (22 julio 1988); *Stephen G. Shifflette v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 423-10645-1, 22 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 111, 115-16 para. 19 (12 junio 1989); *Watkins-Johnson Co. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 429-370-1, 22 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 218, 242 para. 89 (28 julio 1989); *Electronic Systems International, Inc. v. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 430-814-1, 22 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 339, 355 para. 61 (28 julio 1989); *Rockwell International Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 438-430-1, 23 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 150, 170 para. 88 (5 septiembre 1989); *Combustion Engineering, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 506-308-2, 26 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 60, 77 para. 61, 80 para. 71 (18 febrero 1991); *General Electric Co. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 507-386-1, 26 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 148, 180 para. 111 (15 marzo 1991); *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 518-131-2, 27 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 64, 80-81 paras. 48-51 (14 agosto 1991); *William J. Levitt v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 520-210-3, 27 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 145, 166-67 para. 71 (29 agosto 1991); *Collins Systems International, Inc. v. Navy of the Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 526- 431-2, 28 Iran U.S. Cl. Trib. Rep. 21, 35 para. 43 (20 enero 1992); *W. Jack Buckameier v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 528-941-3, 28 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 53, 84-85 para. 95 (6 marzo 1992); *Unidyne Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 551-368-3, 29 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 310, 340-42 paras. 94-97 (10 noviembre 1993); *Westinghouse Electric Corp. v. Islamic Republic of Iran Air Force*, Laudo No. 579-389-2, 33 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 60, 78 para. 54, 80 paras. 60-61 (26 marzo 1997).

situación no representaba una fuerza mayor pues no tenía el carácter de ser un evento fuera del control de las partes sino que se trataba de actos del gobierno iraní. La *Gould* sostuvo que el Ministerio de Defensa había incumplido el contrato al no pagar algunas facturas, a su vez, el Ministerio sostuvo que la *Gould* había incumplido al retirar a su representante. En efecto, la segunda sala del Tribunal rechazó los argumentos de ambas partes y concluyó que las condiciones de *force majeure* que prevalecían en Irán a finales de diciembre 1978 e inicios de 1979 excusaban a las partes por el incumplimiento, el Tribunal definió así la fuerza mayor:

<< By December 1978, strikes, riots and other civil strife in the course of the Islamic Revolution had created classic force majeure conditions at least in Iran's major cities. By "force majeure" we mean social and economic forces beyond the power of the state to control through the exercise of due diligence. Injuries caused by the operation [of] such forces are therefore not attributable to the state for purposes of its responding for damages. Similarly, as between private parties, one party cannot claim against the other for injuries suffered as a result of delays in or cessation of performance during the time force majeure conditions prevail, unless the existence of these conditions is attributable to the fault of the Respondent party >>⁹²⁰.

Sobre el mismo razonamiento de esta decisión se encuentra el caso *Sylvania Technical Systems, Inc.* (“*Sylvania*”), que decidió sobre un contrato para proveer servicios de entrenamiento a la Fuerza Aérea iraní. En esta ocasión, la primera sala del Tribunal siguió la línea trazada en el caso *Gould* en el sentido que *<< the invocation of force majeure as an excuse for failure to perform under a contract must always be analyzed in the context of the circumstances causing the force majeure, taking into account the particular party affected by those circumstances and the specific obligations that party is prevented from performing >>⁹²¹*, y en materia probatoria la sala recordó que, siendo la fuerza mayor una excepción a la obligación de cumplir, *<< a party that invokes it has the burden of proving that conditions of force majeure existed with regard to its various contractual obligations >>⁹²²*. El Tribunal sostuvo la existencia de las condiciones para una *force majeure*, considerada la situación en Irán entre diciembre 1978 y febrero 1979, seguida por una interrupción general de las operaciones bancarias, lo que imposibilitó entonces el cumplimiento de ambas partes; con esta argumentación el Tribunal determinó que la falta de pago de ciertas facturas por parte del demandado durante ese periodo y la retirada del demandante el 15 febrero de 1979 estaban justificadas por *force majeure*. Sin embargo, finalmente el Tribunal rechazó la solicitud de fuerza mayor del demandado ya que éste no logró probar que las condiciones de fuerza mayor extendidas más allá del 15 febrero 1979 le impidieron eficazmente realizar pagos contractuales y emitir cartas de crédito⁹²³.

⁹²⁰ *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of National Defense of Iran*, Laudo Interlocutorio No. ITL 24-49-2, 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 147, 152-53 (27 julio 1983).

⁹²¹ *Sylvania Technical Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 180-64-1, 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 298, 308-9 (27 junio 1985).

⁹²² *Sylvania Technical Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, cit., 312.

⁹²³ Al rechazar la petición de *force majeure* del demandado, el Tribunal señaló que el gobierno iraní había terminado el contrato en cuestión como consecuencia de una decisión política deliberada de no continuar con los contratistas americanos en un proyecto secreto en relación con las operaciones de inteligencia militar y que tal decisión se había tomado en vista de un acontecimiento histórico, por ello no se trataba de eventos que estaban fuera del control del demandado: *Sylvania Technical Systems, Inc. v. Islamic*

Argumentos similares los del caso *International Technical Products Corp.*, donde el Tribunal sostuvo que las condiciones de fuerza mayor en Irán justificaban la suspensión de la ejecución y la salida de Irán de los representantes de la *International Technical* en diciembre de 1978, así como el incumplimiento del demandado para hacer los pagos contractuales para los trabajos aún no realizados por el demandante. Para el Tribunal las partes no presentaron evidencias detalladas de cuándo la *force majeure* dejó de existir o se convirtió en otra cosa, sin embargo, el Tribunal encontró justificado el fracaso posterior del demandante en regresar a Irán, ya que no había sido invitado por el demandado a reanudar el cumplimiento sino hasta el 30 de octubre de 1979, tan sólo unos días antes del 4 de noviembre de 1979, fecha en que militantes iraníes tomaron la Embajada de los Estados Unidos en Teherán⁹²⁴. Citando el caso *Starrett Housing Corp.*⁹²⁵, el Tribunal señaló que al menos después del 4 noviembre 1979 aquellas compañías norteamericanas que permanecieron en Irán, fueron luego forzadas a abandonar los proyectos y evacuar el personal; en su argumentación el Tribunal evocó el cambio de las circunstancias, en su razonamiento afirmó que la situación que tuvo inicio el 4 noviembre 1979 justificaba el incumplimiento del demandante, pero que en esa “nueva situación” no resultaba procedente para el demandado invocar la *force majeure* en sus relaciones contractuales con el demandante⁹²⁶. En este sentido el Tribunal concluyó que Irán era al menos parcialmente responsable de la situación surgida después del 4 noviembre 1979, de modo que falló a favor del demandante.

Por otra parte, el Tribunal consideró que las acciones de los Estados Unidos después del 14 noviembre de 1979 dirigidas a negar las licencias de exportación a Irán de equipos militares sujetos a especiales controles de seguridad nacional en la exportación, crearon condiciones de *force majeure*⁹²⁷, bajo estas circunstancias estableció que las compañías norteamericanas estaban excusadas de cualquier obligación de exportar a Irán.

En el caso *Blount Brothers Corp.*, el Tribunal abordó la cuestión de la petición de fuerza mayor por un organismo estatal que se vio impedido para cumplir el contrato por los actos de su propio gobierno; el caso se refiere a un contrato para la construcción de viviendas, el Tribunal sostuvo que el demandado, *Iran Housing Company*, una entidad controlada por el gobierno de Irán, no era responsable de los retrasos en la ejecución contractual atribuibles a la escasez de cemento resultante de las disposiciones del gobierno iraní. En la base de su decisión el Tribunal argumentó:

<< The position of a state enterprise in circumstances of force majeure has been widely discussed. The starting point is acknowledged to be the principle that the separation between a state enterprise and the state itself should be respected, with the result that acts of public authority by the state may operate as force majeure and excuse the state enterprise from liability. In examining the facts in any given case to determine

Republic of Iran, cit., 312 ss.; v. mayores detalles en M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*, cit., 355 ss.

⁹²⁴ *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 186-302-3, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 10, 23-24 (19 agosto 1985).

⁹²⁵ *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo Interlocutorio No. IITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 155 (19 diciembre 1983).

⁹²⁶ *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran*, cit., 24.

⁹²⁷ M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*, cit., 360 n. 44 recuerda que el 14 de noviembre 1979 el presidente Carter impuso sanciones económicas a Irán en respuesta a los hechos del 4 de noviembre en la embajada en Teherán.

whether they do, the state enterprise generally must be neither privileged nor discriminated against in comparison with the private enterprise. Certain general presumptions may be taken to apply in such cases, perhaps the strongest of which is that a state is unlikely to act in the exercise of its executive powers to the detriment of its own trading organs. Here, however, it is not disputed that the measures taken by the Government of Iran were intended as a response to a widespread problem of general application, and that [the respondent] was only one of a number of enterprises affected by them. The Tribunal therefore accepts the cement shortage as a circumstance of force majeure and one for which [the respondent] should not be held responsible >>>⁹²⁸.

En cuanto a la cuestión del estatuto jurídico de los contratos en los casos en que el Tribunal encontró condiciones de *force majeure*, mientras que algunos contratos tenían cláusulas específicas para tratar las consecuencias de la fuerza mayor en la ejecución de los contratos, muchos no lo hicieron; por lo tanto, en decenas de casos, el Tribunal tuvo la oportunidad de determinar cuáles eran esas consecuencias.

Ahora bien, es posible afirmar en términos generales que en caso de fuerza mayor con respecto a una determinada obligación contractual, el Tribunal ha sostenido – al igual que la tendencia de la CCI- que durante el período de fuerza mayor el cumplimiento de dicha obligación se suspende y el incumplimiento de la parte afectada se excusa⁹²⁹. Más allá de esta conclusión general, en varios casos el Tribunal ha encontrado que la ejecución de los contratos en cuestión se había frustrado como consecuencia de la prolongada causa de fuerza mayor. El caso emblema de frustración es *Gould*, en la decisión interlocutoria, tras constatar que no era imputable alguna culpa a las partes, el Tribunal no encontró perspectivas realistas para la reanudación de la ejecución del contrato (su conservación), y concluyó que la continuidad de la existencia de las condiciones de fuerza mayor a mediados de 1979 condujo a una resolución del contrato pues alcanzar la finalidad establecida por las partes era ya esencialmente imposible⁹³⁰. El lenguaje usado es propio del *common law*, pero en sustancia son las mismas reglas para la imposibilidad sobrevenida en nuestro sistema. En varias de las decisiones que siguieron, el Tribunal confirmó la regla, la prolongación de las condiciones de *force majeure* puede dar lugar a la resolución (*termination*) del contrato a causa de *frustración* o de *impossibility of performance*, incluso si las partes no invocan la fuerza mayor, o si el contrato no prevé dicha solución⁹³¹.

⁹²⁸ *Blount Brothers Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 215-52-1, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 56 (6 March 1986).

⁹²⁹ Vide M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice*, cit., 355 ss.; cfr. también los citados casos *Gould Marketing, Inc.* (Laudo Interlocutorio), Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 153; *Sylvania Technical Systems, Inc.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 309-10; *Anaconda Iran, Inc.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 211 para. 41; *General Electric Co.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 180 para. 111; *Westinghouse Electric Corp.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 78 para. 54.

⁹³⁰ *Gould Marketing, Inc.*, cit., 153.

⁹³¹ Cfr. los ya citados casos *International Schools, Services I*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 196; *Anaconda Iran, Inc.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 211 para. 41; *International Schools Services II*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 72-73 paras. 23, 27; *Mobil Oil Iran Inc.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 39 para. 117; *Stephen G. Shifflette*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. I 15-16 para. 19; *Combustion Engineering, Inc.*, supra 28 § 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 77 para. 61, 80 para. 71, 116 para. 207; *William, J. Levitt*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 166-67 para. 71; *Unidyne Corp.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 342 paras. 97-98; *Westinghouse Electric Corp.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 80 para. 61, 136 para. 259, 169 para. 360, 175 para. 379. M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice*, cit., 355 ss. cita los casos *Queens Office Tower Associates v. Iran National Airlines Corp.*, Laudo No. 37-172-1, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 247, 251-52 (15 abril 1983), que sugirió una “combination

La doctrina ha señalado en tono crítico que en el caso *Gould* y en la larga lista de decisiones que le siguieron, el Tribunal habría interpretado expansivamente las consecuencias de las condiciones de *force majeure* en Irán, evidenciando un contraste entre la determinación de *frustration* en el caso *Gould* y el punto de vista restringido y prudente que asumió la Primera Sala del Tribunal en el caso *Sylvania*⁹³². En efecto, el caso *Sylvania* acentúa que la petición de *force majeure* << *must always be analyzed in the context of the circumstances causing the force majeure, taking into account the particular party affected by those circumstances and the specific obligations that party is prevented from performing* >>⁹³³. La crítica se basa en que la Segunda Sala del Tribunal habría concluido erróneamente que las condiciones de *force majeure* en Irán habían impedido a las partes en forma permanente el cumplimiento del contrato y por ello decidió la resolución, mientras que la Primera Sala en el *Sylvania* habría asumido una posición más realista rechazando la conclusión según la cual las mismas condiciones de *force majeure* habrían conducido a la *termination* del contrato, afirmando que el cumplimiento tan solo se había suspendido por un corto periodo de tiempo después del cual la obligación contractual de pago no estaba ya afectada por esas condiciones⁹³⁴. Sin embargo, la crítica no parece convincente⁹³⁵, en el caso *Sylvania*, entre otras cosas, una perturbación general de las operaciones bancarias en Irán, causada por la conmoción general en el país, impidió que el demandado pagara determinadas facturas pendientes; el Tribunal sostuvo que, después de superadas las condiciones de fuerza mayor el demandado ya no estaba impedido para pagar al demandante las prestaciones anteriormente realizadas en el marco del contrato⁹³⁶. En el caso *Gould*, en cambio, el incumplimiento del demandado se encontró justificado, no como resultado de una perturbación general de las operaciones bancarias, sino más bien a causa de la imposibilidad del demandado, debida a la *force majeure*, de proveer los servicios requeridos en territorio iraní, en efecto, el Tribunal señaló que << *since there remained in great part the field and spare part services to supply, [the claimant's] inability to do so due to the social upheaval in Iran justified non-performance by both parties* >>⁹³⁷, e igualmente afirmó que la presencia continua de los representantes del actor en Irán se había hecho prácticamente imposible, al menos temporalmente, y dicha ausencia habría afectado toda la operación de servicio y reparación⁹³⁸; bajo esas circunstancias, el demandado no puede ser requerido a continuar los pagos ya que << *the respondent's suspension of its performance obligations as to the payment schedule must therefore be considered a result of the same force majeure conditions which led to the departure [of the claimant's representatives]* >>⁹³⁹, así, el Tribunal estableció que no existían las condiciones para el regreso del demandante a Irán y decidió la *frustration* del contrato

of frustration of purpose and impossibility of payment" debida a las sanciones económicas de EU contra Irán; *Linen, Fortinberry and Associates, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 372-10513-2, 19 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 62, 70 para. 28 (28 junio 1988).

⁹³² J. A. WESTBERG, *International Transactions and Claims Involving Government Parties-Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal*, International Law Institute, Washington D.C., 1991, 168 ss.

⁹³³ *Sylvania Technical Systems, Inc.*, cit., 309.

⁹³⁴ J. A. WESTBERG, *International Transactions and Claims Involving Government Parties-Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal*, cit., 182.

⁹³⁵ En este sentido M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice*, cit., 355 ss.

⁹³⁶ *Sylvania Technical Systems, Inc.*, cit. 308 ss.

⁹³⁷ *Gould Marketing, Inc.*, cit., 153 ss.

⁹³⁸ << *In those circumstances, the Respondent cannot be held to have been required to continue payments*>>: *Gould Marketing, Inc.*, cit., 153 ss.

⁹³⁹ *Gould Marketing, Inc.*, cit., 153 ss.

por *impossibility of performance*. En consecuencia, no se trataba de las mismas condiciones de *force majeure*, sino antes bien de distintas circunstancias causantes de esa *force majeure*, lo que explica las disímiles conclusiones a las que llegó el Tribunal⁹⁴⁰.

En los casos en los que el Tribunal constató que un contrato se había frustrado como consecuencia de una prolongada *force majeure* o se había hecho imposible de realizar por cualquier otro motivo, debía proceder luego a determinar las restituciones mutuas como resultado de la resolución. En varios casos los contratos no preveían ninguna disposición que delimitara las consecuencias de la *force majeure*, por lo que se dejó una amplia latitud al Tribunal para determinar la forma en la cual se había llevado a cabo la contabilidad final entre las partes. Inicialmente, en el caso *Queens Office Tower Associates*, el Tribunal articuló la siguiente regla para determinar los derechos y las obligaciones de las partes a la luz de la terminación prematura del contrato: La regla que rige es que la pérdida debe << *lie where it falls*>>. La distribución del riesgo está sujeta en general al equitativo margen de apreciación del Tribunal, utilizando el contrato como marco y punto de referencia interpretativo⁹⁴¹. El Tribunal elaboró la regla su laudo definitivo en el caso *Gould*, para determinar lo que se debe como resultado de la frustración del contrato en ese caso, el Tribunal aplicó la siguiente regla existente en el derecho norteamericano, inglés y francés:

*<< Under American law, as under English law since 1943, the general principle applied to equitably allocate such consequences of frustration of contract is that amounts due under the contract are to be proportioned to the extent the contract was performed. If no payment has been made, the Party which has performed is entitled to receive payment to the extent of that performance. If payment has been made, the Party which received such payment is entitled to retain that amount of money proportionate to its performance and must return any money in excess of that amount >>*⁹⁴².

Así, en la práctica del Tribunal la norma que rige en los casos de *frustration*, cuando el contrato no disponga otra cosa, es que las partes deben asumir las pérdidas allí donde surja la necesidad, con sujeción a la discreción del Tribunal de asignar equitativamente este tipo de pérdidas en proporción a la parte realizada del contrato hasta la fecha de su terminación. Una vez más el Tribunal hizo aplicación coherente de un principio general del derecho, que ‘la pérdida debe recaer en la parte que la sufre’; naturalmente el Tribunal se ha negado a conceder los gastos u honorarios o cualquier pérdida de beneficios en los que se haya incurrido después de la fecha de resolución del contrato⁹⁴³.

⁹⁴⁰ M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice*, cit., 355 ss.

⁹⁴¹ *Queens Office Tower Associates*, cit., 254.

⁹⁴² *Gould Marketing, Inc.*, cit., 153 ss.

⁹⁴³ Cfr. los ya citados casos *See International School Services I*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 196-97; *Phelps Dodge International Corp.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 173 para. 52; *International Schools Services II*, Iran-U.S. Cl. Trib... Rep. 73-74 para. 30; *William J. Levitt*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 167-68 paras 74-76; *Unidyne Corp.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 342-43 para. 99; *Westinghouse Electric Corp.*, Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 80-81 paras. 63-64. En *Westinghouse Electric Corp.*, cit., 81 para. 64, el Tribunal estableció en forma clara y sencilla cómo proceder a determinar lo que se adeudan las partes como resultado de la frustración de los contratos en cuestión: << [The Tribunal] will determine the extent to which [the claimant] performed its obligations under each ... contract ... until such performance was made impossible, and whether, based on such performance, [the claimant] is entitled to receive further payments or, on the contrary, must return to the [respondent] part of the payments it received >>.

El caso *Westinghouse Electric Corp.* muestra la metodología usada por Tribunal para determinar quién debe qué a quién, como resultado de la frustración del contrato. En la detallada y compleja decisión del caso, que se refería a un proyecto para el mantenimiento de la capacidad de los equipos electrónicos de la Fuerza Aérea iraní, el Tribunal determinó el grado de rendimiento y el alcance de los pagos en catorce contratos frustrados. Un análisis de la forma en que el Tribunal determinó el alcance del cumplimiento del demandante, que involucraba la prestación de una multitud de diferentes equipos electrónicos de mantenimiento, así como todo tipo de servicios de ingeniería de capacitación, es especialmente instructivo y puede resultar útil para otros tribunales internacionales que se enfrentan con la difícil tarea de determinar las restituciones mutuas como consecuencia de la prematura terminación del contrato, en especial cuando halla escasez de pruebas⁹⁴⁴.

29. Adaptación del contrato y cláusulas de *hardship*.-

En este, como en todos los argumentos aquí tratados, la bibliografía pierde confines, se procederá sintéticamente y se enunciarán los rasgos más sobresalientes de los conceptos, permitiendo observar una continua evolución del derecho contractual hacia la conservación del contrato mediante su adaptación a las nuevas circunstancias. Ahora bien, es conocido que la adaptación del contrato - en particular mediante las llamadas cláusulas de *hardship*-, si bien prevista en gran número de ordenamientos nacionales, se usa con mayor frecuencia en los contratos internacionales, y ello seguramente porque estos deben ejecutarse en contextos políticos y económicos variables, lo que aumenta el grado de susceptibilidad a la incerteza y al cambio repentino del contexto en que fueron celebrados, es decir, dependen de su naturaleza de duración y de la fuga de las partes a la aleatoriedad del intercambio. Dos son esencialmente las formas de adaptación más frecuentes empleadas por los contratantes en el ámbito del comercio internacional: las cláusulas de valor y las cláusulas de adaptación al cambio de las circunstancias (*hardship*). A las primeras nos referimos brevemente, las segundas en cambio serán objeto de revisión más atenta pues constituyen materia de análisis de esta investigación.

§ 1. Cláusulas de valor o adaptación automática.-

Se trata de argumentos conocidos, cláusulas de revisión de precios basadas en un aumento considerable de los costos, así como también las cláusulas de variación monetaria que modifican el precio en razón de la fluctuación de la divisa del contrato, para referirnos a aquellas utilizadas con mayor frecuencia. Su función es la de distribuir equitativamente los riesgos monetarios acorde con los fenómenos de inflación y devaluación, en otras palabras, ellas prevén generalmente la revisión automática del precio acorde con la variación de ciertos parámetros o índices convencionales⁹⁴⁵, y se distinguen así de las otras formas de modificación como aquellas previstas por el legislador o las establecidas por decisión judicial (adaptación judicial), igualmente se distinguen del precio forfetario y del precio de mercado, éste último en particular pues

⁹⁴⁴ M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice*, cit., 355 ss.

⁹⁴⁵ U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 172.

no constituye un mecanismo automático para la determinación de la prestación, esto es, no es un instrumento de adaptación automática sino quizás un elemento de ulterior dificultad para un efectivo control de la determinación de la prestación en dinero atribuida a una de las partes⁹⁴⁶. La materia de las cláusulas de valor o de indexación tiene orígenes bien antiguos, basta acá recordar, para resaltar su importancia reciente, que fue objeto de profundos estudios durante el siglo veinte⁹⁴⁷, y aun hoy tiene una gran relevancia en la materia contractual aunque se encuentran precisamente delimitadas⁹⁴⁸; en su evolución, sin duda, estas cláusulas han seguido de cerca del desarrollo de la economía monetaria y sus efectos en las relaciones contractuales, su tipología es variada (cláusulas de valor, cláusulas de indexación, cláusulas oro, *escalator clauses*, etc.) pero la razón de su inclusión en el contrato es clara, se trata de poner a cargo del deudor el riesgo por la variación del poder adquisitivo de la moneda establecida *in obligatione* para el pago, constituyendo una notable característica de los contratos de duración, propios del comercio internacional (contratos p. ej. de llave en mano, de *franchising*, de *managment*, de financiación, de *joint venture*, de agencia, de compensación, de distribución, de asistencia técnica, de telecomunicaciones, etc.)⁹⁴⁹.

En cuanto a las decisiones de la CCI, los árbitros aceptan frecuentemente estas cláusulas sólo cuando hay una disposición expresa en el contrato⁹⁵⁰, y consideran que, como el contrato está sujeto a una divisa en particular, salvo disposición expresa en contrario, las partes deben asumir los riesgos de las fluctuaciones monetarias de la divisa del contrato; en cambio, si el deudor es responsable del retraso en el pago, deberá

⁹⁴⁶ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 170.

⁹⁴⁷ De los numerosos estudios realizados en el siglo pasado, algunos de los más destacados, sin ánimo de agotar la amplia bibliografía, son: SAVATIER, *La nouvelle législation des indexations*, en *Dalloz*, 1959, 63; LEVY, *Après le tournant financier de 1958*, en *J.C.P.*, 1959, 1, 1472; QUADRI, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979; ID. *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1981; INZITARI, *Clausole monetarie*, en *Trattato di diritto commerciale IV* (dir. Galgano), Padova, 1983; ASAM, *Instrumente des Inflationsangleichs im italienischen und deutschen Privatrecht*, München, 1984. No ha faltado en la doctrina sobre la materia (PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, en *For. it.*, 1981, I, 2133 ss.; SCHWARTZ, *Sales and Inflation*, en *50 Cal. L. Rev.*, 1976, 21 ss.) la afirmación según la cual las cláusulas de adaptación automática representarían en el plano práctico una posible alternativa, desde el punto de vista de la autonomía privada, a instrumentos previstos en las leyes nacionales, como por ejemplo el art. 1467 c. c. it. o la *section 2 – 615* del UCC ampliamente comentados en este trabajo; no obstante, luego de revisar los principios y las reglas de la problemática de la ‘imposibilidad económica’, parece evidente que la adaptación automática no es suficiente para afrontar todos los posibles efectos del fenómeno, considerado que la naturaleza y las características de los tipos contractuales de duración suponen un delicado trabajo de atribución del riesgo y de renegociación, en especial por la complejidad del desarrollo de sus prestaciones que involucran la mayoría de las veces, no sólo obligaciones dinerarias, sino también la ejecución de obras o la prestación de servicios especializados. Por ello, si se acepta que existe un principio de interés general que llama a las partes a preservar la relación, a renegociar los términos del acuerdo en caso de eventos sobrevenidos que alteren el equilibrio de la operación, no hace falta continuar e insistir en el planteamiento de soluciones que complazcan la vieja regla áurea.

⁹⁴⁸ Cfr. LEBOULANGER, *Remarques sur la règle dite d'ordre publique appliquée aux stipulations de garantie monétaire dans les contrats internationaux*, en *Clunet* (1963), 63; MALAURIE, *Les clauses monétaires stipulées dans un contrat international*, en *Clunet* (1966), 571.

⁹⁴⁹ Acerca de la tipología de las cláusulas y su uso actual, en particular en la doctrina italiana pero con importantes extensiones comparativas, ver *amplius* F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 175 ss.; sobre el modelo usado en la contratación internacional vide p. ej. el art. 72 del modelo FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*).

⁹⁵⁰ Laudo No. 1990/1974 CCI, en *Clunet* (1974), 892.

responder al acreedor por los intereses moratorios y asumirá las pérdidas causadas por las variaciones de la tasa de cambio⁹⁵¹.

§ 2. Cláusulas de *hardship* o adaptación por sucesivo acuerdo de las partes.-

Llegamos quizás a uno de los argumentos más relevantes de esta investigación, las llamadas cláusulas de *hardship*, aquí el evento externo sobrevenido es sin duda constitutivo de fuerza mayor, solo que su efecto sobre la obligación no es la imposibilidad absoluta de ésta sino más bien la excesiva onerosidad que implica cumplirla frente a las nuevas circunstancias, diríamos que se trata de una ‘imposibilidad económica’ pues el equilibrio entre las recíprocas posiciones económicas de las partes ha sufrido una alteración posterior a la celebración del contrato causada por un evento externo a ellas no imputable, la realidad ha cambiado y el contrato debe pues adaptarse, evolucionar con esa realidad en la búsqueda del camino más apropiado para alcanzar la finalidad deseada por los contratantes - como se ha tenido la oportunidad de señalar al considerar los distintos sistemas nacionales.

Los efectos onerosos de los eventos sobrevenidos escapan a la capacidad de absorción automática de las cláusulas de indexación y determinan así el ámbito de aplicación de las reglas sobre la gestión *ex post* del riesgo contractual, las cláusulas de *hardship* se distinguen de las de indexación precisamente en la acentuada finalidad de reequilibrio, en efecto, mientras que la cláusula monetaria opera en general de manera automática, sin intervención de las partes o del juez, mediante la sustitución de una nueva prestación por aquella que la variación del índice caducó, la cláusula de *hardship* no tiene en sí misma efecto automático, ella conduce esencialmente a provocar una renegociación del contrato pues se produjo el cambio considerado⁹⁵², resaltando que el estudio de su estructura y sus efectos se ubica, sin duda, en el confín con la disciplina de la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenidas⁹⁵³. La tipología de estas cláusulas es variada, se las conoce como cláusulas de revisión, de salvaguardia, de fuerza mayor, de imprevisión, de *major economic dislocation*, y, en fin, de *hardship*, todas encaminadas a sustituir el régimen legal contractual con una cierta disciplina convencional uniforme que refleja los criterios acogidos en los distintos ordenamientos para la gestión de los eventos sobrevenidos. En general, la cláusula de *hardship* puede definirse como aquella según la cual las partes se reservan la posibilidad de demandar una renegociación del contrato si sobreviene un cambio en las circunstancias iniciales bajo las cuales ellas se obligaron, y que modifica a su vez el equilibrio económico de la operación hasta el punto de imponer a una de ellas un rigor injusto.

⁹⁵¹ Acerca de la devaluación monetaria como elemento del daño en caso de incumplimiento en la práctica del comercio internacional, vide U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 79 ss.

⁹⁵² Cfr. B. OPPETIT, *L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship*, en *Clunet* 101 (1974), 797.

⁹⁵³ Las cláusulas de adaptación han evolucionado considerablemente en la práctica internacional, alcanzando ya importantes niveles de elaboración, sin embargo, se observa en general la tendencia en los contratos a mantener abierta la previsión de los eventos que pueden determinar la situación de *hardship* para una de las partes, mediante el uso de expresiones que implican acudir a criterios de valoración sustancialmente equitativos; no obstante, con alguna frecuencia se encuentran cláusulas que establecen en términos específicos el umbral del *hardship*: cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 207, 211 n. 62.

Como se ha señalado, en la tradición jurídica de los distintos sistemas un evento de *force majeure* hace imposible la ejecución de la prestación abriendo paso a la resolución y a la limitación de responsabilidad por incumplimiento; la noción ha evolucionado bastante en la práctica internacional acorde con una concepción amplia de la *force majeure* que no supone siempre la resolución sino más bien la adaptación del contrato⁹⁵⁴. Los elementos estructurales para la calificación de un evento como *force majeure* (*vis maior, act of God, etc.*) son esencialmente los mismos en la mayoría de las legislaciones, y las decisiones judiciales muestran una tendencia universal a una interpretación restrictiva. Estos elementos han sido destacados a lo largo de este trabajo, ellos son: (1) que el evento sea naturaleza externa, (2) que sea imprevisible, y (3) que haga imposible absolutamente - o durante un cierto periodo de tiempo- una obligación contractual. Ahora bien, esto no puede decirse para el término *hardship* si se trata de un evento que cambia el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes de una manera dramática, hasta el punto que el cumplimiento puede ser ruinoso para una de ellas o no puede esperarse razonablemente que cumpla. Si bien la mayoría de las legislaciones tienen reglas para enfrentar tales situaciones (aproximadamente se clasifica toda la problemática bajo la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, cfr. nuestra opinión crítica sobre la elaboración de la cláusula *supra* 9), las soluciones aceptadas por las leyes nacionales así como las decisiones judiciales y la doctrina legal, muestran un grado notable de variación⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ Al respecto vide KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, cit., 467 ss. La evolución de la noción tradicional de fuerza mayor puede observarse en las definiciones de *force majeure* y de *hardship* de la CCI en el doc. No. 421/1985: << La clause de *force majeure* établit les conditions d'exonération de responsabilité lorsque l'exécution devient littéralement ou pratiquement impossible. La clause de *hardship* couvre la situation dans laquelle les changements de circonstances ont rendu l'exécution particulièrement onéreuse >>. Como se ha señalado y pretendido justificar en estas páginas, el atenuarse de la noción tradicional de fuerza mayor y su fusión parcial con las situaciones de imprevisión resultantes de una ejecución prácticamente imposible, se explica no ya frente a una ejecución objetivamente imposible sino más bien 'económicamente imposible'. Acerca del paralelismo de los dos conceptos cfr. FONTAINE, *Droit des Contrats Internationaux*, cit., 251; cfr. en particular respecto de los Principios Unidroit, D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, en 40 *Am. J. Comp. L.*, 1992, 657: <<The difference between the two concepts is mostly described in such a way that *hardship* is at stake where the performance of the disadvantaged party has become much more burdensome, but not impossible, while *force majeure* means that the performance of the party concerned has become impossible, at least temporarily. But moreover there seems to be a functional difference between the two concepts, at least as they are used in the Principles. *Hardship* is a reason for a change in the contractual program of the parties and has a deeper influence on the implementation of the contract than normal variants which come up in this process, however *hardship* is nevertheless related to the fulfillment of the contract. The aim of the parties remains to implement the contract. But *force majeure* in the context of the Principles like elsewhere in the context of non-performance >>.

⁹⁵⁵ W. MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration*, en 1 *J.Int'l Arb.*, 1984, 216. R. D. BISHOP, *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*, en *YCA* (1998), 1167, recuerda que los tribunales de arbitramento internacional definen la doctrina del cambio de las circunstancias o *rebus sic stantibus* bajo este parámetro: en el derecho internacional, el principio de la fuerza obligatoria de los tratados se restringe a veces por la proposición de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esto significa que la fuerza obligatoria está sujeta a la persistencia de las circunstancias bajo las cuales un tratado fue celebrado, si tales circunstancias cambian substancialmente, entonces puede acudir a su modificación o su terminación. Señala el a. que esta limitación es semejante al teoría de la imprevisión (*theorie de l'imprevisión*) que es conocida en las leyes civiles y administrativas de muchos países; para variar de referencias vide además el código civil Libio - así como otros códigos civiles árabes- que se refiere al fenómeno de manera restrictiva en el inciso 2 del art. 147 al establecer que si las circunstancias generales excepcionales sobrevenidas no eran susceptibles de ser previstas, y respecto de la ejecución del contrato,

§ 3. Contenido, presupuestos de la renegociación y relatividad del vínculo: el deber de renegociar y su alcance.-

Si bien la fuente de las cláusulas en examen está en el programa contractual originario, y por ende son indiscutible expresión de la autonomía privada, surge un aspecto singular, pues dicha autonomía obliga aquí a las partes a mantener un preciso acuerdo contractual, pero establece de igual forma la relatividad del vínculo al permitirles separarse de dicho acuerdo siempre que se verifiquen los presupuestos para la renegociación de las condiciones contractuales preexistentes⁹⁵⁶. Los presupuestos para la renegociación previamente pactada son variados, acorde con el amplio margen de la autonomía privada; así mismo, las condiciones bajo las cuales los contratantes se obligan a renegociar pueden referirse a todos los aspectos del contrato, bien sean de orden financiero (como participaciones o utilidades, transferencia y reinversión de beneficios, efectos fiscales, etc.) o aquellos relacionados con el control de particulares aspectos de la ejecución de las prestaciones.

En general, el contenido de la cláusula debe determinar los pactos conforme a los cuales se prevé la renegociación, sin embargo, pueden presentarse cláusulas que carecen de una debida determinación de la parte titular del derecho de modificación del contrato, o de los presupuestos que legitiman la solicitud, o incluso carentes de señalamiento alguno acerca de cuáles aspectos del contrato serán sujetos a revisión. En estos casos, frente a la generalidad de la cláusula, podría pensarse que el deber de renegociar no asume un valor obligatorio en sentido propio, pero ésta quizás es una intuición apresurada y más bien corresponde pensar que en estos casos adquiere relevancia la tarea interpretativa encaminada a establecer: (1) si las partes quisieron prever solamente la posibilidad de entablar la renegociación en términos de simple eventualidad, en cuyo caso desaparece el carácter jurídico del pacto; (2) si las lagunas de la cláusula no pueden ser colmadas respecto de circunstancias tales como la naturaleza del contrato o los usos adoptados por las partes; (3) la conducta sucesiva de una de las partes que señale la intención común de renegociar o bien los criterios y coordenadas del acuerdo asumido⁹⁵⁷.

aunque ellas no la hagan imposible, sí la hacen más onerosa para el deudor que se encuentra amenazado con una fuerte pérdida, de manera que el juez, según las circunstancias y después de valorar los intereses recíprocos de las partes, puede reducir la obligación onerosa a un límite razonable, y cualquier acuerdo en contrario será nulo.

⁹⁵⁶ En este sentido cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 215, quien además señala como « non può destare alcuno stupore, dunque, l'apparente lacunosità del testo contrattuale che, anzi, ne costituisce proprio una caratteristica e rinviene la sua giustificazione nella stessa presenza delle clausole in esame. Queste possono ben prescindere dalla prevedibilità degli eventi e dalle questioni relative all'accollo (più o meno implicito) del rischio contrattuale, affiancando l'interprete, in tal modo, dall'esame di tutti o gran parte dei problemi legati all'applicazione della disciplina delle sopravvenienze, la cui sostanziale irresolubilità conduce a quelle forme di giustizia che è stata talvolta indicata come saggezza di Salomone ».

⁹⁵⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 219 ss., con cita de BARTLES, *Contractual Adaptation and Conflict Resolution*, Frankfurt a. M., 1985, 65 ss., señala una característica fundamental, frecuentemente la renegociación es el efecto de compromisos contractuales precisos que instauran entre las partes una relación derecho/deber, incluso si la actualidad de dicha relación puede ser remitida al vencimiento de un cierto término o al cambio de las circunstancias, asumiendo las partes, como término de comparación, la situación fáctica existente en una determinada fecha que generalmente coincide con aquella de la celebración del contrato; cfr. además A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten*, Munich, 1994, 260 ss.; A. BUCHER, *Die neue internationale*

Para la actuación del deber de renegociar es necesario un entendimiento precedente sobre la oportunidad de modificar el contrato, así, debe reconocerse a ambas partes la iniciativa de promover el inicio de las nuevas negociaciones, y de la invitación a negociar de una parte, deriva el deber de replicar con claridad para la otra, señalando su posición al respecto⁹⁵⁸. En relación con el ámbito de la renegociación, es difícil catalogar las cláusulas a la luz de su contenido⁹⁵⁹, las partes pueden alternativamente

Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel-Frankfurt, 1989, 265; Th. MARKERT, *Rohstoffkonzessionen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1989, 181 ss.

⁹⁵⁸ La doctrina alemana descompone el deber de renegociar en dos momentos, primero las partes deben dar curso a las negociaciones, luego deben formular propuestas explícitas y transmitir declaraciones de voluntad recíprocas, << Kern der Neuverhandlungspflicht ist die Abgabe der Willenserklärung, die für die Vertragsanpassung (...) notwendig ist noch ein zweites Element zu unterscheiden die Teilname an einem vorangehenden Verhandlungsprozess, in welchem das Anpassungsziel gefunden und damit der Inhalt der abzugebenden Willenserklärung überhaupt erst festgelegt werden muss >> (Núcleo del deber de renegociar es la manifestación de la voluntad, ella es necesaria para la adaptación del contrato (...) es necesario diferenciar todavía un segundo elemento, la intención y la iniciativa para entablar un proceso de negociación en el cual debe ante todo determinarse en general el objetivo de la adaptación y el contenido presunto de la manifestación de voluntad): N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, en 181 *Archiv. für die Civilistische Praxis* (1981), 282 ss.

⁹⁵⁹ Vide a título de ejemplo: doc. CCI No. 421 *Force Majeure and Hardship* 1985: << Should the occurrence of events not contemplated by the parties fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the parties in the performance of its contractual obligations, that party may proceed as follows: 1. The Party shall make a request for revision within a reasonable time from the moment it becomes aware of the event and of its effect on the economy of the contract. 2. The request shall indicate the grounds on which it is based. 3. The Parties shall then consult one another with a view to revising the contract on an equitable basis, in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice. 4. The request for revision does not of itself suspend performance of the contract >>; doc. CCI No. 650 *Force Majeure Clause* 2003: << 1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. 2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event. 3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract >>; UNCITRAL *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, 1988, *Exemption Clauses* No. 1, 12: << 1. The term "hardship" as used in the Guide means a change in economic, financial, legal or technological factors that causes serious adverse economic consequences to a contracting party, thereby rendering more difficult the performance of his contractual obligations. A typical hardship clause has two main aspects. Firstly, it would define hardship and, secondly, it would provide for renegotiation to adapt the contract to the new situation created by the hardship. The legal effect of hardship clauses may vary under different legal systems. While they are recognized under some legal systems, they are unknown in others; in still other legal systems their validity has not been tested in legal proceedings. 2. Hardship clauses are to be distinguished from exemption clauses (see chapter XXI, "Exemption clauses"). A hardship clause as conceived in the Guide would apply when a change of circumstances makes the performance of a party's obligations more onerous, but does not prevent that performance. An exemption clause as conceived in this Guide would apply only when a change of circumstances prevents performance. Thus, a hardship clause may apply where, after the contract is entered into, administrative regulations relating to environmental protection applicable to the construction change so as to; introduce more stringent requirements which greatly increase the cost of construction. An exemption clause may apply where the regulations change so as to prevent further construction. The legal consequences resulting from the application of each type of clause as conceived in the Guide would also differ. A

decidir garantizar la revisión de un aspecto específico del contrato o bien de su totalidad, en éste último caso el problema es el posible cuestionamiento sobre la validez obligatoria de la cláusula; sin embargo, es la amplitud una característica frecuente, y quizás se explica no negativamente sino más bien en sentido positivo, es decir, las partes cuentan así con el espacio necesario para plantear la negociación en los términos considerados oportunos y en relación con las circunstancias del caso⁹⁶⁰.

Ahora bien, si las negociaciones no progresan, llegan al borde del colapso o se frustran definitivamente, surge el cuestionamiento de hasta dónde estaban las partes obligadas a alcanzar un acuerdo, y en casos de generalidad en los términos de la cláusula el asunto resulta más problemático; se trata pues de determinar con cuál fuerza o intensidad los estándares de adaptación y sus efectos hayan sido establecidos en la cláusula, acorde con la unanimidad de la opinión internacional⁹⁶¹, las cláusulas de renegociación sólo contienen la obligación para las partes de realizar el mayor esfuerzo posible para llegar a un acuerdo, esto es, de cooperar conforme a la regla general de la buena fe, en el marco de los siguientes deberes señalados por la doctrina:

1. Mantener el marco de renegociación establecido en la cláusula.
2. Respetar las otras disposiciones del contrato.
3. Tener en cuenta la práctica contractual prioritaria entre las partes.
4. Procurar un esfuerzo real para alcanzar el acuerdo.
5. Prestar atención a los intereses de la contraparte.
6. Producir información relevante para la adaptación.
7. Mostrar una sincera voluntad de alcanzar un compromiso.
8. Mantener una conducta flexible en las negociaciones.
9. Buscar las soluciones de reajuste más razonables y apropiadas.

hardship clause would provide that, if hardship occurs, the contract is to be renegotiated (see previous paragraph). An exemption clause would provide that, if a failure to perform an obligation occurs as a result of exempting impediments, certain remedies, in particular the recovery of damages, are not available to the aggrieved party against the party who failed to perform >>.

⁹⁶⁰ Acerca de los distintos matices que rodean la renegociación en el comercio internacional, K. P. BERGER, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, 1366, señala que <<internationally, however, another point of view prevails. The result is based on the particular quality of renegotiation clauses. Contrary to “one-dimensional” contract clauses, these open clauses refer to several possible consensus options. Which one will be applicable in the end cannot be fixed in advance; instead, it depends on various circumstances, like the negotiation strengths of the parties and their respective commercial circumstances at the time of negotiation as well as the parties’ strategic aims and options. These circumstances are not fixed in advance, and cannot be evaluated in an objective legal sense >>.

⁹⁶¹ Cfr. sin pretender agotar la inmensa bibliografía, HORN, *Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in some European Laws and in International Laws*, en *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (N. Horn ed.), 1985, 15, 29; ID. *Neuverhandlungspflicht*, cit., 255, 284; A. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited* (1995), 180; J. BAUR, *Vertragliche anpassungsregeln*, (1983), 120; W. PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements* (1995), 246; K. P. BERGER, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, cit., 1366; A. KOLO & T. W. WÄLDE, *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects*, 2000, 57; UNCITRAL, *Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works* (1998), 246; *Kuwait v. Am. Indep. Oil Co.*, Final Award, Mar. 24, 1982, 21 *I.L.M.* 976, 992, 1002 (1982); *Wintershall A.G. v. Gov’t of Qatar*, 28 *I.L.M.* 798, 814 (1989); CCI Laudo No. 2291/1974, en *Clunet* (1975) [con nota de Derains]; *North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den.)*, 1969, en *I.C.J.* 4 (Feb. 16) 1969, 47.

10. Hacer concretas y razonables sugerencias para el reajuste en vez de escuetas declaraciones generales de voluntad.
11. Evitar precipitadas sugerencias de reajuste.
12. Dar las razones apropiadas para justificar las propias sugerencias de reajuste.
13. Obtener ayuda experta en difíciles y complejos procesos de acuerdo.
14. Responder oportunamente las ofertas de reajuste hechas por la contraparte.
15. Hacer esfuerzos para mantener el *price-performance* de la relación teniendo en cuenta los parámetros considerados relevantes por las partes.
16. Evitar cualquier ventaja injusta o detrimento para la contraparte (la regla de “*no profit – no loss*”).
17. Prohibir la creación de estrategias de “*escalation*” durante las negociaciones.
18. Mantener los esfuerzos para alcanzar un acuerdo dentro de un periodo de tiempo razonable.
19. Evitar cualquier retraso innecesario en el proceso de consenso.

En todo caso, estas cláusulas no establecen ninguna responsabilidad para las partes en caso de frustrarse las negociaciones, ellas tienen un efecto similar al de las llamadas cláusulas “del mejor esfuerzo” (“*best effort*” clauses). El deber de negociar basado en una cláusula de renegociación puede cumplirse, por consiguiente, incluso cuando las partes no han alcanzado un acuerdo, por ejemplo porque una de ellas rechaza las propuestas de la otra por razones que se basan en el buen juicio comercial. Debido a su amplitud, estas cláusulas pueden fijar sólo una meta generalmente determinada (garantizando el equilibrio comercial entre las obligaciones contractuales) y proveer el procedimiento (de renegociación) a seguir por ambas partes, pero ellas pueden no establecer la manera real en que ese objetivo debe alcanzarse, por ejemplo poniendo alternativas específicas para ser luego decididas. Las cláusulas de renegociación autorizan de esta manera el reajuste que deben efectuar ambas partes en conjunto, con todos los elementos necesariamente involucrados. Esto significa que las cláusulas de *hardship* resultan, en un proceso dirigido, verdaderas y propias obligaciones contractuales para ambas partes⁹⁶².

§4. Distinción con la disciplina legal de la imposibilidad sobrevenida: *hardship* ¿una noción única?.-

Como se ha tenido la oportunidad de señalar a lo largo de este estudio, la problemática derivada de la incidencia de la *vis extraria* en los contratos de duración que tiene por efecto, no la imposibilidad absoluta de la prestación sino más bien su excesiva onerosidad, ha sido objeto de diversas elaboraciones que hemos procurado enunciar, unas que parten de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* para llegar al cambio de la base negocial, otras que expanden el concepto de *vis maior* o se concentran en el requisito de la imprevisión; sin embargo, esa diversidad difícilmente escapa a la resistencia de las verdaderas reglas contenidas en el sistema, no es posible afrontar el problema de la excesiva onerosidad sobrevenida sin las reglas sobre fuerza

⁹⁶² Cfr. A. NASSAR, *Sanctity of Contracts*, cit., 182; K. P. BERGER, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts*, cit., 1368.

mayor, sin la necesidad de una *vis extraria* a las partes, y sobretodo sin tener claro que la buena fe actúa en los distintos planos, como criterio de corrección o adaptación (equidad correctiva – equilibrio) y como muro de defensa ante la petición de cumplir una prestación ruinoso debido causas irresistibles (*exceptio doli generalis*). Conviene pues aceptar primero que, al margen de nombres o teorías, no toda fuerza mayor tiene como consecuencia la imposibilidad absoluta, y que si bien el deudor estaría eximido, no parece acertado pensar en la resolución del contrato si éste puede adaptarse equitativamente.

No obstante todos los sistemas tengan algo en común (fundamentalmente extraneidad, imprevisión e injusto rigor en la ejecución de la prestación, en general hablamos de ‘compatibilidad abstracta’)⁹⁶³, es obvio que las distintas normas legales, o las de derecho uniforme, así como doctrina y jurisprudencia en materia, no son completamente equivalentes y presentan más bien una convergencia conceptual⁹⁶⁴. Un paso adelante hacia la armonización, sin duda – y como veremos más adelante-, se ha dado en los Principios para los Contratos Internacionales y en el Derecho Europeo de Contratos, aunque si no es un proceso acabado. En la práctica del comercio internacional, como hemos visto, predomina el uso de cláusulas para la gestión de estos problemas, y si bien puede reconocerse que el *hardship* es un principio de la *lex mercatoria*, los árbitros proceden sólo en presencia de una cláusula, pero si bien esto, no puede negarse que la progresiva afirmación en doctrina, jurisprudencia y en los distintos sistemas legales de las reglas para la ‘imposibilidad económica’ y por consiguiente el favorecer no la resolución sino la adaptación mediante renegociación, han puesto en evidencia la fuerte presencia del deber de cooperación fundado en la buena fe

⁹⁶³ Cfr. D. TALLON, *Hardship*, en Hartkamp y otros, *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, 499 ss.

⁹⁶⁴ Vide para el derecho uniforme art. 6.2.2. ss. Principios Unidroit; art. 6.111 PECL; art. 408 Contract Code. En los derechos internos la noción es conceptualmente convergente, vide: art. 1467 c. c. italiano; en el derecho inglés v. *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B. V*, 1 *Lloyd's L. Rep.* [1990], 1 ss; art. 6:258 NBW holandés; art. 451 c. c. ruso. Cfr. *Uncitral Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, *Hardship Clauses*, n. 1.2. En la jurisprudencia arbitral v. p. ej. los laudos de la CCI No. 1512/1966, en *Yearbook*, 1967, 129; No. 2291/1975, en *Clunet*, 1976, 989; No. 2478, en *Clunet*, 1975, 925; No. 5961, en *Clunet*, 1997, 1051; en el *Iran-US Claims Tribunal* vide *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of National Defence*, cit., 147, en especial 153 ss.; *Anacanda-Iran Ltd. v. Iran*, cit., 199, 211 ss.; igualmente *Mobile Oil Iran et al v. Iran*, en *CTR*, 16, 3 ss. En la doctrina del comercio internacional, además de la ya citada, sin pretender ser exhaustivos, cfr. p. ej. KÖBLER, *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Tübingen, 1991, 272 ss.; OPPETIT, *L'Adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: la clause de hardship*, cit., 794 ss.; RIPERT, en *RCADI*, 1933/II, 569, 603; FONTAINE, *Les clauses de hardship - Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme*, en *DPCI*, 1976, 7 ss.; N. HORN, *Changes in circumstances and the revision of contracts in some European laws and in International Law*, en Horn (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1985, 25; H. VAN HOUTTE, *Changed circumstances and pacta sunt servanda*, en *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (doc. ICC No. 480) [Gaillard (ed.)], Paris, 1993, 107, en especial 115 ss.; KAHN, *"Lex mercatoria" et pratique des contrats internationaux*, cit., 205; MASKOW, *Hardship and performance*, en *AJCL*, 1992, 657 ss.; MELIS, *Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts in view of the practices of the ICC Court of arbitration*, en *J. Int'l Arb.*, 1984, 213 s.; NASSAR, *Sanctity of contracts revisited*, cit., 193 ss.; SORNARAJAH, *International commercial arbitration*, Singapore, 1990, 261; ZAKARIYA, *Changed circumstances and the continued validity of mineral development contracts*, en *Legal Aspects of the new international economic order* [Hossain (ed.)], London-New York, 1980, 263 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., 580; P. BERNARDINI, *Adaption of Contracts*, en *ICCA Congress ser. no. 1*, [Sanders (ed.)], 1983, 211 ss.

contractual, y del correspondiente deber de renegociar como instrumento de la equidad correctiva.

Hay entonces tres opciones en la cuestión de fondo: el contrato permanece, el contrato se termina, el contrato se modifica. El primer caso prima la regla de la obligatoriedad, en el segundo la regla de la fuerza mayor sin ampliaciones, y en el tercero, en estricto rigor, cuando la revisión del contrato es posible, se habla pues de *hardship*. Éste implica sin duda una *vis extraria, cui resisti non potest* pero, diríamos, de intensidad relativa sobre las obligaciones, de manera que no se está nunca fuera del ámbito de la fuerza mayor, tan solo cambian los efectos, y por ello cambia la solución o el remedio.

La analogía de la cláusula en examen con la disciplina legal de la imposibilidad sobrevenida no puede en todo caso llegar muy lejos, en efecto, si se deja de lado el problema de la compatibilidad abstracta, emerge cómo de la amplitud misma del pacto deriva que los presupuestos para la renegociación dependan de la respuesta a una de las más delicadas cuestiones interpretativas, la incidencia del cambio de las circunstancias, en otras palabras, los efectos de los eventos sobrevenidos sobre el entero programa contractual; en este sentido, una vez comprobada la existencia de una modificación de una determinada situación fáctica, se debe asumir que el deber de renegociar recae sobre ambas partes y cada una de ellas goza del derecho de promover el procedimiento para evitar, como tantas veces hemos señalado, la resolución del contrato. Al margen del contenido específico de la cláusula, es claro que las partes están obligadas a consultarse previamente para verificar las condiciones que favorecen o indican el procedimiento de renegociación, deben, esto es, valorar de manera preliminar la oportunidad de proceder a la modificación; de esto se deduce que la actuación del deber de renegociar está precedida del acuerdo sobre la oportunidad de modificar el contrato⁹⁶⁵.

§ 5. *Hardship* en la práctica arbitral de la CCI.-

Las transacciones comerciales deben fundarse en el equilibrio de las obligaciones recíprocas de las partes, es un principio establecido por una conocida decisión arbitral en el caso *Société européenne d'études et d'entreprises v. Yugoslavian Gouvernement* que afrontó el problema del cambio en las circunstancias debido a fenómenos de devaluación; la cuestión era si considerar implícita en el contrato la voluntad de las partes a la adaptación frente a los riesgos de la devaluación monetaria en un contrato para la construcción de una ferrovía, los árbitros señalaron que las partes habían acordado en el contrato que sus obligaciones recíprocas serían de idéntico valor, con base en esta argumentación afirmaron que << *s'agissant d'un contrat international, conclu sans intention spéculative, il y a lieu d'admettre que la garantie de dévaluation était voulue par les parties, sauf convention expresse* >>⁹⁶⁶. El principio fue adoptado en otra decisión que reiteró cómo la naturaleza de los contratos internacionales no es aleatoria, no están basados en el azar o la especulación sino en el equilibrio de las prestaciones recíprocas, se trata de una regla de la *lex mercatoria* que las prestaciones

⁹⁶⁵ Vide *amplius* F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 220 ss.

⁹⁶⁶ *Société européenne d'études et d'entreprises v. Yugoslavian Gouvernement*, en *Clunet* (1959), 1074.

deban permanecer equilibradas en el plano financiero⁹⁶⁷, y esto es así pues estos contratos también deben ser interpretados de buena fe (cfr. *supra* 7, buena fe en Lusitanus) y cada parte tiene la obligación recíproca de comportarse sin causar daño y de renegociar el contrato en términos razonables así como acostumbrado en el comercio internacional⁹⁶⁸. En este sentido, generalmente los árbitros han procurado indagar en la voluntad real de las partes, aplicando los criterios de buena fe y equidad en razón de las circunstancias del caso, pero tampoco han perdido ocasión para afirmar – en especial en caso de variaciones de precios- el carácter excepcional del remedio⁹⁶⁹ y separarse del

⁹⁶⁷ Laudo CCI No. 2291/1975, en *Clunet* (1976), 989 ss. El árbitro, con sede en Bruxelles, había sido llamado a determinar el precio en un contrato para el transporte y embalaje de una máquina laminadora de Francia en África, sobre la base de las respectivas fases terrestres y marítimas de la operación de un transportador francés contratado por una empresa inglesa; el transportador francés pretendía un aumento del precio convenido alegando que las piezas transportadas resultaban más voluminosas y en mayor número de lo previsto, la empresa inglesa admitía que las partes habían acordado una cláusula de revisión del precio (la cláusula decía: <<Our quotations have been made on the basis of the actual rates of the French and Belgian Railways, the packing list in your possession and the sea freight tariffs which apply since the 4 inst. In case of any amendment affecting the basic we will be compelled to pass it over to you >>), sin embargo, el transportador replicó que la cláusula se aplicaba a otros casos y no a la eventualidad de una modificación de las tarifas para el transporte marítimo. Si bien los árbitros señalaron que no era posible << ignorer que le droit français, auquel on peut se référer puisque le contrat a été conclu et exécuté en France n'admet pas la révision de prix des prestations pour cause de modification des circonstances économiques qui ont présidé à la formation du contrat >>, agregaron que << de son côté (...) dont le droit anglo-saxon est beaucoup plus accessible à la révision des contrats en cas de déséquilibre, même pour cause économique (clause de *hardship*), ne pouvait ignorer systématiquement la clause de révision qui portait non seulement sur les taux de fret, mais aussi sur la quantité d'objets à transporter >>.

⁹⁶⁸ Laudo CCI No. 2291/1975, cit., 990.

⁹⁶⁹ Laudo CCI No. 1512/1971, en *Clunet* (1974), 905 ss., y en *YCA* (1976) 128 ss. La base del caso que dio origen al arbitraje con sede en Ginebra fue el fracaso de un Banco pakistaní para ejecutar una garantía en favor de una compañía india; la decisión tiene más de setenta páginas y estuvo a su vez precedida por dos laudos preliminares. La parte demandada (Banco) afirmó que el conflicto armado entre la India y Pakistán en 1965 y la legislación de emergencia aprobada en ambos países en esta ocasión dio lugar a una situación que la eximía de su obligación de pagar el importe de la garantía, planteó en este sentido la doctrina inglesa de la 'frustración' que, como hemos señalado (*supra* VI), tiene una cierta relación con la fuerza mayor, y según la cual un contrato se hace inoperante cuando las circunstancias han dado lugar a una modificación radical de las obligaciones de las partes; la demandada alegó también, pero sin hacer una clara distinción de este campo, que el árbitro debía tener en cuenta el principio '*rebus sic stantibus*', así, respecto de la doctrina de la frustración, los árbitros señalaron que << when defining the circumstances which are regarded as a frustrating event, English law rejects the criteria of hardship, commercial inconvenience or material loss as such but insists that there must be such a radical change of circumstances that the foundation of the contract has gone >>. Se trata del test de la '*fundamentally different situation*', que en opinión del tribunal << admits or implies a large measure of judicial discretion. While exercising his power of judgment, the judge or arbitrator must take into account all relevant circumstances of fact, but also the rôle and legal consequences of the frustration of the contract, its nature as an exception to the fundamental principle of sanctity of contract, and also have regard to the necessities of international trade >>. La doctrina (DRAETTA-LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 197 n. 89) señala que ésta decisión ha sido interpretada erróneamente, en el sentido que la *lex mercatoria* no admitiría el principio *rebus sic stantibus*, sin embargo, los árbitros en este caso no afirmaron precisamente eso, sino más bien enfatizaron en la necesidad de un uso moderado del instrumento y en su carácter excepcional, en el requerimiento de un 'cambio radical en las obligaciones', para concluir luego que los requisitos no se presentaban en este caso y además que las partes habían expresado su voluntad claramente en la garantía bancaria; en su razonamiento el tribunal afirmó: << The principle "*Rebus sic stantibus*" is universally considered as being of strict and narrow interpretation, as a dangerous exception to the principle of sanctity of contracts. Whatever opinion or interpretation lawyers of different countries may have about the 'concept' of changed circumstances as an excuse for nonperformance, they will

principio de conservación del contrato acentuando más en la búsqueda de la voluntad real de las partes y en la prudencia en el uso del remedio sólo frente a una cláusula expresa⁹⁷⁰.

En otra decisión ya comentada en materia de *force majeure* (CCI No. 2478/1974), las partes en un contrato internacional para abastecimiento de petróleo a largo plazo, habían acordado la renegociación de las cláusulas contractuales en caso de variaciones de la divisa pactada para el pago, el contrato fue renegociado pero en términos insatisfactorios y la parte afectada acudió al arbitramento para ser eximida de su obligación, no obstante el tribunal haya reconocido la existencia de la fuerza mayor, la petición de excusa fue negada a causa de la tardía notificación de los eventos. Las decisiones tienden a negar el remedio no por temor sino por la necesaria existencia de los requisitos para su procedencia⁹⁷¹, además, los árbitros, al igual que en materia de *force majeure*, aceptan la revisión sólo en presencia de una disposición expresa, pero ello no significa que existe una negativa al reconocimiento de la excesiva onerosidad sobrevvenida, los árbitros la aceptan bajo estrictos límites.

§ 6. El art. 79 de la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG).-

Una etapa de gran importancia en la evolución de los conceptos que tratamos es el art. 79 CISG, resulta ilustrativo seguir la evolución del texto en los trabajos preparatorios y en las deliberaciones del Comité, pues señalan la diversidad de interpretaciones de la problemática en estudio. El texto definitivo dice así:

Cap. V sección IV. Exoneración, art. 79:

- (1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta

doubtless agree on the necessity to limit the application of the so-called '*doctrine rebus sic stantibus*' (sometimes referred to as '*frustration*', '*force majeure*', '*Imprévision*', and the like) to cases where compelling reasons justify it, having regard not only to the fundamental character of the changes, but also to the particular type of the contract involved, to the requirements of fairness and equity and to all circumstances of the case. It should be obvious that none of the requirements which might justify the application of the '*doctrine*' are fulfilled in this case. As a general rule, one should be particularly reluctant to accept it when there is no gap or lacuna in the contract and when the intent of the parties has been clearly expressed, as in the Bank Guarantee. Caution is especially called for, moreover, in international transactions where it is generally much less likely that the parties have been unaware of the risk of a remote contingency or unable to formulate it precisely >> (**La cursiva es nuestra**).

⁹⁷⁰ Cfr. CCI Laudo No. 2216/1974, en *Clunet* (1975), 917; CCI Laudo No. 2404/1975, en *Clunet* (1976), 995 ss., en éste último el tribunal afirmó << Considérant au surplus que le principe "*rebus sic stantibus*" invoqué par X ne peut recevoir son application en l'espèce. Il convient en effet de ne retenir cette notion qu'avec réserve et prudence, surtout lorsque l'intention des parties a été clairement exprimée dans un contrat >>; cfr. también CCI Laudo No. 5961/1996, en *Clunet* (1997), 1051 ss.

⁹⁷¹ Cfr. p. ej. CCI Laudo No. 9479, en *ICC Bull.* 12/No. 2 (2001), 67 ss.

- el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.
- (2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:
 - (a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
 - (b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en caso que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.
 - (3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.
 - (4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.
 - (5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

El texto inicial hablaba de exclusión de responsabilidad por los daños derivados de la falta de cumplimiento, a esto se señaló que la exclusión de responsabilidad por daños del párrafo 1 perdería valor cuando fuese todavía posible el cumplimiento, de manera que se podría estar exento de la obligación de cumplir también durante el periodo que dura el impedimento, así, se propuso ampliar la dispensa a todas las obligaciones; otros señalaron que la exención del párrafo 1 estaba estrictamente limitada a los daños cuando el impedimento fuese de naturaleza permanente, y si la exoneración cubría todos los remedios, no sería nunca posible evitar el contrato. Naturalmente, fue suprimida la expresión “*in damages*”, ya que se corría el riesgo de que en otros sistemas se pensara a un *breach of contract* por incumplimiento⁹⁷². Por otra parte, el texto original se refería expresamente a un impedimento ocurrido “sin la culpa” de la parte que lo alega (acorde con la regla *casus fortuitus nullam culpam praesupponit*), en sentido indiscutiblemente objetivo, sin embargo, se señaló que también era posible definir en términos objetivos la excusa sin hacer referencia a la culpa. El Comité de preparación sostuvo naturalmente que una parte no se eximía de responsabilidad por incumplimiento si la causa de éste fue provocada por su conducta, frente a la obviedad del argumento, se señaló que al mismo resultado podría llegarse estableciendo que el impedimento debía estar “fuera de su control” (más allá de su esfera de control, el emblemático requisito de una *vis cui resisti non potest*), y así quedó el texto definitivo. Otro aspecto discutido por el Comité hizo referencia a la expresión “falta de cumplimiento de una de sus obligaciones” del texto original, que indicaría un interés en evitar la posible exclusión de responsabilidad en caso de falta de conformidad de los bienes⁹⁷³, sin embargo, se propuso cambiar la

⁹⁷² Vide el *Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods*, en *UNCITRAL Yearbook VIII* (1977), A/32/17, 25-64.

⁹⁷³ La expresión es desconocida en nuestra tradición, ella pretende sustituir el régimen clásico del saneamiento por vicios ocultos por un régimen de falta de conformidad de los bienes (*non-conforming goods*), sus antecedentes son próximos al derecho anglosajón y en los distintos ordenamientos jurídicos europeos se observa una tendencia a su adopción. En el ámbito de la Unión Europea cfr. Directiva

expresión por “cualquiera de sus obligaciones” (*any of his obligations*), puesto que la exención debía operar también en caso de provisión de bienes conformes en casos particulares. Ningún cambio fue realizado en esta oportunidad, pero en el texto final quedó la expresión “cualquiera de sus obligaciones”. El texto inicial no contenía la expresión “al momento de la celebración del contrato”, relacionada con la razonable previsión del evento, la aclaración fue obviamente incluida⁹⁷⁴. Resulta interesante observar que en este Comité de 1977 se propuso un artículo expreso para el *hardship*⁹⁷⁵, argumentando que se trataba de uno de los problemas más relevantes para las partes en un contrato de compraventa de mercaderías, esto es, el problema del cambio de las circunstancias que tiene como resultado la excesiva dificultad en el cumplimiento para una de las partes, por ello se propuso que la Convención debería incluir un mecanismo para la renegociación del contrato o en últimas su resolución. El Comité no aceptó esta propuesta, y en las discusiones siguientes será evidente la controversia al respecto.

Ahora bien, ya en 1980 el Primer Comité afrontó la norma que sería el artículo 79, las propuestas de enmienda fueron abundantes, las discusiones confusas a causa de las distintas interpretaciones del párrafo 1, algunos aspectos discutidos se referían a la ampliación de la excusa a terceros sub-contratistas del deudor, a la temporalidad del impedimento, al significado de ésta última expresión, a la impracticabilidad de la prestación en términos reales, muchos hicieron referencia la *frustration* o a la teoría de la *imprévision*, y señalaron que la norma sólo tenía en cuenta una parte del problema, finalmente, entre una y otra teoría y una confusión señalada por los mismos delegados, la norma definitiva no acogió la modificación del contrato⁹⁷⁶.

El art. 79 especifica entonces la circunstancia en que una parte no es responsable por la falta de cumplimiento (o su no-cumplimiento ya que el impedimento puede ser temporal o la obligación puede cumplirse si adaptada su fuente) y las consecuencias que se derivan. Se exonera a la parte en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones siempre que el no-cumplimiento haya sido consecuencia de un impedimento que estaba fuera de su esfera de control y que no era razonablemente previsible al momento de celebrar el contrato; la parte afectada no habría podido razonablemente evitar el impedimento ni superar sus consecuencias. En muchas decisiones que involucran el art. 79, se ha sugerido que la norma encuentra su esencia en las reglas de la imposibilidad; así, algunas decisiones relacionan la disposición con las doctrinas legales de *force majeure*, *economic impossibility* o *eccessiva onerosità sopravvenuta*⁹⁷⁷; otras decisiones

1999/44 en materia de bienes de consumo; cfr. también el análisis comparativo, aunque con especial atención al ordenamiento español, de L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Barcelona, 2007.

⁹⁷⁴ *Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods*, cit., 56.

⁹⁷⁵ La propuesta decía: << If, as a result of special events which occurred after the conclusion of the contract and which could not have been foreseen by the parties, the performance of its stipulations results in excessive difficulties or threatens either party with considerable damage, any party so affected has a right to claim an adequate amendment of the contract or its termination >>.

⁹⁷⁶ Cfr. *Records of Meetings of the First Committee, 27th meeting* (A/CONF.97/C.1/L.191/Rev.1, L.210, L.190, L.186, L.223, L.208, L.217); *28th meeting* (A/CONF.97/C.1/L.190, L.191/ Rev.1, L.208, L.217); *32nd meeting* (A/CONF.97/C.1/L.243), en el database CISG: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-79.html>.

⁹⁷⁷ Vide las decisiones: ALEMANIA *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones] Hamburg 4 julio 1997, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>>; BÉLGICA *Rechtbank van Koophandel* [Corte de Comercio] 2 mayo 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950502b1.html>>; *Case Law on UNCITRAL Texts* (CLOUT) caso No. 277 ALEMANIA *Oberlandesgericht* [Corte de

han sugerido que la aplicación de la norma se concentra en la distribución de los riesgos que la parte afectada asumió al momento de celebrar el contrato, en otras palabras, sugieren que el punto esencial es determinar si la parte que pide la excusa asumió o no el riesgo del evento⁹⁷⁸. En cuanto al requisito del evento imprevisible y fuera del control de las partes, algunas decisiones han afirmado que el “impedimento” debe ser un riesgo incontrolable o un evento totalmente excepcional⁹⁷⁹.

En cuanto a particulares impedimentos, como el cambio de las circunstancias financieras del contrato reflejadas a su vez en un cambio en el costo del valor de los bienes, los vendedores han argumentado que el incremento en los costos del cumplimiento debería excusarlos de la responsabilidad por los daños en la falta de entrega de los bienes, y por su parte los compradores han afirmado que la disminución del valor de los bienes debería excusarlos de los daños por el rechazo a recibir la entrega o al pago mismo de los bienes⁹⁸⁰; estas solicitudes no fueron aceptadas, y gran número

Apelaciones] Hamburg 28 febrero 1997, en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>> (que señala cómo el vendedor puede eximirse de responsabilidad por la falta de entrega sólo si no existen más bienes apropiados en el mercado); CLOUT caso No. 54 ITALIA *Tribunale Civile* [Tribunal Civil] Monza 14 enero 1993, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>>. Cfr. también ALEMANIA *Amtsgericht* [Tribunal de Primera Instancia] Charlottenburg 4 mayo 1994, en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940504g1.html>>, donde la Corte afirmó que el art. 79 imponía algo menos que estándares de imposibilidad cuando declaró que el adquirente estaba exento de los intereses por un pago tardío del precio, aunque si bien un pago tempestivo era todavía posible – aunque según el juez no era razonablemente previsible en tales circunstancias.

⁹⁷⁸ Vide CLOUT caso No. 166 ALEMANIA *Laudo arbitral*, Hamburg 21 marzo/21 junio 1996, en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> / <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960621g1.html>>; CLOUT caso No. 271 ALEMANIA *Bundesgerichtshof* [Suprema Corte Federal] 24 marzo 1999, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>> donde se señaló que << the possibility of exemption under CISG article 79 does not change the allocation of the contractual risk >>. Casos en los que la exención se interpreta a la luz de la distribución del riesgo contractual: HOLANDA *Rechtsbank* [Corte del Distrito] Hertogenbosch 2 octubre 1998: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>>; BÉLGICA *Rechtbank van Koophandel* [Corte de Comercio] Hasselt 2 mayo 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950502b1.html>>; BULGARIA *Laudo arbitral* caso No. 11/1996 12 febrero 1998, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980212bu.html>>; CLOUT caso No. 102 ICC [International Court of Arbitration] caso No. 6281 1989, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281.html>>; CLOUT caso No. 277 ALEMANIA *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones] Hamburg 28 febrero 1997, en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>; ICC [International Court of Arbitration], caso No. 8128 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>>; CLOUT caso No. 410 ALEMANIA *Landgericht* [Tribunal del Distrito] 12 mayo 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950512g1.html>>.

⁹⁷⁹ Vide CLOUT caso No. 166 ALEMANIA *Laudo arbitral*, cit. *supra*; CLOUT caso No. 272 ALEMANIA *Oberlandesgericht* [Tribunal de Apelaciones] Zweibrücken 31 marzo 1998, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980331g1.html>>; CLOUT caso No. 271 ALEMANIA *Bundesgerichtshof* [Suprema Corte Federal] 24 marzo 1999, en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>>; ALEMANIA *Bundesgerichtshof* [Suprema Corte Federal] 9 enero 2002, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>>. Acerca de cuáles eventos se consideran “impedimento”, cfr. las decisiones: RUSIA *Laudo arbitral* caso No. 155/1996 22 enero 1997, disponible on line en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970122r1.html>>; FRANCIA *Tribunal de Commerce* [Tribunal de Comercio] Besançon 19 enero 1998, en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html>>; CLOUT caso No. 331 SUIZA *Handelsgericht* [Corte de Comercio] 10 febrero 1999, disponible online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>>; ALEMANIA *Amtsgericht* [Tribunal de Primera Instancia] Charlottenburg 4 mayo 1994, cit. *supra*.

⁹⁸⁰ Ver los casos: ALEMANIA *Oberlandesgericht* [Tribunal de Apelaciones] Hamburg 4 julio 1997, online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>>; CLOUT caso No. 102 ICC [International Court of Arbitration], caso No. 6281/1989, online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>>; CLOUT caso No. 277 ALEMANIA *Laudo arbitral* Hamburg 21 marzo/21 junio 1996, disponible online en

de cortes han señalado expresamente que la parte está obligada a asumir el riesgo de las fluctuaciones del mercado y de otros factores que perturban las consecuencias financieras del contrato, en este sentido se ha dicho que las fluctuaciones de precios constituyen un evento previsible en el comercio internacional, y las pérdidas que derivan son parte del riesgo normal de las actividades comerciales⁹⁸¹. De igual forma, se ha señalado que el art. 79 no introduce una exoneración por *hardship* como se entiende en las distintas leyes nacionales⁹⁸². Ahora bien, el art. 79 no se refiere a la adaptación del contrato y no puede lógicamente interpretarse del texto que exista esa posibilidad, hemos señalado cómo en las discusiones iniciales se rechazó la propuesta y no reapareció, en general hubo rechazo a la figura del *hardship* y en algunos pasajes de los trabajos preparatorios se indica que la elección de la expresión “impedimento” buscaba adoptar una concepción unitaria del remedio pero al margen de las teorías, en general, del *rebus sic stantibus*⁹⁸³, solo que esto no sería otra cosa que evitar afrontar el problema real y la completa dimensión del fenómeno.

§ 7. *Hardship* o adaptación del contrato en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales y en el Derecho Europeo de Contratos.-

La elaboración más reciente de reglas para la adaptación del contrato proviene, sin duda, de los esfuerzos para la unificación del derecho contractual de los conocidos Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI) de UNIDROIT y los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PEC).

Los Principios UNIDROIT son indudablemente expresión de esa exigencia, madurada en la práctica del comercio internacional, de prever una disciplina supranacional para las operaciones contractuales entre sujetos heterogéneos, considerado el problema del inevitable conflicto entre las distintas leyes nacionales. Pero ésta es una evolución conocida, no hace falta detenerse en ella. Del texto se observa que la Comisión se inspiró en varios principios fundamentales, uno de ellos que aquí debe ser señalado, es el principio de *favor contractus*, o principio de conservación; éste principio emerge no solo de las reglas en materia de formación e invalidez del contrato, sino también en forma trascendental en la sección que enuncia la disciplina de la excesiva onerosidad

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>/<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960621g1.html>>; CLOUT caso No. 54 ITALIA *Tribunale Civile* [Tribunal Civil] Monza 14 enero 1993, disponible online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>>; BÉLGICA *Rechtbank van Koophandel* [Corte de Comercio] Hasselt 2 mayo 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950502b1.html>>.

⁹⁸¹ Cfr. BULGARIA *Laudo arbitral* caso No. 11/1996 12 febrero 1998, disponible online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980212bu.html>>; CLOUT caso No. 102 ICC [*International Court of Arbitration*], caso No. 6281/1989, online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896261i1.html>>; CLOUT caso No. 277 ALEMANIA *Oberlandesgericht* [Tribunal de Apelaciones] Hamburg 28 febrero 1997, disponible online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>; CLOUT caso No.166 ALEMANIA *Laudo arbitral* Hamburg 21 marzo / 21 junio 1996, cit., *supra*.

⁹⁸² CLOUT caso No. 277 ALEMANIA *Oberlandesgericht* [Tribunal de Apelaciones] Hamburg 28 febrero 1997, disponible online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>; cfr. recientemente CISG-Advisory Council Opinion No. 7, *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, *Columbia University School of Law*, New York, N.Y., USA. Adoptada por la CISG-AC en su *11th meeting* en Wuhan, República Popular China, 12 octubre 2007.

⁹⁸³ Cfr. el *Report of Committee of the Whole I Relating to the Draft Convention on the International Sale of Goods*, cit., A/32/17, annex I, paras. 458-60.

sobrevenida. Así, las razones para la adaptación del contrato en los Principios son diversas, además, el tratamiento de la adaptación en general, surge en los Principios bajo diferentes aspectos en varias partes del texto, de lo que se evidencian ciertos vacíos contractuales que serán colmados por las partes en aras de adaptar la relación. En efecto, una razón podría encontrarse en un grupo de normas para la integración del contrato, así, el art. 2. 1. 13 PCCI se refiere al contrato con términos deliberadamente abiertos, es decir, intencionalmente por las partes⁹⁸⁴; en otros casos las partes simplemente no anticipan determinados aspectos, de modo que los PCCI establecen particulares reglas de interpretación, en especial el art. 4. 8 (*Supplying on omitted term*)⁹⁸⁵, pero también en el capítulo sobre cumplimiento el art. 5. 1. 2 (*Implied obligations*)⁹⁸⁶, art. 5. 1. 3 (*Co-operation between parties*)⁹⁸⁷, art. 5. 1. 5 (*Determination of kind of duty involved*)⁹⁸⁸, art. 5. 1. 7 (*Price determination*)⁹⁸⁹. Los Principios de igual forma establecen la posibilidad de corregir o adaptar el contrato en caso de desequilibrio inicial en el arts. 3. 10 (*Gross disparity*)⁹⁹⁰; pero quizás otra razón para la adaptación está en estrecha relación con el incumplimiento, en este sentido se prevén reglas que, si bien pertenecen al programa contractual original, establecen instrumentos para cambiarlo u adaptarlo,

⁹⁸⁴ << Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form >>.

⁹⁸⁵ << (1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied. (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to: (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness >>.

⁹⁸⁶ << Implied obligations stem from: (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness >>.

⁹⁸⁷ << Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations >>.

⁹⁸⁸ << In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to: (a) the way in which the obligation is expressed in the contract; (b) the contractual price and other terms of the contract; (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result; (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation >>.

⁹⁸⁹ << (1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price. (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary. (3) Where the price is to be fixed by a third person, and that person cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price. (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute >>.

⁹⁹⁰ << (1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to: (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13 (2) apply accordingly >>.

como los arts. 7. 1. 5 (*Additional period for performance*)⁹⁹¹ y 7. 2. 3 (*Repair and replacement of defective performance*)⁹⁹², aunque usualmente las partes prevén posibilidades adicionales para la adaptación; lo mismo debe afirmarse para los casos de la llamada ‘*variation of modification*’ del art. 1. 5 (*Exclusion or modification by the parties*)⁹⁹³, y, para el caso más relevante de adaptación, objeto de este estudio, la cláusula de *hardship*⁹⁹⁴.

Los Principios dedican una sección con tres artículos que identifican las específicas circunstancias que determinan la operatividad de la figura del *hardship*. El art. 6. 2. 1 (*Contract to be observed*)⁹⁹⁵ inicia reafirmando que el principio enunciado en el art. 1. 3 (*Binding character of contract*)⁹⁹⁶ es la regla y la posibilidad de adaptación es una excepción, en efecto la norma señala que a pesar de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, generalmente, la parte resta obligada a cumplir, para no separarse de la regla de la obligatoriedad absoluta de los contratos, salvo las disposiciones sobre *hardship*. De este modo, el principio *pacta sunt servanda* se encuentra frente a la relatividad del vínculo obligatorio en relación con aquellos eventos de *hardship* que, al sobrevenir de manera imprevisible y extraña a la esfera de control de las partes, alteran sustancialmente el equilibrio contractual originario bien sea por el aumento de costos en la ejecución de la prestación o por la disminución del valor de la contraprestación, lo que pone en marcha, previa notificación, el mecanismo de renegociación. El art. 6. 2. 2⁹⁹⁷ trata sobre la definición de la figura y el art. 6. 2. 3⁹⁹⁸ sus efectos.

⁹⁹¹ << (1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance. (2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter. (3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate. (4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party >>.

⁹⁹² << The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7. 2. 1 and 7. 2. 2 apply accordingly >>.

⁹⁹³ << The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles >>.

⁹⁹⁴ Cfr. *amplius* D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, en 40 *Am.J.Comp.L.* 1992, 657 ss.

⁹⁹⁵ << Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship >>.

⁹⁹⁶ << A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles >>.

⁹⁹⁷ << There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party >>.

⁹⁹⁸ << (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

La definición es general, por obvias razones no contiene un elenco detallado de los eventos relevantes, la primera parte del art. 6. 2. 2 señala en forma clara que *hardship*, en sentido estricto, es básicamente un cambio fundamental en el equilibrio del contrato, inmediatamente la disposición explica el fenómeno de dos maneras: si los costos de la parte afectada se incrementan o si el valor de la contraprestación que recibe se disminuye; la fórmula de los eventos debe, sin duda, ser dilatada, considerada la amplitud del fenómeno, y si bien esto podría creerse problemático en la práctica, la disciplina propuesta es general y no impide a las partes establecer cuáles eventos y su alcance respecto del programa contractual. El desequilibrio debe entrañar un perjuicio ‘fundamental’, ‘sustancial’, ‘considerable’, ‘avaluable’ para la parte lesionada⁹⁹⁹; el texto no define un criterio preciso, no obstante, el comentario oficial sostiene que hay desequilibrio cuando la alteración sea al menos del 50% en el incremento de los costos o en la disminución del valor¹⁰⁰⁰. En este sentido, el planteamiento de los Principios es objetivo, el *hardship* existe si cumple con los criterios objetivos, no es necesario acudir a criterios subjetivos deducidos de una hipotética voluntad de las partes en orden a mantener ciertas condiciones como base de su relación. Esos criterios objetivos han sido resaltados a lo largo de este trabajo, y su exposición en los Principios es una clara depuración conceptual que señala los elementos prístinos del razonamiento que partió de los juristas romanos, reglas únicas y particulares para tratar la imposibilidad sobrevenida, fuerza extraña, sobrevenida, irresistible e imprevisible; es precisamente aquí donde la disciplina del *hardship* se relaciona con la *force majeure*, una innecesaria separación ya que son dos ámbitos del mismo problema, en efecto, se observan serios elementos de identidad entre el art. 6. 2. 2 y la disposición sobre fuerza mayor (art. 7. 1. 6 (1))¹⁰⁰¹, los requisitos son los mismos, solo que en un caso es todavía posible cumplir, aunque si con grave onerosidad, y en el otro la magnitud de los efectos del evento sobre la obligación es tal que la anula, hablándose así de *non-performance* y de *excuse by force majeure* de las consecuencias derivadas del incumplimiento no imputable siempre

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium >>.

⁹⁹⁹ U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 194 señala el caso *Superior Overseas Development Corp. V. British Gas Corp.* (1982), en 1 *Lloyd's Rep.*, 262 donde la Corte de Apelaciones inglesa hizo aplicación del criterio restrictivo para poner en práctica una cláusula de *hardship*; en cuanto a los efectos de los eventos sobrevenidos sobre las obligaciones de las partes, y el uso de un criterio subjetivo en relación con el daño de la parte afectada, el mismo a. señala: << s'agissant du critère subjectif, il est parfois fait référence au dommage subi par la partie lésée, en se fondant sur des notions d'inéquité ou d'injustice >>; se trata de una regla ya mencionada, que acerca la cuestión del desequilibrio a la noción de enriquecimiento sin causa, ya que *bono et aequo non conveniat aut lucrare aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*.

¹⁰⁰⁰ Cfr. P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit* (a cura de M. J. Bonell y F. Bonelli), Milano, 1997, 202; D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, cit., 657 ss.

¹⁰⁰¹ << (1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences >>.

que el impedimento resulte permanente, de otra forma se estaría en sentido estricto bajo las reglas de la adaptación¹⁰⁰².

Los efectos de la figura tienen un doble alcance, procesal y sustancial. El aspecto procesal inicia con la renegociación y puede dar lugar a una decisión judicial, el aspecto sustancial, como se sabe, resulta controversial en relación con las condiciones alrededor de las cuales se manifiesta el poder de intervención judicial; esto es cierto incluso si el tribunal sólo pone fin al contrato, ya que debe también fijar nuevas condiciones. La doctrina señala que esta tendencia ha sido problemática en los distintos ordenamientos nacionales y podría causar aún más preocupación en el comercio internacional, donde la autonomía de las partes tiene particular importancia¹⁰⁰³; no obstante al juez por lo general corresponda dar el derecho, lo justo, y no sustituirse a las partes, los PCCI han puesto esta carga sobre sus hombros¹⁰⁰⁴ en casos excepcionales y mediante la adición de determinadas reglas sustantivas que dan una cierta base jurídica para esta tarea que también se practica en otros casos en los que, sin embargo, es menos evidente (*Price determination* art. 5. 1. 7)¹⁰⁰⁵. Estas reglas están contenidas en el artículo 6. 2. 3 (4), según el cual el tribunal puede decidir resolver el contrato, determinando la fecha y las condiciones de la terminación -en otras palabras, no pueden darse nuevas orientaciones; pero la relación sólo podrá darse por terminada sólo si ello es razonable, de lo contrario el tribunal debe adaptar el contrato, y la medida del equilibrio original servirá de criterio para la adaptación¹⁰⁰⁶. Efecto principal del *hardship* es la carga para la parte afectada de notificar de los eventos a tiempo, sin dilaciones y de manera completa (art. 6. 2. 3 (2)),

¹⁰⁰² Diversamente piensa V. M. CESARÒ, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 39 n. 28, para quien los dos fenómenos deben tenerse separados, a menos que con una interpretación forzada, dice el a., se incluya el *hardship* en la disciplina de la fuerza mayor, como una especie de 'fuerza mayor económica'. En efecto, los fenómenos no son idénticos, y es que no pueden serlo, pero tampoco puede negarse que resulta evidente cómo el ámbito general es siempre un problema de *vis cui resisti non potest*, y la frontera se define con la magnitud de los efectos del evento sobre las obligaciones, es decir, en la gravedad del cambio en las circunstancias iniciales; hay una imposibilidad, si se quiere, relativa, que es sin duda una imposibilidad económica frente a una prestación que, si ejecutada, no será correspondida ya con equivalencia y conduciría a un detrimento patrimonial, por lo mismo económico, si bien nuestra reconstrucción crítica no parte del análisis económico del derecho sino de las reglas y principios de la fuerza mayor, de los cuales no puede separarse el fenómeno. En este sentido cfr. P. KAHN, « *Lex mercatoria* » et pratique des contrats internationaux, en *Le Contrat Economique International*, Bruxelles-Paris, 1975, 205 para quien « la clause de hardship complète donc les clauses de force majeure, puisqu'à côté des cataclysmes naturels ou administratifs, elle tend à faire un sort aux bouleversements économiques ».

¹⁰⁰³ Cfr. D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, cit., 657 ss.

¹⁰⁰⁴ Se trata indudablemente de un '*pouvoir modérateur*' para el juez, que encuentra su base en la equidad: vide p. ej. U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux*, cit., 195; D. TALLON, *Hardship*, en *Towards a European Civil Code* (dir. Hartkamp), Nijmegen, 2004, 499 ss.

¹⁰⁰⁵ « (1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price. (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary. (3) Where the price is to be fixed by a third person, and that person cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price. (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute ».

¹⁰⁰⁶ Cfr. A. HARTKAMP, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code*, en CJHB (Brunner-Bundel), Deventer, 1994, 133; D. HASCHER, nota a laudo ICC No. 5961, en *Clunet* (1997), 1054 ss.

esto es, indicando los fundamentos en que se basa. Esta notificación impulsa el mecanismo para la renegociación, legitimando a la parte interesada para acudir al juez o al árbitro en caso de no llegar al acuerdo sobre la revisión del contrato dentro de un lapso de tiempo razonable a partir del acto de notificación; del igual forma éste acto permite que, si hay revisión, los efectos de ésta se retrotraigan a la fecha de su realización. En todo caso, la solicitud de renegociación no legitima a la parte en desventaja a sustraerse del cumplimiento, pero esto último no debe entenderse tanto en respeto a la regla áurea sino más bien en razón de la naturaleza de los contratos de duración, cuya interrupción puede producir consecuencias negativas para los destinatarios finales del objeto de esos contratos, argumento a favor de la renegociación.

Los *Principles of European Contract Law* (PECL) de la Comisión precedida por Ole Lando, tratan el fenómeno en un artículo del capítulo sexto, el art. 6: 111¹⁰⁰⁷ sobre cambio de las circunstancias. En términos similares a los PCCI, los PECL inician reafirmando el principio *pacta sunt servanda*, la prestación debe cumplirse a pesar de ser más onerosa, pero si se hace excesivamente onerosa debido al cambio de las circunstancias iniciales, las partes están obligadas a entablar negociaciones para modificar o resolver el contrato, resaltando la naturaleza excepcional del remedio; como se observa, la Comisión introdujo francamente la idea de ‘excesiva onerosidad’ - conocida en el derecho italiano (cfr. *supra* 18 § 3)- y la relacionó con el cambio de la base negocial para explicar el *hardship* en términos de ‘cambio de las circunstancias’ (*Change of Circumstances*). Los requisitos para la procedencia del remedio son, en sustancia, los ya conocidos: excesiva onerosidad de la prestación, que los eventos modificatorios de las circunstancias iniciales hayan ocurrido después de la celebración del contrato¹⁰⁰⁸, que no hayan podido ser razonablemente tenidos en cuenta, que la parte afectada no esté obligada a soportarlos, y, en últimas, de no llegar a un acuerdo dentro de un tiempo razonable serán el juez o el árbitro quienes determinarán si procede la resolución o la modificación equitativa. El Comentario oficial al artículo pone en evidencia la recurrente distinción entre imposibilidad absoluta y excesiva onerosidad, en la primera el impedimento es invencible, en la segunda es superable pero la ejecución resulta ruinosa para el deudor; la línea es sutil, establecer cuándo el esfuerzo resulta del todo irrazonable y cuándo se trata de una mera *difficultas*, la cuestión es delicada pues ésta última también puede suponer la quiebra del deudor, corresponde entonces al juez

¹⁰⁰⁷ << (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing >>.

¹⁰⁰⁸ Si los eventos habían ocurrido ya al momento de la celebración del contrato se trataría de un problema de *mistake* (arts. 4: 103 y 4: 105 PECL).

determinar la cuestión y evitar intervenir si se trata de un puro y simple desequilibrio¹⁰⁰⁹.

Los PECL no hacen referencia directa en el art. 6: 111 al requisito de un ‘evento fuera de la esfera de control de las partes’ como sí lo hacen en el art. 8: 108 (1) sobre exención de responsabilidad - y en el Comentario a la misma disposición se reafirma la regla *casus nullam culpam praesupponit*-, no obstante se colige del texto [art. 6: 111 (2) (c) PECL] cuando dice que << *the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear* >>, determinando así la esfera del riesgo y el carácter extraño de los eventos aunque si aquí el requisito de un acontecimiento *cui resisti non potest* no aparece tan claro como en los PCCI. La Comisión mantuvo el elemento ‘*beyond of his control*’ sólo en caso de imposibilidad absoluta, esto parecería indicar que en la excesiva onerosidad el evento no está fuera de la esfera de control de la parte en desventaja, quizás en la medida que ésta puede todavía cumplir, pero en realidad el cambio de las circunstancias en los dos casos (imposibilidad absoluta y excesiva onerosidad) está sin duda fuera del control de las partes, de otra manera no es entiendo cómo podría avanzar el remedio, si la causa de la excesiva onerosidad no es *cui resisti non potest*, quiere decir que el evento era previsible, estaba contenido en el riesgo propio del contrato o fue asumido expresamente por el contratante.

Los PECL no prevén la carga de notificar de los eventos, sin embargo establecen un verdadero y propio deber de renegociar (<< *the parties are bound to enter into negotiations* >>) en caso de excesiva onerosidad, esto en aras de garantizar la justicia contractual, y acorde con el principio de buena fe las partes están obligadas a iniciar negociaciones dentro de un periodo de tiempo razonable y éstas no podrán ser interrumpidas sin justificación pues el deber de renegociar es independiente y acarrea la obligación de resarcir el daño en caso de rechazo o ruptura dolosa de la negociación¹⁰¹⁰. Si las partes no llegan a un acuerdo amigable sobre la modificación, cualquiera de ellas está legitimada para acudir ante el juez, éste intervendrá como última alternativa exhortando a las partes a un intento final para salvar el contrato, de no ser posible procederá entonces a restablecer el equilibrio distribuyendo equitativamente los riesgos siempre entre ambas partes; el juez tiene amplios poderes para revisar el contrato pero no puede reformarlo en su totalidad hasta el punto de hacer uno nuevo, podrá ampliar el término para el cumplimiento (p. ej. plazos de gracia), aumentar o disminuir el precio o la cantidad de la prestación o incluso establecer una prestación adjunta, y si no es posible salvar el contrato entonces declarará su terminación y los efectos del caso. De fondo en este aspecto se encuentra siempre la discusión acerca de hasta dónde conceder poderes revisorios al juez, en especial porque hoy por hoy no todo juez es un *magnus iudex*, aunque si bien pienso que en el arbitraje internacional la calidad y el nivel de los jueces no debe generar duda sino antes bien seguridad; en todo caso, el juez deberá hacer uso de esos poderes con moderación para no alterar la estabilidad de las relaciones contractuales¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁹ Vide el Comentario oficial al art. 6: 111 en la versión italiana *Principi di Diritto Europeo dei Contratti* (a cura di C. Castronovo), Milano, 2001, 363.

¹⁰¹⁰ Cfr. el Comentario oficial en *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, cit., 364.

¹⁰¹¹ Vide el Comentario oficial en *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, cit., 366.

§ 8. Nuevas fronteras del riesgo: adaptación en las operaciones de *project financing*.-

El modelo contractual de duración, como se ha visto, es expresión del interés de los contratantes en planificar *ex ante* el flujo de bienes o servicios que constituyen el término de referencia objetivo de las prestaciones, valga decir, este tipo de contratos son el instrumento fundamental para la planificación de las fases por medio de las cuales se puede alcanzar un determinado resultado. El modelo negocial de duración quizás más representativo y de mayor incidencia en las relaciones de intercambio es, sin duda, el suministro de materias primas o de fuentes para la producción de energía, sin embargo, no faltan otras hipótesis propias de las nuevas relaciones económicas cuya práctica negocial es también expresión del interés de las partes en la continuidad de la ejecución del contrato para alcanzar un determinado resultado final. La relación contractual que se proyecta en el tiempo tiene como característica fundamental la regularidad y continuidad de su ejecución, pero la expectativa y el interés que se persiguen con el contrato se satisfacen solamente con el resultado final, en esto radica la complejidad del problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual, el problema de la gestión del contrato en curso de ejecución y su reflejo sobre la disciplina de la adaptación contractual. En la nueva complejidad de este contexto en la actualidad mundial, conviene enunciar una figura contractual que puede resultar paradigmática es la operación económica conocida como *project financing*.

El *project financing* no es exactamente una novedad en la escena de las finanzas internacionales, en realidad, ya en 1856 la financiación para la construcción del Canal de Suez se basó en una variante de esta técnica, fue sólo hace unos sesenta años atrás que las primeras técnicas de *project finance* fueron empleadas en el sector de la explotación petrolífera¹⁰¹². Este término de origen anglosajón fue empleado inicialmente para describir todo tipo de proyectos de financiación, pero en años recientes se destaca una definición precisa, se trata de una operación de financiación de una unidad económica particular, en la cual la parte que financia (promotor o sponsor) acepta desde el inicio considerar el flujo de caja y las utilidades de la unidad económica como la única fuente de los recursos que permitirán el reembolso del préstamo, y la totalidad de la actividad, como garantía colateral de dicho préstamo¹⁰¹³. El proyecto puede contar con uno o más promotores, la motivación de las compañías promotoras está en obtener ventaja económica de la operación del proyecto o simplemente obtener lucro con la venta del producto producido por el mismo.

El *project financing* se refiere a estructuras financieras de tipo diverso, entre las formas típicas de financiamiento figuran: a) el llamado << *Limited Recourse Loan* >>

¹⁰¹² Vide acerca de la historia y las características de esta técnica, A. BUCKLEY, *Multinational Finance*, 5ª ed., Pearson Education Limited, Edinburgh, 2004, 587 ss.

¹⁰¹³ P. NEVITT, J. FABOZZI, *Project Finance*, 7ª ed., Euromoney Institutional Investor Publisher, London, 2000, 1. El aspecto central de la definición está en la expresión 'desde el inicio', en efecto, el promotor puede considerar desde el inicio los flujos de caja del proyecto como la fuente de los fondos para el pago del préstamo, y al mismo tiempo puede estar seguro de que el préstamo será efectivamente pagado. Esto puede eventualmente involucrar directa o indirectamente garantías de terceras partes que tengan un cierto interés en prestarlas, esto es, en formar la *project company*. La naturaleza compleja de la operación y la tendencia a contener el riesgo se refleja de inmediato sobre el sistema de las garantías, así como ocurre en la limitación de las garantías en las operaciones de financiamiento naval o para iniciativas inmobiliarias, en el primer caso limitadas a las rentas de los contratos de transporte a largo periodo o de los arrendamientos de las naves, en el segundo caso al producido de la venta de inmuebles o de los arriendos, el *project finance* podrán haber hipotecas sobre los bienes de la sociedad – proyecto, al igual que podrá haber cesión del flujo de caja del proyecto.

que es reembolsable por medio del flujo de caja; b) el << *Production Payment* >>; c) el << *Foward Purchase* >> (que establece la compra anticipada de la producción); d) los llamados proyectos << BOT >> (Build – Operate - Transfer) que pueden ser vistos como una forma de privatización a término de las infraestructuras; e) y las estructuras de *leasing* utilizadas para la compra de naves y aeronaves. El esquema de *project finance* se aplica en el sector de la explotación minera y petrolífera, al igual que en la construcción de oleoductos, refinerías, centrales eléctricas y térmicas, implantes industriales en general; mientras que no se tratará de *project finance* cuando las obras no produzcan rédito directamente, como en el caso de las digas, los sistemas de comunicación, o los implantes para irrigación agrícola¹⁰¹⁴.

El rasgo común de estas operaciones está en el financiamiento tendiente a excluir el riesgo típico conexas a la capacidad financiera o bien a la solvencia del mutuario, el objetivo final del *project financing* es pues organizar un préstamo para un proyecto que beneficiará al promotor y al mismo tiempo no afectará su sostenibilidad crediticia ni sus balances (*off-balance sheet to the sponsor* o *non-recourse to the sponsor*)¹⁰¹⁵, el proyecto está estructurado de manera tal que permitirá pagar en un cierto lapso de tiempo la provisión financiera necesaria para su realización; sin embargo, rara vez estos proyectos se autofinancian, sin el soporte crediticio del promotor resultarían inviables, adicionalmente éste acude a terceros en busca de apoyo crediticio para garantizar las transacciones, estos terceros asumen a su vez la condición de sponsor o promotor, y naturalmente también ellos tienen un determinado interés en el proyecto¹⁰¹⁶. Ahora bien, el interés de las partes en la operación se valora sobre la base de las previsiones de la ejecución del proyecto, acá el nivel técnico es sofisticado, más complejo de cuanto necesario, por ejemplo, para el financiamiento hipotecario. En efecto, en el *project financing* los promotores deben analizar en forma adecuada los aspectos económicos, la disponibilidad de las fuentes idóneas para controlar el proyecto durante su formación y ejecución¹⁰¹⁷, es en últimas la síntesis de una multiplicidad de riesgos: el de la

¹⁰¹⁴ Vide *in genere* R. DRAETTA, *Il Project Financing nella prassi del commercio internazionale*, en *Dir. comm. internaz.*, 1994, 495 ss.

¹⁰¹⁵ Esto no quiere decir que el *off – balance sheet* llega hasta el punto que el proyecto sea completamente *self – supporting*, sin la mediación de garantías financieras de los responsables: v. en detalle P. NEVITT, J. FABOZZI, *Project Finance*, cit., 3 ss. La expresión *non recourse finance* (o *non recourse loan*) se refiere a un préstamo en el cual el banco será reembolsado sólo con el flujo de caja derivado del proyecto objeto del préstamo y no con otros activos del mutuario. Por su parte, la inversión está asegurada con garantías colaterales. A. BUCKLEY, *Multinational Finance*, cit., 589 señala que en los términos del *project finance*, << non – recourse financing occurs when lenders do not, at any stage during the loan, including the pre – production period, have recourse for repayment from other than project flows >>, no obstante, en la práctica este tipo de financiamiento es difícil de obtener. El *non – recourse project finance* puede tener éxito solamente si los prestamistas se sienten seguros con el riesgo crediticio del paquete financiero, esto implica que deba mitigarse el riesgo, lo que resulta difícil frente al marco regulatorio de cada país que en ocasiones constituye obstáculo para muchos proyectos.

¹⁰¹⁶ Sin embargo, este proceso de ‘riesgos compartidos’ tiene siempre un costo mayor, normalmente resulta más costoso que el préstamo convencional, además, el amplio número de contratos que deben ser especificados entre las partes relevantes supone tiempo y gastos adicionales, aunque, en últimas, el resultado final puede ser más conveniente para los promotores: cfr. A. BUCKLEY, *Multinational Finance*, cit., 587.

¹⁰¹⁷ La clave para el éxito del *project financing* está en estructurarlo con el menor recurso posible al sponsor pero al mismo tiempo con la suficiente provisión de soporte crediticio mediante garantías o empeños por parte del sponsor o de terceros, de esta manera los prestamistas estarían satisfechos con el riesgo del crédito: cfr. P. NEVITT-J. FABOZZI, *Project Finance*, cit., 2 ss. En primer lugar, debe asegurarse la factibilidad del proyecto, y antes de proceder a su financiación deben evaluarse todos los

disponibilidad de la materia prima; el riesgo operativo y tecnológico; el riesgo comercial en particular (fluctuaciones del mercado e incerteza sobre la venta efectiva del producto); el riesgo de la moneda (p. ej. la diferencia entre la moneda para la financiación y la moneda del flujo de rédito derivado del proyecto); también el riesgo político (expropiaciones sin indemnización, impuestos inesperados, suspensiones de licencias, prohibiciones, control forzoso de los precios, conflictos bélicos)¹⁰¹⁸.

Esta figura contractual compleja sirve pues de mecanismo jurídico relevante para garantizar que el interés y las expectativas de las partes, dirigido hacia un resultado final, puedan realizarse en concreto. Como se observa, la incerteza ligada al transcurrir del tiempo se gobierna en este contexto mediante una articulada disciplina convencional, y una serie de contratos destinados a evitar en lo posible la paralización de las operaciones. Se aplican, en sustancia, reglas de estabilidad y flexibilidad: las primeras alimentan la estructura del contrato y evitan controversias sobre el cumplimiento; las segundas manifiestan la elasticidad del contrato, permitiendo su adaptación a cualquier contexto y frente a cualquier alteración en las circunstancias gracias a mecanismos (automáticos o por obra de las partes) que garantizan su ejecución en el tiempo para alcanzar igualmente la finalidad contractual de la expectativa privada.

factores de riesgo que podrían obstruirlo durante la ejecución (*risk and economic test*). El interés en el funcionamiento exitoso del proyecto se manifiesta en la adopción de garantías, e impone un examen cuidadoso de los flujos de rédito que podrá generar en un determinado periodo de tiempo: en este sentido, vide *amplius* F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 48 ss.

¹⁰¹⁸ Acerca de estos riesgos en general vide *amplius* A. BUCKLEY, *Multinational Finance*, cit., 135 – 144; 169 – 210; 233; 275; 331 – 334; 484 – 502; 555 – 557. En particular sobre estos riesgos en el *project financing* vide el mismo BUCKLEY en p. 600 ss. La repartición de esta pluralidad de riesgos entre las partes interesadas en el proyecto involucra además a los proveedores de materias primas y de maquinaria, a los constructores, a los operadores, a los compradores finales, a los gobiernos con sus políticas de crédito para la exportación. Cada una de estas partes asume tan solo una parte del riesgo global de la operación, en proporción con la utilidad que cada una espera obtener con el proyecto.

Conclusiones

Para concluir, se pueden resumir los argumentos que hemos tenido la oportunidad de señalar a lo largo del trabajo, con su respectiva prioridad histórica. En la fase de la formación del sistema jurídico romanista, el método casuístico de los juristas, de la mano del *ius controvertium*, tiene en cuenta el paso de las fuentes en un largo arco de tiempo, además del gran valor casuístico de la *bona fides* que permite un tratamiento según las características singulares de cada caso y cada tipo contractual. Allí no existe una teoría del riesgo contractual en términos modernos. En las fuentes se identifica una línea evolutiva manifestada en una concepción tardo-republicana que emerge con ALFENO en el sentido de *periculum venditoris*, concepción que se habría sido prevalente en el ámbito de la escuela sabiniana hasta el siglo II d. C., y que se encuadraría fácilmente en un sistema que da mayor relevancia al sinalagma condicional, sin poder afirmar con certeza la consciencia del uso de tal criterio. A esta concepción se ligan, a partir de LABEÓN, soluciones que emplean la regla *periculum emptoris* en caso de muerte del esclavo vendido, decisiones que habrían sido generalizadas en el ámbito de la escuela proculeyana, en un proceso de difícil reconstrucción de las motivaciones de las soluciones de los juristas y que aparentemente terminó con la afirmación del principio *periculum emptoris*. Con el pensamiento de LABEÓN se llega a superar la razón de ser del contenido del *praestare* como única condición de sujeción al *actione teneri*. LABEÓN construyó un modelo de *praestare* que permitió superar su rol central como único fundamento de la acción, afirmando que el concepto de *praestare* sólo responde a una parte de las cuestiones referidas al *actione teneri*, esto es, que los daños por el incumplimiento pueden imputarse a una de las partes no sólo como consecuencia del *praestare* sino también de la ocurrencia de eventos no imputables a título de responsabilidad, se distingue así claramente el *dolum et culpam praestare* del *periculum*, sin que ello represente una concepción unitaria del problema, esto explica el paso del *praestare vim* al *casus a nullo praestantur*. Este modelo complejo y articulado supera el ámbito tradicional atribuyendo riesgos a ciertos deudores *non domini*, en atención a la interpretación típica de la actividad que se proponen realizar con el contrato, así como la modalidad y los intereses implícitos de la operación económica; se trata sin duda de una valoración del *oportere* a la luz de la *fides bona*, y por otra parte del dualismo *fides-aequitas* en el debate jurisprudencial sobre la eficacia justificante del evento irresistible definido como *vis maior*. Un indicio en este sentido se encuentra en el inciso << *non esse iniquum* >>, mediante el cual LABEÓN introdujo el reconocimiento de una *exceptio* a favor del *nauta* en caso de pérdida de la carga por *naufragium* o *vis piratarum*. El llamado a la *aequitas* habría estado precedido o inspirado en una normativa que, si bien con fines y alcances limitados, habría reconocido la eficacia eximente de los eventos irresistibles.

La relevancia del problema de los eventos sobrevenidos en el derecho público era clara ya desde la llamada *lex Iulia de bonis cedendis*, que acogió, por razones políticas, las peticiones de los deudores insolventes expuestos a la *venditio bonorum* y los admitió a una *cessio* menos grave siempre que hubieran probado que su situación de *decocti* se

debía a una fuerza mayor. En el mismo sentido se encuentra de tiempo atrás un proveimiento del emperador CLAUDIO que en época de carestía obligaba a garantizar *certa lucra* a los *negotiatores* y a reembolsarles los daños causados por las *tempestates*, esto es, les prometía aligerar las cargas que sobre ellos pesaban debido a eventos dañosos sobrevenidos, con el único objetivo de mantener la duración del suministro; este criterio fue determinante para la aceptación de la teoría de la imprevisión en el derecho administrativo francés con el conocido caso *Gaz de Bordeaux*, éste es un claro ejemplo de adaptación y conservación del contrato a las nuevas circunstancias en materia de decisiones administrativas que involucran el interés público.

En el origen, la casuística en materia de *remissio mercedis* parece estar fundamentada en una necesidad de tutela del interés del arrendador de fundo rústico en la percepción de los frutos, hecho relevante desde el punto de vista de la causa contractual; diversamente pasa en la *emptio venditio*, donde el interés tutelado como típicamente relevante para la causa sinalagmática es el de la pacífica y definitiva disponibilidad del bien principal. Por otra parte, el modelo de la *remissio mercedis* explicado fundamentalmente a partir de la distinción serviana citada por ULPiano en D. 19, 2, 15, 2, se muestra como elemento prístino en materia de gestión del riesgo contractual y la consecuente adaptación de las prestaciones a la realidad que surge a causa de la *vis extraria* sobrevenida, una fuerza que debe ser siempre *cui resisti non potest* y por lo mismo no imputable a la parte que pretende excusarse del cumplimiento de su obligación; sin embargo, la incidencia del riesgo no supone solamente tal excusa, implica además la distribución equitativa de las cargas que cada parte debe asumir al interior de la relación obligatoria debido a esa misma problemática, en aras de la salvación del contrato si ello es todavía posible.

Para el sistema medieval fue necesario mitigar el rigor del *strictum ius* suprimiendo la distinción entre contratos de derecho estricto y contratos de buena fe, la justificación de la operación interpretativa encontró su base en la emblemática noción de equidad de los doctores medievales, que en todo contrato llamaba a los jueces a servirse de las exigencias de una buena fe correctiva, una *aequitas* distinta a la romana, pero que en todo caso *in omnibus contractibus servanda*, para corregir toda máxima *iniquitas*. Que en el sistema iniciaba a circular una fuerza nueva: la *aequitas*, y que la doctrina era consciente de ello, lo prueban las fuentes. La regla que se encuentra indudablemente afirmada en el sistema medieval es la de '*casus fortuitus et vis maior item fatalitas non prestatur*', salvo que halla *pacto speciali* o *culpa* de la parte que alega la excusa, siempre que a la luz de la naturaleza del contrato, dicha parte *minuire possit*. Que el deudor no sea considerado responsable cuando la prestación se hace imposible por un caso fortuito sobrevenido, y que por el contrario responda sólo si mediante pacto o convención asumió el *periculum*, es una afirmación recurrente en las fuentes medievales, y una actividad cada vez más intensa en materia de pactos o cláusulas de garantía en caso de riesgos sobrevenidos se encontrará en el naciente derecho mercantil moderno. De este modo, *casus fortuitus*, *vis maior*, producen la imposibilidad de la prestación y eximen al deudor de la responsabilidad por incumplimiento salvo pacto en contrario o cualquiera de las otras excepciones a la regla: riesgo propio del contrato, culpa, o traspaso del riesgo por mora, acorde con el pensamiento romanista tradicional.

El remedio para el desequilibrio inicial contenido en la *laesio enormis* y el remedio para el desequilibrio sobrevenido contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, fueron dos institutos centrales en la interpretación medieval que, bajo la influencia de la equidad canónica y el uso predominante de un principio interpretativo fundado en la

aequalitas, consideró adecuado suponer la oferta de *reductio* de C. 4, 44, 2 también para moderar el desequilibrio en los contratos *qui habent tractum successivum*. La oferta de reducción en equidad es pues un elemento característico de estos dos instrumentos, y no por casualidad el código italiano disciplinó la oferta de *reductio ad aequitatem* para los dos remedios. Esta idea de justicia no es nueva, ella ha estado siempre presente en los principios y en la elaboración dogmática del sistema, la *reductio ad aequitatem* por desequilibrio sobrevenido (*laesio superveniens*) fue una práctica difusa en el medioevo, la doctrina medieval señaló la necesidad de moderar los contratos de duración afectados por un desequilibrio sobrevenido (Mantica: *Sed adverte, quod quando contractus non continet enormem laesionem ab initio sed ex postfacto, propter mutationem temporum, debet moderari, si contractus habeat tractum successivum et futurum tempus recipiat*). Como se vio, esta tradición de la *reductio ad aequitatem* entró en crisis en el siglo XIX a causa del dogma de la voluntad, para revivir luego en las páginas de WINDSCHEID y sufrir una serie de transformaciones y diseños que llevaron a su moderna aceptación.

De particular importancia fue la reforma alemana, la imposibilidad absoluta y liberatoria del deudor fue modificada al equipararse con ella las hipótesis de, literalmente, ‘inaccesibilidad de la prestación’ (*Unerschwinndlichkeit*), y de imposibilidad subjetiva en el caso de prestaciones personales, con esto habría desaparecido la distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva que había caracterizado la disciplina del incumplimiento; la nueva rúbrica del § 275 BGB enuncia, no ya la imposibilidad inevitable, sino la cesación del deber de prestación (*Ausschluss der Leistungspflicht*), la disposición pareciera no distinguir más entre imposibilidad objetiva y subjetiva, ni entre imposibilidad inicial y sobrevenida, ni, en últimas, entre imposibilidad imputable o no, otorgando así valor a cualquier tipo de inexigibilidad de la prestación (*Unerfüllbarkeit*), en consecuencia, habría desaparecido la distinción que excluía la *Unvermögen* como causa de liberación del deudor salvo que se tratara de prestaciones personales. Bajo el concepto de *Unmöglichkeit* quedaron ahora comprendidas numerosas hipótesis que antes estaban excluidas, al centro de la categoría permanecen inmutables la imposibilidad causada por las fuerzas de la naturaleza o por el estado actual de los conocimientos técnicos y científicos (*naturgesetzliche Unmöglichkeit*), la imposibilidad jurídica (*rechtliche Unmöglichkeit*), y la imposibilidad subjetiva (*Unvermögen*), mientras que algunas dudas se presentan respecto de otras categorías como la imposibilidad económica (*Wirtschaftliche Unmöglichkeit*) y la perturbación de la finalidad (*Zweckstörung*), debido a la introducción del § 313 BGB que codificó la teoría de la *Wegfall des Geschäftsgrundlage*. La nueva noción de ‘rechazo del deudor al cumplimiento de su prestación’ (*Leistungsverweigerung*) sustituyó el concepto de ‘imposibilidad absoluta’ por el de ‘inexigibilidad’ (*Unzumutbarkeit*), precisamente esta categorías resulta idónea para explicar no solo la imposibilidad absoluta sino también otras formas de dificultad en el cumplimiento, como por ejemplo la ‘imposibilidad económica’. Para justificar la inexigibilidad debe realizarse una valoración entre el contenido del contrato y las reglas de la buena fe, de manera que cuando se presente una enorme o evidente desproporción (*grob Missverhältnisse*) entre el valor de las prestaciones (*rectius*: perturbación al equilibrio de la prestación, *Aequivalenzstörung*). La imposibilidad quedó absorbida en el ámbito del amplio concepto de ‘no cumplimiento’ o ‘falta de cumplimiento’, que reemplazó al concepto clásico (en el sentido de atribución del riesgo, a cuál de las partes el *periculum ‘pertinet’* luego de establecer el ‘*nullam culpam*’) y cardinal de ‘imputabilidad del

incumplimiento' que había caracterizado esta disciplina en Alemania y en la tradición del sistema.

Como señalamos, la modificación del § 313 BGB introdujo el instituto de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* o cambio de la base negocial, bajo la rúbrica que enuncia la perturbación o alteración de la base o fundamento del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*). La nueva disposición normativa del § 313 BGB remite sus efectos a la disciplina de la *Anpassung*, en los términos arriba señalados, en efecto, el legislador acogió las sugerencias de la doctrina de la *Geschäftsgrundlage* ampliando el espectro de posibles lesiones al fundamento del negocio y vinculando el instituto con el remedio para la adaptación, indicando a su vez la posibilidad de resolución del vínculo en aquellos casos en los que la adaptación no sea una solución razonable (*zumutbar*). La norma parece no agregar, en el fondo, nada nuevo a la discusión adelantada en la doctrina acerca de la base objetiva y subjetiva, en efecto, el primer inciso habla de circunstancias que, consideradas por las partes como fundamento del contrato, hayan cambiado sucesivamente a la celebración de este, de manera que si las partes hubieran podido prever dicho cambio no habrían contratado o lo habrían hecho en términos distintos, y el segundo inciso habla de expectativas relevantes que constituyen fundamento del contrato y que sucesivamente se muestran erróneas. En sustancia, base objetiva en el primer inciso y base subjetiva en el segundo. La nueva disposición llama la atención en cuanto a su compatibilidad con el resto de la disciplina de la *Leistungstörungen*, en efecto, la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la tradición secular contaminó esta vez la estructura de una disciplina que ahora en los códigos se presenta dividida, esto es, el problema de los confines entre imposibilidad y cambio de la base negocial, en particular respecto de aquellas hipótesis que en el sistema italiano se llaman de 'excesiva onerosidad sobrevenida', que en mérito de la reforma podrían encontrar solución sea en el § 275 BGB o bien en el §313 BGB.

El juez está vinculado solamente a determinar el remedio aplicable, elemento fundamental a considerar es siempre el *Risikoverteilung*, y las circunstancias concretas serán valoradas a luz de la discrecionalidad judicial. Al margen de la fuente del remedio, se observa que también los eventos sobrevenidos causantes no de imposibilidad absoluta, se comprenderían igualmente dentro de la categoría de la *Leistungsverstörungen*, cuyo fundamento está en la equitativa distribución de los costos del riesgo entre las partes.

En el sistema francés, a pesar de la resistencia del principio *pacta sunt servanda*, la doctrina ha tenido ocasión de sugerir a la jurisprudencia numerosas tesis de refinada elaboración para afrontar el problema de los efectos de eventos sobrevenidos, aunque sin mayor eco, sin embargo, recientemente el Ante-proyecto de reforma al libro de las obligaciones del código francés, propone un mecanismo de *renégociation* de los contratos de ejecución sucesiva o escalonada cuando debido al efecto de circunstancias sobrevenidas se altera o perturba el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas (*équilibre initial des prestations réciproques*), hasta tal punto que el contrato pierde todo interés para una de las partes (*au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles*), ligando la posibilidad de modificación al interés de la parte en el contrato y a la gravedad del desequilibrio; dicha renegociación puede ser prevista por las partes en el contrato o ser ordenada por el juez. Se hace entonces un llamado a las partes para que prevean cláusulas de negociación o modificación del contrato en caso del advenimiento de dichas circunstancias, y a falta de una tal cláusula la parte que ha perdido el interés en el contrato podrá demandar judicialmente la renegociación, de no

tener ésta en últimos suceso -siempre que no halla mala fe-, se abre la posibilidad a cada contratante de solicitar la *résiliation* del contrato.

El sistema italiano regresó a la *consonantia*, incluso en el plano lexical, al introducir la *reductio ad aequitatem*. No obstante, la doctrina reciente ha señalado los vacíos que todavía existen en la disciplina normativa. El primer vacío tiene que ver con la previsión de las causas de los eventos sobrevenidos, en efecto, en la parte general de la disciplina normativa no está tutelada la desaparición de los presupuestos de la prestación, el deudor está protegido si esta se hace imposible (absoluta o parcialmente) o excesivamente onerosa, pero no si para él dicha prestación pierde todo sentido o resulta modificada cualitativamente, en particular cuando las modificaciones no sean ni extraordinarias ni tampoco imprevisibles. Este vacío normativo contrasta con la elaboración de otras experiencias jurídicas, como por ejemplo la alemana que, junto a la modificación cuantitativa del equilibrio entre las prestaciones, reconoce la frustración de la finalidad (*Zweckvereitelung*); aquí se advierte la dificultad para distinguir de manera neta las hipótesis de frustración, imposibilidad y excesiva onerosidad. El segundo vacío tiene que ver con los remedios. En los contratos en particular está prevista en primer lugar la revisión de las condiciones del contrato, y sólo en hipótesis graves, la resolución, por el contrario, en la parte general la revisión del contrato es regla primaria sólo en las hipótesis de imposibilidad parcial o de excesiva onerosidad solamente para los contratos con obligación para una sola de las partes. Para los contratos con prestaciones recíprocas, el deudor de la prestación excesivamente onerosa puede sólo pedir la resolución del contrato, será eventualmente el acreedor quien ofrecerá, si lo considera, una *reductio ad aequitatem*.

En el sistema jurídico latinoamericano, la disciplina de la imposibilidad sobrevenida absoluta fue recibida por los códigos tal y como establecida en la tradición romanista continental-europea, esto es, la liberación del deudor por una imposibilidad absoluta derivada de la fuerza mayor o el caso fortuito, pero no se acogió inicialmente la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, fue inevitable el acogimiento de los mecanismos de (re) equilibrio (inicial y sobrevenido), en efecto, con el pasar del tiempo el sistema latinoamericano se ha reformado, y en particular con la influencia del nuevo código civil italiano de 1942, la divulgación de su doctrina, y, sobre todo, las crisis monetarias que azotaron las economías de algunos países iberoamericanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, los nuevos códigos civiles latinoamericanos han venido reconociendo el modelo para la gestión del contrato en curso de ejecución, todos bajo la premisa general de la excesiva onerosidad sobrevenida, aunque sin una redacción completamente uniforme. Adicionalmente, el reconocimiento de un principio de *reductio ad aequitatem* en el sistema latinoamericano podría servir de elemento fundamental para la interpretación del problema de la deuda externa de algunos países del continente. Esta cuestión evidentemente supera el ámbito de la estructura privada de los mecanismos de (re) equilibrio, sin embargo, no supera los principios contenidos en ellos, la *humanitas*, la buena fe, la equidad, el *favor debitoris*, la solidaridad y la colaboración, los límites justos para la exigibilidad de la prestación y el esfuerzo del deudor, en fin, la posibilidad de *remissio* o *reductio ad aequitatem*, esta vez, con fines de *aequare libertatem*. Valga recordar el citado art. 7 de ley italiana n. 209 de 2000 que trata sobre medidas para la reducción de la deuda externa de otros países con Italia, en especial aquellos países con la más baja renta y mayormente endeudados, se refiere a la coherencia de las disposiciones que regulan la deuda externa con los principios generales del derecho, pero va más allá, habla también de los derechos del hombre y de

los pueblos, razón fundamental en estos casos para la aplicación de la *remissio* o la *reductio* de la deuda, para procurar un *aequare libertatem*.

Estas consideraciones permiten señalar que en la serie de casos en los que la ocurrencia de eventos sobrevenidos capaces de perturbar la economía de la operación repercute sobre la actividad o la inercia de uno de los contratantes, el juicio de buena fe procede a indagar si esa actividad o esa inercia constituye incumplimiento de uno de los deberes de la relación, esto es, si dadas las circunstancias una parte puede todavía exigir de la otra la ejecución de la prestación o la conservación de sus efectos. De esta forma, se trata de establecer si el sacrificio de una parte es compatible con el equilibrio económico de la operación y con su finalidad, la cuestión es si el otro contratante puede todavía exigir una prestación que ahora se presenta como gravosa, en otras palabras, se trata de un desequilibrio que atenta contra el principio de proporcionalidad objetiva entre las prestaciones, pero también de una conducta contraria a la buena fe cuando se exige el cumplimiento de una prestación de mayúscula o excesiva onerosidad sobrevenida. No faltó en la doctrina continental un llamado a reprimir el abuso del derecho frente a una pretensión desproporcionada, en algunos casos mediante la atenuación del concepto de imposibilidad de la prestación como en el sistema alemán, o mediante la ampliación del concepto de fuerza mayor, como en el sistema francés. Esta parece la ocasión para referir un principio que, extrapolado de su contexto originario, resulta instrumento apropiado para enunciar la relación de la buena fe impeditiva de conductas ventajosas a partir de la dificultad ajena: *bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*. Un argumento adicional proviene también del estudio romanista y la continua interpretación del sistema, la posibilidad de considerar la existencia de una *exceptio doli generalis* dirigida a paralizar la pretensión de un cumplimiento que se hizo grave y desproporcionado. En esta hipótesis la buena fe tendría un rol no muy distinto al de la equidad, como criterio aplicable con el fin mitigar el rigor del derecho, en últimas, como posibilidad para el juez de valerse de criterios de equilibrio y colaboración, un principio de equidad sustancial que fundamenta deberes *a posteriori*. Sin embargo, la noción de equidad en el pensamiento moderno es extremadamente confusa debido a la sedimentación histórica de las varias nociones del concepto.

En la más reciente experiencia de unificación del derecho contractual, los PECL establecen un verdadero y propio deber de renegociar (<< *the parties are bound to enter into negotiations* >>) en caso de excesiva onerosidad, esto en aras de garantizar la justicia contractual, y acorde con el principio de buena fe las partes están obligadas a iniciar negociaciones dentro de un periodo de tiempo razonable y éstas no podrán ser interrumpidas sin justificación pues el deber de renegociar es independiente y acarrea la obligación de resarcir el daño en caso de rechazo o ruptura dolosa de la negociación. Si las partes no llegan a un acuerdo amigable sobre la modificación, cualquiera de ellas está legitimada para acudir ante el juez, éste intervendrá como última alternativa exhortando a las partes a un intento final para salvar el contrato, de no ser posible procederá entonces a restablecer el equilibrio distribuyendo equitativamente los riesgos siempre entre ambas partes; el juez tiene amplios poderes para revisar el contrato pero no puede reformarlo en su totalidad hasta el punto de hacer uno nuevo, podrá ampliar el término para el cumplimiento (p. ej. plazos de gracia), aumentar o disminuir el precio o la cantidad de la prestación o incluso establecer una prestación adjunta, y si no es posible salvar el contrato entonces declarará su terminación y los efectos del caso. En el fondo está siempre la discusión acerca del límite a los poderes revisorios del juez, en

especial porque no todo juez es un *magnus iudex*, él deberá hacer uso de esos poderes con moderación para no alterar la estabilidad de las relaciones contractuales.

El rechazo a los instrumentos para el equilibrio contractual durante el siglo XIX ha sido atribuido a la exaltación de las ideas del liberalismo individualista, sin embargo, como dijera CROCE (*Epistolario*, I, 159), todos los ideales propuestos contra el de la libertad, examinados a fondo uno tras otro, se muestran, o fantásticos, o vacíos, o artificiosos, y vinieron al mundo con la marca de la senilidad, mientras que el ideal liberal es siempre joven, él mismo es capaz de renovarse continuamente, y la oposición contra él se explica de otra manera, no por la fuerza de otros ideales que hayan surgido y que tengan validez y superioridad, sino por las dificultades empíricas que el ideal liberal debe superar, y que, tarde o temprano superará. Precisamente de la auto-renovación del ideal liberal es que la regla áurea encuentra excepción en la modificación equitativa del contrato por el cambio de las circunstancias iniciales.

Índice analítico

A

- Absorción**,
pp. 89; 162; 271; 145 n. 550
- Aestimatio**,
pp. 33; 37; 38; 48; 51 n. 138
- Acción**,
pp. 26; 29; 30; 31; 38; 41; 43; 47; 48; 78; 81;
102; 130; 135; 157; 165; 183; 194; 196; 209;
217; 294; 19 n. 9; 22 n. 21; 32 n. 57; 50 n. 132;
63 n. 198
- Acreeedor**,
pp. 18; 20; 53; 56; 58; 63; 87; 88; 89; 90; 93;
95; 96; 105; 106; 107; 110; 112; 120; 121; 122;
133; 151; 157; 183; 194; 228; 241; 242; 243;
244; 258; 271; 298
- Adaptación (contractual)**,
pp. 11; 30; 33; 49; 65; 75; 76; 89; 91; 92; 96;
100; 123; 124; 132; 134; 135; 136; 148; 160;
161; 163; 165; 166; 167; 168; 169; 171; 172;
174; 178; 179; 180; 182; 187; 190; 192; 193;
194; 212; 223; 234; 236; 256; 269; 272; 275;
277; 278; 284; 285; 288; 291; 293; 295
- Alea (del contrato)**,
pp. 15; 23; 28; 124; 127; 135; 137; 141; 142;
144; 145; 146; 147; 148; 158; 164; 173; 183;
195; 235
- Anomalía**,
pp. 76; 93; 158; 150 n. 568
- Anormal**,
pp. 172; 195; 251
- Anpassung**,
pp. 11; 76; 89; 91; 92; 99; 297

B

- Base (negocial)**,
pp. 12; 74; 76; 82; 83; 84; 87; 88; 89; 90; 91;
96; 97; 99; 100; 139; 209; 276; 289; 297
- Beneficio**,
pp. 33; 53; 54; 115; 154; 157; 219; 147 n. 559
- Bilateral**,
- *contrato bil.*, pp. 48; 182; 192; 196;
204; 206; 225; 192 n. 707; 226 n. 812
- *error bil.*, p. 85

Binomio

pp. 18; 225; 16 n. 1; 57 n. 167

Buena fe

pp. 12; 13; 46; 48; 49; 51; 60; 76; 79; 82; 85;
86; 88; 98; 99; 103; 112; 120; 121; 125; 133;
141; 160; 166; 184; 187; 190; 196; 201; 218;
219; 240; 244; 255; 275; 277; 279; 290; 295;
296; 298; 299

C

Canónico

pp. 51; 58; 69; 71, 51 n. 133

Caso fortuito

pp. 15; 20; 54; 57; 60; 61; 65; 75; 90; 104;
105; 106; 112; 125; 129; 141; 188; 240; 241;
295; 298
- *casus*, pp. 16; 18; 27; 30; 50; 54; 55;
59; 60; 62; 64; 65; 74; 75; 93; 97; 104;
125; 132; 133; 137; 194; 222; 240;
281; 290; 294; 295

Causa

- *del contrato*, pp. 12; 48; 61; 79; 87;
128; 138; 139; 146; 147; 148; 149;
150; 180; 183; 184; 195; 295
- *de la oblig.*, 128
- *de res. del vínculo*, p. 121
- *promettendi*, p. 106
- *sinlagmática*, pp. 48; 295
- *típica*, pp. 146; 147
- *eximente*, pp. 49; 75; 98; 108
- *extraña*, pp. 125; 194; 195
- *de extinción*, pp. 74; 216
- *de anulación*, p. 84
- *del incumplimiento*, p. 109
- *enriquecimiento sin c.*, pp. 96; 101;
108; 120; 153; 196; 212; 218; 219
- *defecto parcial de la c.*, p. 138
- *defecto funcional de la c.*, p. 150
- *funcional*, p. 191
- *no imputable*, p. 150
- *lícita*, p. 187
- *solvendi, credendi, donandi*, p. 78
- *vicio de la c.*, p. 140

Código,

pp. 73; 74; 102; 124; 125; 127; 129; 132; 136; 139; 146; 149; 158; 163; 168; 188; 192; 244; 296; 297; 298

Codificación,

pp. 52; 72; 73; 187; 203; 224; 227; 232; 250; 251

Colaboración,

pp. 13; 122; 133; 191; 201; 298; 299

Contenido,

- *del contrato*, pp. 81; 83; 85; 87; 89; 90; 98; 182; 206; 207; 214; 215
- *del praestare*, pp. 30, 31; 148; 294; 296
- *patrim. de la condena*, p. 38
- *de la oblig.*, pp. 48, 59
- *de la cláus. de reneg.*, p. 278

Consentimiento,

pp. 79; 85; 107; 127; 128; 130; 139; 154; 157; 166; 182; 187; 208

Conventio,

pp. 66; 67; 71

Cooperación (deber de),

pp. 13; 101; 121; 122; 136; 141; 168; 178; 191; 196; 256; 277

Costos,

pp. 90; 91; 100; 106; 115; 116; 146; 147; 148; 212; 213; 215; 231; 232; 233; 235; 239; 245; 269; 283; 286; 287; 297

Costumbre,

pp. 57, 190, 24 n. 29 (como fuente); 60 (mercantil)

Cumplimiento,

pp. 11; 14; 37; 45; 48; 49; 53; 63; 71; 73; 74; 75; 77; 78; 86; 88; 93; 95; 96; 98; 99; 103; 110; 117; 120; 121; 125; 126; 129; 132; 133; 136; 137; 140; 144; 146; 148; 150; 152; 154; 155; 158; 164; 171; 177; 178; 183; 185; 187; 190; 191; 194; 196; 200; 203; 204; 206; 207; 208; 216; 219; 230; 231; 239; 261; 267; 281; 291; 295; 296; 299

Culpa,

pp. 14; 18; 20; 31; 43; 46; 52; 54; 56; 57; 59; 60; 61; 63; 65; 73; 75; 94; 95; 108; 109; 121; 125; 132; 207; 222; 223; 232; 256; 258; 266; 281; 295

Custodia,

pp. 18; 41; 42; 43; 53; 57; 183

D

Daño,

- *resarcimiento del*, pp. 20; 29; 30; 35; 36; 37; 38; 48; 52; 53; 54; 90; 93; 95; 96; 97; 105; 108; 112; 129; 146; 203; 204; 210; 217; 236; 243; 244; 256; 258; 279; 290; 299
- *cláus. de liqu. del*, p. 234
- *entidad del*, p. 122
- *estimación del*, p. 38
- *previsión del*, p. 110

Deber,

- *de revisión*, pp. 13; 191, 244
- *de renegociar*, pp. 14; 74; 92; 247; 273; 274; 276; 278; 290; 299
- *de praestare*, pp. 20; 92
- *de evitar los eventos sobreven.*, p. 97
- *de limitar la entidad del daño resarc.*, p. 97
- *de prestación*, p. 98
- *de buena fe*, pp. 101; 103; 112; 121; 122; 133; 245
- *de cooper.* 101; 121; 122; 133; 256; 277
- *de restab. del equil.*, p. 136
- *de solidaridad*, p. 139
- *de previsión*, p. 147
- *de cumplim. exacto*, p. 187
- *cesación del d. de prestación*, p. 295

Determinación,

- *del quidquid dare facere praestare oportere*, p. 38
- *de la prestación*, pp. 57; 177; 270
- *de la sterilitas*, p. 57
- *del precio*, pp. 156; 177
- *del objeto del contrato*, pp. 166; 169; 170
- *de la cuantía del suministro*, p. 176
- *legal de los intereses*, p. 179
- *de la base del negocio*, pp. 203; 238

Desaparición,

- *de la base del negocio*, pp. 82; 83; 128; 139; 209; 238
- *de un elemento esencial del contrato*, p. 127
- *de los presupuestos del contrato*, pp. 185; 209; 214; 298

Desequilibrio (contractual),

- *sobrevenido*, pp. 11, 12, 14, 28, 49, 102, 112, 128, 141, 144, 146, 148, 153,

158, 160, 163, 164, 190, 235, 287, 290, 295, 296

- *inicial*, pp. 130, 158, 285, 295

Destrucción,

- *de la obra*, pp. 15; 39
- *de la res locata*, pp. 40; 45; 58; 59; 62; 63; 94; 95; 104; 206; 208; 214; 228; 229; 239

Desproporción (de las prestaciones), pp. 98; 130; 144; 160; 171; 231; 296

Dificultad (en el cumplimiento),

- *relevante*, pp. 14; 16; 20; 30; 98; 110; 115; 132; 140; 144; 150; 171; 172; 195; 232; 282; 296
- *irrelevante*, p. 134

Diligencia, pp. 115; 125; 142; 167; 168; 183

Disolución (del vínculo contract.), pp. 14; 91; 95; 102; 112; 119; 126; 127; 128; 151; 175

Distantia (temporis), pp. 11; 12; 148; 152; 155; 157; 182

Distribución (del riesgo contract.), pp. 11; 17; 18; 19; 21; 23; 26; 27; 28; 29; 30; 31; 33; 36; 37; 39; 47; 55; 58; 62; 66; 85; 88; 89; 90; 100; 104; 133; 137; 139; 141; 145; 148; 203; 223; 225; 234; 235; 242; 245; 246; 268; 283; 297

Dogma (de la voluntad), pp. 61; 73; 78; 83; 84; 97; 126; 127; 138; 139; 186; 187; 232; 296

Dolo, pp. 14; 31; 43; 52; 95; 256

Duración (contrato de), pp. 12; 14; 16; 17; 21; 24; 92; 95; 117; 130; 140; 141; 142; 148; 149; 152; 153; 160; 167; 168; 170; 172; 175; 177; 178; 233; 234; 236; 237; 269; 270; 276; 289; 291; 296

E

Eficacia, pp. 81; 157; 209; 210

Ejecución, pp. 11; 14; 30; 71; 112; 115; 120; 121; 122; 125; 126; 133; 138; 146; 156; 169; 176; 177; 179; 191; 217; 219; 220; 225; 244; 255; 257; 259; 266; 291

Equidad, pp. 12; 13; 48; 49; 51; 52; 54; 60; 61; 71; 88; 90; 103; 126; 128; 129; 139; 141; 158; 159; 160; 161

- *reductio ad aequitatem*, pp. 162, 163, 184, 185; 190; 191; 196; 201; 213; 218; 219
- *correctiva*, pp. 277, 278; 279; 295

Enriquecimiento (sin causa), pp. 12; 96; 101; 120; 153; 212

Equilibrio (de las prestaciones), pp. 37; 38; 97; 125; 128; 131; 139; 141; 144; 185; 190; 244; 298

Exención,

- *de responsabilidad*, pp. 74; 108; 239; 243; 281; 282; 290
- *de pagar el canon*, p. 30

Expectativa,

- *privada*, pp. 11; 13
- *de cumplimiento*, pp. 37; 47; 48; 84; 85; 86; 90; 92; 100; 241; 244; 291; 293; 297
- *frustración de la*, pp. 111; 120; 144; 158; frst. 160; 241; 242, 243

Extinción (de la obligación), pp. 74; 105; 125; 216

Evento extraordinario, pp. 137; 142; 153; 80 n. 268; 143 n. 539

F

Finalidad,

- *del contrato*, pp. 78; 83; 87; 98; 99; 123; 127; 139; 140; 172; 185; 191; 206; 207; 208; 226; 266; 271; 293; 296; 298; 299
- *ulterior*, p. 87

Formación (del contrato), pp. 128; 184; 191; 181 n. 678

Frustración,

- *del contrato*, pp. 12; 76; 206; 207; 216; 242; 266; 268; 269
- *de la expectativa priv.*, pp. 47; 73; 133; 144; 185; 266

Fundamento (del negocio), pp. 83; 86; 99; 100; 297

G

Ganancia,

pp. 111; 115; 120; 227; 245; 79 n. 264; 105 n. 360; 181 n. 677

Garantía,

- *clausula de*, pp. 15; 42; 43; 44; 60
- *deber de*, p. 95
- *fiduciaria*, pp. 124; 151; 155; 166; 179

Gestión (del riesgo contractual),

pp. 23; 33; 48; 65; 101; 227; 236; 237; 295

Glosa,

pp. 55; 56; 57; 58; 68; 69

Glosadores,

pp. 55; 56; 57; 58; 16 n. 1; 52 n. 142; 55 n. 161; 57 n. 167

H

Hardship,

pp. 12; 14; 60; 65; 104; 215; 230; 233; 247; 256; 269; 271; 272; 276; 277; 278; 282; 284; 286; 287; 288; 289

I

Impedimento (en la ejec. de la prest.),

pp. 61; 62; 74; 75; 110; 132; 133; 154; 257; 280; 281; 282; 283; 284; 288; 289

Implication (of law),

p. 225 n. 308

Imposibilidad,

- *absoluta*, pp. 12; 14; 30; 91
- *inicial*, pp. 94; 98; 296
- *sobrevenida*, pp. 16; 18; 20; 22; 37; 38; 39; 49; 64; 65; 66; 72; 74; 76; 84; 87; 91; 91; 93; 94; 96 101; 104; 108; 111; 124; 125; 128; 131; 188; 190; 204; 206; 230; 238; 243; 245; 266; 276; 278; 287; 296; 298
- *de la prestación*, pp. 37; 38; 48; 60; 99; 125; 130; 206; 226; 227; 228; 234; 239; 242; 295; 299
- *de cumplir*, p. 38
- *no imputable*, p. 48
- *económica*, pp. 91; 98; 111; 115; 271; 277; 228; 230; 296
- *subjetiva*, pp. 94; 95; 98; 125; 128; 144; 261; 296
- *objetiva*, pp. 94; 98; 125; 132; 144; 296
- *efectos de la*, p. 95

- *parcial*, pp. 96; 106; 132; 134; 185; 298
- *imputabilidad de la*, p. 97
- *inevitable*, pp. 98; 296
- *jurídica*, pp. 98; 107; 110; 132; 227; 232; 235; 228; 296
- *temporal*, pp. 132; 133; 154
- *material*, pp. 132; 133; 226; 227; 230; 238
- *de uso*, p. 208
- *física*, pp. 208; 227; 231; 232; 258

Imprevisión,

pp. 12; 27; 65; 73; 88; 89; 91; 101; 103; 110; 111; 112; 113; 115; 116; 119; 121; 122; 123; 137; 142; 143; 151; 164; 165; 171; 187; 194; 200; 235; 237; 238; 240; 242; 257; 259; 271; 276; 277; 295

Incompatibilidad,

pp. 74; 129; 196

Incumplimiento,

- *imputabilidad del*, pp. 14; 17; 18; 30; 31; 37; 38; 48; 93; 99; 122; 125; 138; 183; 204; 222; 229; 238; 257; 261; 263; 264; 265; 266; 267; 287; 294
- *no imputable*, p. 30
- *responsabilidad por*, pp. 20; 22; 30; 38; 74; 133; 281; 295
- *de la prestación*, pp. 95; 104; 105
- *causas del*, pp. 109; 207
- *consecuencias del*, pp. 108; 187; 204; 222; 244; 287
- *temporal*, p. 257
- *esencial*, p. 257

Indeterminación (del objeto del contrato),

pp. 170, 179; 167 n. 629; 178 n. 667

Indemnización,

pp. 106; 219; 281

Interés,

- *postivivo*, pp. 22; 245
- *público*, pp. 33; 101; 114; 119; 172; 173; 295
- *de las partes en el contr.*, pp. 102; 107; 133; 134; 136; 152; 154; 160; 167; 170; 172; 178; 185; 194; 212; 246; 291; 293; 297
- *en la conserv. del contr.*, pp. 158; 160
- *del mandante*, p. 168
- *en la reneg. del contr.*, p. 168
- *en la rev. del contr.*, p. 172
- *bancario*, pp. 179; 192

Interpretación,

- *histórica*, p. 12
- *de la glosa*, p. 55

- *medieval*, pp. 56; 59; 60; 61; 67; 158; 295
- *contextual*, p. 71
- *de la cláus. rebus sic.*, pp. 76; 100; 112; 189; 209; 297
- *de buena fe*, pp. 79; 85
- *moderadora*, p. 84
- *integradora*, p. 87
- *negocial*, pp. 85; 89; 90; 96; 123; 211; 240; 242
- *extensiva*, pp. 90; 112; 172; 206; 209
- *del sistema*, pp. 99; 299
- *de la vol. de las partes*, p. 107; 184
- *literal*, p. 119
- *judicial*, p. 238
- *restrictiva*, p. 272

Invalidez (del contrato),
pp. 86; 94; 179; 284; 66 n. 209; 80 n. 268

J

Juez,
pp. 48; 49; 73; 88; 91; 92; 97; 100; 102; 112; 134; 144; 159; 161; 162; 170; 180; 183; 185; 191; 194; 196; 211; 212; 217; 225; 226; 229; 230; 235; 238; 239; 240; 243; 245; 271; 288; 289; 290

- *poderes del*, pp. 103; 104; 115; 118; 119; 120; 122; 159; 161; 184; 213; 214; 219; 236; 244; 290; 297

Judicial,

- *control*, pp. 161; 163; 191; 196
- *revisión*, pp. 203; 212; 228; 235; 243; 244; 245; 81 n. 279
- *interpret.*, p. 238
- *adaptación*, p. 269
- *discrecionalidad*, pp. 297; 194 n. 710

L

Lesión,

- *al equilibrio contract.*, pp. 87; 148; 146 n. 555
- *a la base del neg.*, pp. 88; 91; 96; 88 n. 305
- *enorme*, pp. 120; 158; 111 n. 395
- *ultra dimidium*, p. 140 n. 529

Legislación,
pp. 254; 58 n. 168; 258 n. 910; 279 n. 969

Ley,
pp. 12; 51; 89; 91; 104; 108; 117; 18 (*l. faillot*); 123; 129; 130; 135; 159; 161; 163; 170; 171; 173; 180; 184; 190; 201; 207; 224; 227; 241; 251; 298

Liberación (del deudor),
pp. 65; 98; 110; 125; 131; 188; 216; 238; 243; 296; 298

Límite (al sacrificio del deudor),
pp. 141

Locación,
pp. 26; 28; 59; 62; 105; 106; 124; 149; 206; 208; 210

- *de nave*, p. 45
- *fundo*, p. 57
- *de serv.*, p. 58

Locatio,
pp. 43, 44; 58; 136

- *operis*, pp. 16, 17, 21, 24, 25, 26, 37; 46; 47; 48; 56; 58; 61; 136
- *rei*, p. 57
- *mancip. vehendarum*, pp. 45; 47
- *navis*, p. 47

M

Medieval,
pp. 12; 15; 49; 50; 52; 55; 56; 57; 59; 60; 61; 65; 67; 69; 71; 103; 158; 295; 296

Merces,
pp. 27; 28; 30; 31; 33; 37; 38; 40; 46; 47; 57; 58; 106

Mora,

- *del deudor*, pp. 17; 95; 105; 125; 295
- *del vendedor*, pp. 22; 60; 65
- *interrupción de la*, p. 21
- *intereses de*, p. 200

Motivos,

- *de la voluntad contract.*, pp. 65; 79; 81; 82; 83; 84; 85; 87; 101; 120; 122; 123; 127; 139
- *irrelevancia de los*, p. 78
- *error sobre los*, p. 126

N

Naturaleza (del contrato),

pp. 22; 59; 152; 170; 190; 196; 206; 215; 221; 235; 237; 273; 295

O

Obligación,

pp. 16; 17; 18; 20; 38; 39; 41; 45; 47; 48; 49; 50; 53; 56; 59; 64; 65; 66; 71; 73; 74; 87 (de resultado); 94; 95; 96; 97; 105; 106; 107; 110; 125; 127; 129; 153; 154 (a término); 155 (accessoria); 160; 165; 166; 167; 168; 180; 183; 185; 185; 187; 190; 192; 194; 195; 196; 203; 204; 212; 214; 215; 225; 228 (*intuitu personae*); 229; 230 (de entregar); 256; 257; 258 (de informar la f. mayor); 260; 266; 267; 271; 272; 275; 279; 281; 282; 290 (de resarcimiento)

Onerosidad excesiva,

pp. 12; 17; 79; 83; 88; 91; 100; 101; 111; 118; 120; 124; 125; 128; 129; 130; 131; 132; 134; 135; 137; 138; 139; 140; 141; 143; 144; 145; 148; 150; 153; 157; 163; 164; 166; 170; 172; 178; 180; 182; 183; 185; 188; 192; 193; 194; 195; 196; 203; 231; 241; 251; 271; 276; 280; 284; 286; 289; 290; 297; 298; 299

P

Perecimiento,

pp. 55; 132; 220; 244

Periculum,

- *en sentido técnico*, pp. 16; 17; 18; 20; 29; 30; 31; 47; 52, 54, 55, 56; 58; 60; 62; 63; 65; 98
- *emptoris*, pp. 21; 22; 23; 56; 57; 63; 294
- *venditoris*, pp. 21; 21; 23; 294; 295; 296
- *locatoris*, pp. 33; 34; 40
- *conductoris*, p. 39
- *operis*, pp. 39; 40; 46; 47
- *vis maior*, p. 39
- *creditoris*, p. 58

Perturbación,

- *de la base del negocio*, pp. 76; 99; 297
- *de la finalidad del contrat.*, pp. 98; 296
- *del equilibrio de las prest.*, pp. 98; 137; 172; 296
- *del valor económic. de la prest.*, p. 138
- *de la causa funcional*, p. 150 n. 568

- *del alea del contrato*, p. 193 n. 709

Praestare,

- pp. 16; 20; 21; 23; 26; 28; 29; 30; 31; 35; 40
- *custodiam praest.*, pp. 38; 43; 48
 - *culpam praest.*, p. 75
 - *dificultad de*, p. 141

Prestación,

- *imposibilidad de la*, pp. 37; 48; 56; 60; 61; 64; 74; 75; 84; 87; 94; 95; 99; 101; 105; 107; 108; 109; 110; 113; 125; 131; 133; 206; 207; 226; 228; 235; 238; 239; 242
- *ejecución de la*, pp. 16; 48; 49; 61; 99
- *económicamente insostenible*, p. 232
- *inexigibilidad de la*, pp. 86; 88; 89; 141
- *excesiva*, pp. 90; 91; 120; 121; 122; 132; 137; 147; 152; 154; 164; 178; 185; 190; 196; 203; 242; 256; 286
- *impracticable*, pp. 232; 282
- *inaccesibilidad de la*, pp. 98; 296
- *cesación del deber de*, pp. 98; 296
- *costo de la*, pp. 134; 146; 148; 152; 165
- *periódica, continua, diferida*, pp. 152; 153; 157
- *reducción en equidad de la*, pp. 134; 158;
- *riesgo de la*, p. 97
- *límites a la exigibilidad de la*, p. 298

Presuposición,

pp. 12; 74; 76; 77; 78; 79; 81; 82; 83; 85; 119; 120; 123; 127; 128; 138; 139; 140; 142; 184; 209; 238

Presupuestos (de la voluntad contract.),

pp. 74; 76; 77; 84; 128 n. 464

Previsión (del evento sobrevenido),

pp. 27; 49; 88; 89; 90; 91; 94; 103; 124; 138; 139; 142; 143; 145; 147; 172; 177; 181; 182; 185; 195; 203; 205; 213; 215; 221; 235; 238; 239; 242; 282; 298

Principio,

- *pacta sunt servanda*, pp. 12; 63; 101; 103; 104; 113; 118; 120; 125; 187; 206; 255; 286; 289
- *de la rev. del contrato*, p. 13
- *casus a nullo praest.*, p. 18
- *periculum emptoris*, pp. 23
- *de sinalagmaticidad*, p. 23
- *periculum conductoris*, p. 39
- *de auto-responsabilidad*, pp. 43; 147
- *res perit domino*, pp. 46; 62; 244

- *de irrelevancia de los motivos*, pp. 78; 87
- *de buena fe*, pp. 85; 86; 88; 133; 167; 191; 290
- *no ventaja de la dificultad ajena*, pp. 99; 218
- *res perit creditoris*, p. 107;
- *casus nullam culpam praesup.*, p. 125
- *de sujeción implícita a la cláus. rebus sic*, p. 136
- *de solidaridad*, p. 139; 184
- *de reductio ad aequ.*, p. 158; 159; 295
- *de la doble instancia*, p. 163
- *nominalista*, p. 164
- *de conserv. del contr.*, pp. 171; 284
- *de adaptación*, p. 172
- *imposs. nulla oblig. est*, p. 227
- *ut res magis valeat quam pereat*, p. 256
- *de force majeure*, p. 262
- *favor contractus*, p. 284

Programa (contractual),

pp. 74; 84; 87; 91; 92; 124; 127; 129; 139; 146; 147; 167; 178; 182; 195; 204; 209; 219; 221; 223; 229; 235; 239; 273; 278; 285; 287

R

Refaction (del contr.),

pp. 107 n. 372

Reforma (del contr.),

pp. 92

Relatividad (del vínculo obligatorio),

pp. 101; 236; 247; 273; 286

Relevancia causal (del tiempo),

pp. 140, 148, 153, 182, 193, 152 n. 758

Renegociación (del contrato),

pp. 11; 92; 93; 102; 119; 120; 134; 136; 160; 169; 179; 326; 239; 245; 246; 247; 250; 256; 257; 271; 273; 274; 275; 276; 277; 278; 280; 282; 286; 288; 289; 297

Résiliation,

pp. 101; 102; 104; 106; 116; 118; 121; 258; 298

Resolución,

pp. 33; 38; 48; 49; 93; 95; 96; 124; 129; 131; 136; 170; 184; 185; 196; 209; 216; 217; 257; 266; 268; 277; 278; 298

Responsabilidad (por incumplimiento),

pp. 20; 22; 60; 74; 206; 281; 295

Revisión (del contrato),

pp. 12; 13; 17; 49; 103; 112; 113; 117; 118; 119; 120; 121; 131; 163; 172; 185; 194; 278; 289; 298

Riesgo,

pp. 11; 15; 19; 21; 23; 26; 27; 30; 33; 36; 37; 39; 47; 55; 58; 76; 85; 88; 89; 104; 133; 137; 145; 148; 203; 223; 225; 234; 268

Ruptura,

- *del elemento causal del contrat.* 120
- *del equil. de las prest.*, p. 136
- *de las negociaciones*, pp. 290; 299

S

Sentencia,

pp. 162; 163; 184; 185; 205; 206; 208; 216; 217; 244

Supervención (contractual),

pp. 71; 85; 102; 106; 130; 135; 203; 206; 211; 215; 225; 231

T

Teoría,

- *de la imprevisión*, pp. 12; 101
- *de la conventio tacita*, p. 66
- *de la cláus. rebus sic*, pp. 67; 73
- *de la presuposición*, p. 76
- *de la base negocial*, p. 82
- *de la causa*, pp. 120; 150
- *de la equivalencia de las prest.*, p. 128
- *de la inexigibilidad de la prest.*, p. 141

Tipicidad (contractual),

pp. 145; 165

Tracto-sucesivo,

pp. 103; 105; 149; 192

Índice de Autores

A

ABATTI, p. 195 n. 712
ALCIATO, pp. 72; 72 n. 235
ALEMAN MONTERREAL, pp. 18 n. 4; 18 n. 6
ALTERINI, p. 188 n. 693
ALPA, pp. 207 n. 738; 112 n. 757; 216 n. 771; 220 n. 788
AMATUCCI, p. 179 n. 669
AMIRANTE, p. 25 n. 37
ANDREOLI, pp. 126 n. 458; 131 n. 477
ANKUM, pp. 27 n. 43; p. 34 n. 69
ANSON, pp. 211; 112 n. 758; 213 n. 759; 216 n. 770; 218 n. 778
ANTONMATTÉI, p. 109 n. 388
ARIAS-SCHREIBER, p. 188 n. 693
ARNDTS, pp. 19 n. 8; 62 n. 191
ARNÓ, p. 55 n. 155
ASCHERI, pp. 50 n. 127; 52 n. 138; 64 n. 201
ASCOLI, p. 129 n. 470
ASTUTI, pp. 53 n. 146; 149 n. 565
ATIYAH, pp. 215 n. 769; 216 n. 771
AVERANI, pp. 64; 64 n. 201
AZONIS, pp. 54 n. 149, 151; 56; 58

B

BALDI, pp. 56; 59; 70; 51; 60; 69; 56 n. 164; 59 n. 174, 175, 176, 177; 70 n. 228
BARSANTI, p. 129 n. 470
BARTOLUS, pp. 58; 69; 71; 148; 51 n. 135; 69 n. 225; 70 n. 226
BATTISTONI, pp. 79 n. 262, 263, 265; 80 n. 270
BELOTTI, p. 131 n. 476
BELLANTUONO, pp. 224 n. 805; 237 n. 841
BENEDETTO, p. 54 n. 153
BERGER, pp. 114 n. 412; 248 n. 871, 873; 250 n. 880, 884; 275 n. 960, 961; 276 n. 962
BERMAN, pp. 248 n. 872; 255 n. 899
BERNARDI, p. 179 n. 669
BESSONE, pp. 73 n. 248; 74 n. 249; 78 n. 258; 80 n. 271; 83 n. 289; 99 n. 346; 126 n. 457; 131 n. 476; 135 n. 496; 137 n. 511, 512, 513; 140 n. 528; 142 n. 536; 143 n. 538; 146 n. 554; 191 n. 704
BESTA, pp. 50 n. 130; 53 n. 147; 58 n. 168
BETTI, pp. 12; 17; 17 n. 2, 3, 4; 18 n. 4, 5; 24 n. 30; 26 n. 41; 28 n. 46; 29 n. 47; 33 n. 62; 35 n. 78; 36 n. 80; 41 n. 98; 42 n. 107; 43 n. 110; 44; 53 n. 144; 56 n. 162; 60 n. 180; 77 n. 253; 80 n. 269, 271; 137 n.

512; 141 n. 532, 533; 142 n. 536; 145 n. 549; 146 n. 554; 149 n. 565; 159 n. 602; 161 n. 606; 162 n. 607
BIANCA, pp. 83 n. 288; 139 n. 520; 140 n. 526; 142 n. 534, 536; 146 n. 554; 147 n. 558, 559; 148 n. 560, 561; 149 n. 564; 150 n. 567; 160 n. 603; 183 n. 682
BIONDI, p. 32 n. 60
BIROCCHI, pp. 61; 52 n. 141, 143; 53 n. 145; 54 n. 154; 55 n. 155; 56 n. 163; 57 n. 166; 58 n. 170; 59 n. 163; 61 n. 184; 63 n. 192; 64 n. 201
BISHOP, pp. 250 n. 883; 272
BLACKSTONE, pp. 248; 248 n. 871
BLOMEYER, pp. 85 n. 296; 86 n. 297
BORDA, p. 188 n. 693
BORENSZTEIN, p. 200 n. 721
BORJA SORIANO, p. 188 n. 693
BOSSELLI, p. 144 n. 546
BRACCIANTI, pp. 126; 127 n. 459, 462; 129 n. 468, 469; 142 n. 536; 143 n. 541; 145 n. 549; 154 n. 585
BRETONE, p. 25 n. 35
BRUGI, pp. 129 n. 468, 470; 159 n. 602
BRUNETTI, pp. 262 n. 918; 265 n. 923, 927; 266 n. 929, 931; 267 n. 935; 268 n. 940; 269 n. 944
BÜLOW, p. 162 n. 607
BURGUNDI, p. 63
BUSTAMANTE ALSINA, p. 188 n. 693

C

CALAMANDREI, p. 159 n. 602
CALASSO, pp. 52 n. 139, 140
CALDERA, p. 197 n. 716
CANARIS, pp. 98 n. 343, 345; 251 n. 886
CANNATA, pp. 37 n. 87; 39 n. 92; 40 n. 93; 43
CARBONNIER, pp. 108 n. 381; 109 n. 382, 383, 385; 110 n. 392; 119 n. 435; 120 n. 436, 438; 121 n. 440; 122 n. 448; 149 n. 562; 152 n. 578
CARDILLI, pp. 20; 66; 68; 70; 71; 72; 74; 135; 20 n. 14, 15, 16; 21 n. 17; 27 n. 44; 29 n. 47, 48; 31 n. 55, 56; 46 n. 118; 66 n. 204, 205, 206, 208; 67 n. 211, 212; 68 n. 220; 69 n. 225; 70 n. 227; 71 n. 230, 232; 72 n. 238; 73 n. 244, 246, 247; 75 n. 251; 77 n. 252; 82 n. 282; 136 n. 509; 149 n. 565; 160 n. 604
CARDINI, p. 188 n. 693
CARRESI, pp. 144 n. 544; 152 n. 578; 154 n. 583; 156 n. 595
CARRIOTA FERRARA, pp. 131 n. 476; 150 n. 569
CARUSI, p. 191 n. 704
CAPOGROSSI COLOGNESI, p. 28 n. 46
CAPRIOLI, p. 50 n. 131, 132

CESÀRO, p. 288 n. 1002
CHAMIE, pp. 92 n. 323; 98 n. 344; 99 n. 347; 150 n. 368; 191 n. 705
CHESHIRE, pp. 205 n. 731; 209 n. 746; 210 n. 751; 213 n. 759; 219 n. 784; 221 n. 792; 222 n. 765
CIANFLONE, p. 172 n. 650
CLAVIJO, p. 200 n. 722
COLIN, pp. 101 n. 350; 113 n. 407
CORBIN, pp. 210 n. 750; 225 n. 807; 226 n. 811; 227 n. 813; 240 n. 849; 241 n. 852; 243 n. 858
COSTA, p. 27 n. 43
COTTINO, pp. 176 n. 659, 661; 177 n. 666
CRISCUOLI, pp. 204 n. 726; 206 n. 734; 209 n. 749; 213 n. 759; 214 n. 762, 763; 217 n. 774; 220 n. 785; 221 n. 792; 222 n. 796

D

D'AGOSTINO, p. 159 n. 602
DA SILVA PEREIRA, p. 188 n. 693
DAWSON, pp. 197 n. 718; 236 n. 839
DEIANA, p. 77 n. 252
DE FALCO, p. 41 n. 102
DE FRANCISCI, p. 149 n. 565
DE LUCA, pp. 51 n. 136; 79 n. 264
DE MARCHI, p. 165 n. 619
DE MARTINI, pp. 80 n. 269; 138 n. 518, 519; 142 n. 536; 145 n. 549; 146 n. 551, 554; 155 n. 591
DE ROBERTIS, pp. 32 n. 59; 42 n. 106
DE SIMONE, p. 150 n. 569
DEZALAY, pp. 250; 250 n. 881, 882, 884
DIAMOND, p. 256 n. 903
DI MARZO, p. 124 n. 453
DI MATTEO, p. 236 n. 841
DRAETTA, pp. 97 n. 340; 136 n. 509; 252 n. 887; 254 n. 896, 897; 255 n. 900, 901; 257 n. 905; 258 n. 907; 262 n. 917; 269 n. 945; 271 n. 951; 279 n. 969; 287 n. 999; 288 n. 1004; 292 n. 1014
DURANTON, pp. 105 n. 360; 106 n. 366
DUSI, pp. 127 n. 459; 128 n. 466

E

ENRIETTI, pp. 138 n. 515; 142 n. 538; 145 n. 547; 152 n. 578

F

FABRE F., p. 118 n. 431
FABRE-MAGNAN, pp. 152 n. 578; 106 n. 370; 108 n. 382
FEENSTRA, pp. 69; 67 n. 212; 68 n. 217; 69 n. 225; 71 n. 230, 231; 72 n. 237, 238
FENET, pp. 103 n. 356; 105 n. 364
FERRARI, p. 179 n. 669

FERRI, pp. 78 n. 257; 79 n. 268; 80 n. 270; 138 n. 519; 142 n. 536
FERNÁNDEZ, pp. 188 n. 693; 191 n. 705
FIKENTSCHER, pp. 87 n. 299; 89 n. 307, 308; 90 n. 312; 91 n. 315, 317; 94 n. 333
FIORI, pp. 45; 24 n. 30; 26 n. 38, 40; 27 n. 42, 43; 28 n. 46; 29 n. 48; 45 n. 115; 46 n. 116, 117, 118, 120, 122; 47 n. 125; 99 n. 348; 185 n. 686, 687
FISSIOTTI, p. 153 n. 580
FITTING, pp. 55 n. 160; 60 n. 179
FLOUR, pp. 107 n. 377; 112 n. 402; 118 n. 428
FLUME, pp. 19 n. 9; 74 n. 250; 90 n. 313
FONTAINE, pp. 136 n. 507; 257 n. 904, 905; 258 n. 906; 272 n. 954; 277 n. 964
FOUCHARD, pp. 248; 252 n. 890
FRANSWORTH, pp. 223 n. 799; 227 n. 815; 228 n. 817; 229 n. 820; 230 n. 822; 231 n. 827; 233 n. 831; 238 n. 843, 844; 241 n. 850; 242 n. 854; 243 n. 857
FREZZA, p. 53 n. 146

G

GABRIELLI, pp. 146 n. 555; 147 n. 556
GALINDO GARFIAS, p. 188 n. 693
GALLO F., pp. 149 n. 565; 174 n. 655
GALLO P., pp. 70 n. 225; 81 n. 278; 124 n. 453; 131 n. 477; 136 n. 509; 205 n. 730; 206 n. 733; 209 n. 748; 212 n. 757; 224 n. 802; 244 n. 864
GAMARRA, pp. 188 n. 693
GAMBARO, p. 224 n. 803, 805
GAMBINO, pp. 144 n. 544; 146 n. 552, 554; 164 n. 617; 166 n. 620
GHESTIN, pp. 112 n. 406; 118 n. 429; 119 n. 434; 121 n. 442; 123 n. 451
GIAMPICCOLO, pp. 165 n. 618, 619; 166 n. 620
GIANNATTASIO, p. 172 n. 649
GILMORE, pp. 204 n. 727; 225 n. 806
GIORDANO, p. 165 n. 618
GIOVENE, pp. 225 n. 445; 226 n. 4558; 231 n. 476
GIRINO, pp. 79 n. 267; 138 n. 519
GIUFFRÈ, p. 32 n. 60
GOLDMAN, pp. 248; 249; 254 n. 895, 896; 255 n. 900; 256 n. 903
GOLDSCHMIDT, p. 162 n. 607
GORDLEY, p. 77 n. 252
GORETTI, p. 159 n. 602
GORLA, pp. 52 n. 142; 77 n. 253; 80 n. 270
GROSSI P., p. 51 n. 133, 138
GROSSO, p. 25 n. 36, 37
GROTIUS, pp. 63; 72 n. 238, 240, 242
GUARINO, pp. 25 n. 36, 37; 32 n. 60
GUZMÁN SANTIESTEBAN, p. 188 n. 693

H

HALPERN, pp. 231 n. 826, 828; 236 n. 841
HEUMANN, p. 19 n. 10

HINESTROSA, pp. 49 n. 126; 136 n. 507; 141 n. 531, 532; 163 n. 614; 181 n. 678; 188 n. 693; 194 n. 710; 195 n. 711, 713
HORN, pp. 91 n. 319; 92 n. 324; 252 n. 889; 274 n. 958; 275 n. 961; 277 n. 964
HUBER, pp. 93 n. 326, 329, 330; 94 n. 331

I

INZITARI, p. 179 n. 669; 270 n. 947

J

JOSSERAND, p. 121 n. 444

K

KAHN, p. 251 n. 886; 257 n. 904, 905; 272 n. 954; 277 n. 964; 288 n. 1002
KASER, pp. 27 n. 43; 39 n. 91; 44 n. 113
KNÜTEL, p. 253 n. 891
KOULADIS, pp. 213 n. 761; 221 n. 791
KRÜCKMANN, pp. 77 n. 252; 85 n. 294, 295

L

LANDO, pp. 251 n. 885; 254 n. 894, 901
LANGEN, p. 256 n. 903
LA PIRA, p. 149 n. 565
LARENZ, pp. 82; 77 n. 552; 78 n. 259, 260; 81 n. 278, 279; 82 n. 280, 281, 282, 283; 84 n. 291; 87 n. 301; 94 n. 334; 96 n. 338; 97 n. 339
LARROUMET, pp. 108 n. 380; 112 n. 401; 119 n. 432; 121 n. 439
LAURENT, p. 104 n. 357
LAURIA, p. 149 n. 565
LEBOULANGER, p. 270 n. 948
LEICHT, pp. 54 n. 153; 58 n. 169
LENEL, pp. 78; 82; 24 n. 31, 32; 76 n. 252; 78 n. 259
LESGUILLONS, p. 258 n. 908
LEVY, pp. 270 n. 947; 200 n. 721
LIPARI, pp. 143 n. 540; 145 n. 549
LOCHER, pp. 77 n. 252; 82 n. 285
LONG, pp. 114 n. 410, 413, 415; 116 n. 421
LONGO, pp. 34; 35; 24 n. 30; 34 n. 71; 35 n. 72, 77; 36 n. 80, 83; 59 n. 172; 181 n. 677
LÓPEZ-AMOR, p. 41 n. 100, 101, 103
LOWENFELD, pp. 253 n. 892; 256 n. 902

LUIG, pp. 69; 67 n. 211; 68 n. 216, 217, 219; 69 n. 222, 225; 72 n. 236, 239; 73 n. 245, 247; 81 n. 278
LUZZATTO, p. 43 n. 109, 113

M

MACARIO, pp. 145 n. 550; 166 n. 622; 167 n. 626, 628; 170 n. 642; 174 n. 654; 176 n. 660; 177 n. 663; 178 n. 667; 179 n. 699; 225 n. 808, 809; 234 n. 834; 235 n. 835; 236 n. 838; 237 n. 842; 244 n. 861; 245 n. 866; 273 n. 956; 278 n. 965
MCKENDRICK, pp. 215 n. 769; 217 n. 777
MAFFEI, pp. 52 n. 142; 55 n. 159, 161; 57 n. 167; 60 n. 180; 62 n. 190
MAGGIO, p. 51 n. 138
MALAURIE, p. 270 n. 950
MANFRED, p. 96 n. 337
MANTELLO, pp. 85 n. 293; 132 n. 483; 140 n. 527; 209 n. 744; 215 n. 767; 226 n. 812
MANTICA, pp. 12; 296; 60 n. 182; 61 n. 183; 71 n. 234
MARIN ECHEVERRÍA, pp. 187 n. 692; 188 n. 693
MARONE, p. 125 n. 456
MARTINEK, p. 92 n. 324
MARTINS COSTA, p. 190 n. 703
MARTORANO, pp. 80 n. 269; 138 n. 519; 139 n. 521
MASKOW, pp. 272 n. 954; 277 n. 964; 286 n. 994; 287 n. 1000; 288 n. 1003
MASSA, p. 157 n. 598
MALYNES, pp. 247; 248 n. 871
MAZEAUD, pp. 104 n. 358; 107 n. 375; 118 n. 428
MEDICUS, pp. 89 n. 309; 90 n. 310
MELICH ORSINI, pp. 188 n. 693; 192 n. 707; 193 n. 708
MELIS, pp. 272 n. 955; 277 n. 964
MÉNAGER, p. 32 n. 59
MENGONI, pp. 80 n. 270, 271; 84 n. 290; 167 n. 624
MESSINEO, pp. 79 n. 266; 80 n. 269; 182 n. 679
MICHAELIS DE VASCONCELLOS, p. 256 n. 903
MILELLA, pp. 32 n. 58, 59; 66 n. 207; 67 n. 212
MIQUEL, pp. 27 n. 47; 40 n. 97
MIRABELLI, pp. 137 n. 514; 168 n. 632
MOLINEAUX, p. 252 n. 888
MOLNAR, pp. 27 n. 42; 43 n. 109
MOMMSEN Th., p. 19 n. 8
MORUZZI, p. 138 n. 517
MOSCARINI, p. 172 n. 649
MOSSET ITURRASPE, p. 195 n. 713
MOURALIS, p. 101 n. 349
MURRAY, p. 206 n. 732, 736
MUSTILL, pp. 253 n. 892; 254 n. 893

N

NASSAR, pp. 275 n. 961; 276 n. 962; 277 n. 964
NELLE, p. 273 n. 957
NEME VILLARREAL, pp. 20; 21; 21 n. 18

NICOSIA, p. 27 n. 43
NICOLÒ, pp. 145 n. 549; 146 n. 553; 147 n. 556;
164 n. 616
NIDER, p. 51 n. 136, 138

O

OERTMANN, pp. 82; 83; 76 n. 252; 82 n. 280, 284;
83 n. 286; 86 n. 299
OCAMPO, p. 197 n. 717
OPPETIT, pp. 271 n. 952; 277 n. 964
OPPO, p. 165 n. 618; 152 n.
ORDOQUI CASTILLA, pp. 194 n. 710; 195 n. 712;
196 n. 714
OSILIA, pp. 125 n. 456; 127 n. 463; 130 n. 470; 139
n. 524; 159 n. 603
OSMAN, p. 253 n. 891
OSTI, pp. 66 n. 209; 67 n. 210; 69 n. 225; 71 n. 233;
125 n. 455; 127 n. 461; 150 n. 569

P

PACIFICI-MAZZONI, p. 125 n. 454
PACIONO, p. 71 n. 234
PAGE, p. 205 n. 730
PANUCCIO DATTOLA, pp. 135 n. 502; 159 n. 600;
160 n. 604; 162 n. 608
PANZARINI, p. 179 n. 669
PARDOLESI, pp. 235; 179 n. 669; 270 n. 947
PERFETTI, p. 174 n. 654
PERLINGIERI, p. 156 n. 593, 594, 595
PERTILE, pp. 50 n. 128, 129; 54 n. 152; 55 n. 156
PHANG, p. 216 n. 770
PIETROBON, p. 80 n. 272
PINNA PARPAGLIA, pp. 26 n. 39; 29 n. 47; 31 n.
54
PINO, pp. 138 n. 515; 146 n. 554; 148 n. 560; 151 n.
574; 166 n. 620; 168 n. 632
PINTO MONTEIRO, pp. 188 n. 693; 194 n. 710;
195 n. 713
PLANIOL, p. 118 n. 430
POTHIER, pp. 75; 104; 122; 105 n. 360, 361, 362,
363; 122 n. 449; 147 n. 558
POWELL, p. 205 n. 730
PUFENDORF, pp. 63; 63 n. 194, 196
Gius. PUGLIESE, pp. 126 n. 458; 127 n. 463; 130 n.
470

R

RAAPE, p. 77 n. 252
RAGGI, p. 159 n. 602
REDENTI, pp. 131 n. 476; 163 n. 612
REGELSBERGER, p. 81 n. 275
RHODE, p. 77 n. 252
RICCOBONO, p. 149 n. 565

RIPERT, pp. 118 n. 430; 120 n. 436; 121 n. 440,
444; 277 n. 964
RODOTÀ, p. 191 n. 704
ROLLI, p. 133 n. 486
ROMANO, p. 159 n. 603
RONGA, p. 18 n. 7
ROPPO, pp. 80 n. 271; 134 n. 493; 140 n. 526
ROSETT, p. 224 n. 805
RUBINO, pp. 164 n. 616; 171 n. 647; 172 n. 649

S

SACCO, pp. 132 n. 484; 133 n. 485; 134 n. 493; 137
n. 511; 138 n. 519; 140 n. 526; 143 n. 539; 151 n.
571; 154 n. 583
SANTAGATA, p. 168 n. 629
SANTORO-PASSARELLI, p. 131 n. 476
SARGENTI, pp. 20 n. 11; 21 n. 19; 22 n. 22; 23 n.
26; 29 n. 50; 33 n. 63
SAUER, p. 162 n. 607
SAVATIER, p. 270 n. 947
SCALFI, p. 142 n. 536
SCHMITTHOFF, pp. 249; 250; 248 n. 874; 249 n.
875
SCHIPANI, pp. 201; 149 n. 565; 159 n. 601; 180 n.
676; 186 n. 688, 689; 197 n. 716; 201 n. 723; 202 n.
724
SCHUPFER, p. 55 n. 157
SCHULZ, pp. 18 n. 4; 51 n. 138
SCOGNAMIGLIO, pp. 77 n. 253; 80 n. 269; 139 n.
520; 143 n. 542; 150 n. 578; 164 n. 616
SCOZZAFAVA, p. 179 n. 669
SEAGER, pp. 26 n. 40; 27 n. 43
SEGRÈ, p. 130 n. 476
SEIDL, p. 256 n. 903
SILVA PEREIRA, p. 195 n. 713
SIMONETTO, p. 179 n. 669
SITZIA, pp. 35; 36; 28 n. 46; 29 n. 49; 30 n. 51; 34
n. 67; 36 n. 83
SOHM, p. 81 n. 276
SPEIDEL, p. 237 n. 840
STANNARD, p. 210 n. 751
STARCK, pp. 102 n. 350; 106 n. 369; 107 n. 379;
111 n. 395; 119 n. 433
STOECKER, pp. 254 n. 898; 255 n. 901
STOLFI, p. 152 n. 178
STRACCA, pp. 51 n. 136; 60 n. 181; 61 n. 183, 186;
62 n. 188

T

TAFARO, p. 30 n. 52
TALAMANCA, pp. 18 n. 4; 20 n. 12; 23 n. 28; 57 n.
165; 66 n. 206
TALLON, pp. 277 n. 963; 288 n. 1004
TAROLO, p. 151 n. 575
TARTAGLIA, pp. 71 n. 233; 73 n. 244; 131 n. 476;
135 n. 496; 140 n. 526; 146 n. 554; 150 n. 569; 155 n.
588

TERRANOVA, pp. 127 n. 460; 128 n. 466; 131 n. 476; 135 n. 497; 140 n. 526
TERRÉ, pp. 107 n. 377; 109 n. 384; 110 n. 391; 117 n. 425
THOMAS A., pp. 29 n. 46; 34 n. 67, 70
THOMAS J., p. 66 n. 206
TITOMANLIO, p. 174 n. 654
TORRENTE, pp. 151 n. 571; 182 n. 680
TRABUCCHI, p. 179 n. 669
TRAISCI, pp. 87 n. 300; 88 n. 304; 92 n. 320; 104 n. 358; 133 n. 490; 134 n. 494; 203 n. 725; 233 n. 832
TRAKMAN, p. 215 n. 768
TREITEL, pp. 207 n. 737; 211 n. 753; 216 n. 770; 221 n. 789; 222 n. 795
TRIMARCHI M., p. 179 n. 669
TRIMARCHI P., pp. 79 n. 268; 245 n. 865; 246 n. 868

U

ULMER, p. 89 n. 306

V

VACCA, pp. 38; 19 n. 9; 38 n. 88; 40 n. 96; 43 n. 109; 46 n. 118
VALENCIA ZEA, p. 188 n. 693
VERDROSS, p. 256 n. 903
VISINTINI, pp. 125 n. 453; 179 n. 669
VISKY, pp. 35; 33 n. 63; 34 n. 69; 35 n. 73; 36 n. 80
VISMARA, p. 53 n. 146
VOCI, p. 149 n. 565
VON MEHREN, p. 224 n. 800
VON TUHR, pp. 76 n. 252; 78 n. 259

W

WALT, p. 231 n. 825
WATSON, pp. 24 n. 30; 26 n. 40
WESTBERG, p. 267 n. 932
WHITE, pp. 229 n. 819; 230 n. 822; 232 n. 829; 241 n. 851; 243 n. 859
WILLINGSTON, p. 228 n. 818
WINDSCHEID, pp. 76; 77; 78; 82; 127; 296; 76 n. 252; 77 n. 252, 254, 255, 256; 79 n. 262; 81 n. 273; 82 n. 282
WLADIS, pp. 204 n. 727; 205 n. 730; 221 n. 789; 244 n. 863

Z

ZACCARIA, pp. 97 n. 341; 136 n. 506; 204 n. 727; 237 n. 840
ZACHARIAE, pp. 105 n. 360; 106 n. 365

ZANETTI, p. 181 n. 678
ZIMMERMANN, pp. 33; 18 n. 6; 27 n. 44; 29 n. 47; 33 n. 64; 34 n. 65; 35 n. 74; 36 n. 85; 92 n. 320; 160 n. 604; 277 n. 964
ZITELMANN, p. 248 n. 872
ZWEIGERT, pp. 73 n. 244; 78 n. 261; 81 n. 278; 82 n. 280; 117 n. 423; 207 n. 739; 208 n. 740; 209 n. 742; 211 n. 752

Índice de fuentes

Codex Theodosianus

4, 20, 1, p. 33

Digesta

4, 9, 1 pr., p. 41

4, 9, 1, 1, p. 41

4, 9, 1, 3, p. 41

4, 9, 1, 6, p. 42

4, 9, 1, 7, p. 42 n. 104

4, 9, 1, 8, p. 42

4, 9, 3 pr., p. 42 n. 107

4, 9, 3, 1, p. 43 n. 110

4, 9, 5 pr., pp. 42 n. 105; 43 n. 112

9, 2, 27, 29, p. 40

12, 4, 8, p. 136 n. 305

13, 6, 5, 7, p. 20

13, 7, 30, p. 20

14, 2, 10 pr., p. 45 n. 114

14, 2, 10, 1, p. 46 n. 119

18, 1, 6, p. 18

18, 5, 5, 2, pp. 18; 21 n. 19

18, 6, 8 pr., pp. 21; 22; 56

18, 6, 13, pp. 21; 57

18, 6, 15 pr., pp. 21; 57

19, 2, 13, 1, p. 46 n. 119

19, 2, 13, 5, p. 40

19, 2, 15, 2, pp. 20; 23; 30; 31; 34; 36; 48;
295

19, 2, 15, 3, p. 34

19, 2, 15, 4, p. 34

19, 2, 15, 5, pp. 34 ;35

19, 2, 15, 7, pp. 34; 35

19, 2, 19, 6, p. 28 n. 44

19, 2, 25, 6, pp. 36 n. 80; 57 n. 167

19, 2, 27 pr., p. 28 n. 44

19, 2, 30 pr., p. 28 n. 44

19, 2, 31, p. 20

19, 2, 33, pp. 21; 37; 40; 56; 62

19, 2, 34, p. 29 n. 46

19, 2, 36 pr., p. 17 n. 4

19, 2, 54, 1, p. 70

19, 2, 59, p. 39

19, 2, 60 pr., p. 28 n. 44

19, 2, 62, pp. 39; 40; 46

23, 3, 33, p. 18

46, 3, 38 pr., pp. 35; 136 n. 505

50, 8, 2, 7, pp. 27; 16 n. 1; 55 n. 158

50, 16, 77, p. 26 n. 39

50, 17, 10, p. 18

50, 17, 23, pp. 30; 75

Iustiniani institutiones

3, 23, 3, pp. 56; 62

3, 24, 5, p. 29 n. 48

Codex repetitae praelectionis

4, 48, 2, pp. 54; 22 n. 22

4, 48, 6, pp. 57 n. 164; 59 n. 177

4, 49, 12, p. 18

4, 65, 1, p. 29

4, 65, 8, pp. 34; 36; 35 n. 73 y 79

4, 65, 18, p. 35 n. 73

4, 65, 28, p. 30 n. 53

Scholae Basilicorum

20, 1, 15, 2, p. 31

20, 1, 15, 3; p. 31 n. 54

Siete Partidas

Partida V, tit. VIII ley XXII, p. 31

Decretum Gratianum

Causa XXII, *Quaestio* II C. 14, p. 69

Liber Extra

2. 24. 25, p. 69

Literarias

Cic. *Verr.* 4. 144, p. 28 n. 45

Cic., *De off.*, III, 25,94 y 95, p. 67

Col., *De re rust.*, 1. 7, 1, pp. 34 n. 66; 35 n. 75

Plin., *Nat. hist.*, 18, 69, pp. 34 n. 66 ; 35 n. 75

Plin., *Ep.*, 9, 37, 2-3, p. 35 n. 75

Sen., *De benef.* IV, 35,4 y 39,4, p. 67

Suet., *Claud.* 18, 2, p. 31

Bibliografía General

A

- E. ABATTI, *Teoría de la imprevisión. Novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214/02 y 320/02. La "acción directa por reajuste": su admisibilidad*, Astrea Ed., Buenos Aires, 2002.
- A. ALCIATO, *De Praesumptionibus*, en *Opera Omnia*, IV, Ed. Basileae, 1546-1550.
- A. ALEMAN MONTERREAL, *Arrendamiento de servicios en el derecho romano*, Universidad de Almería, 1996.
- A. ALTERINI, *Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship*, en *Roma e America*, 13 / 2002.
- G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1989.
- ALPA-DELFINO (a cura di), *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997.
- A. AMATUCCI, *Svalutazione monetaria, preoccupazione della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo degli interessi*, en *Foro it.*, 1986, I.
- L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, Napoli, 1992.
- ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, en *Riv. dir. civ.*, 1938.
- ANKUM, *Remissio mercedis* en RIDA s. III, 19 (1972).
- W. R. ANSON, *Law of Contract*, 27 ed., New York, 1998.
- P. H. ANTONMATTÉI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, 1992.
- M. ARIAS-SCHREIBER, *La exégesis del código civil peruano de 1984*, Lima, 1998.
- ARNDTS, *Trattato delle Pandette* (trad. it. F. Serafini), vol. III, Bologna, 1873.
- ARNÒ, *La Const. 2 Cod. 4, 48 nella <<Summa Perusina>>*, en *Arch. giur.*, 1902.
- M. ASCHERI, *Il diritto dal tardo impero romano all'alto medioevo*, Torino, 2007.
- M. ASCHERI, *Lezioni di storia del diritto nel medioevo*, Torino, 2007.
- M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, 2ª ed. ris., Torino, 2008.
- ASCOLI, *La guerra come causa de forza maggiore*, en *Riv. dir. civ.*, 1916.
- G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952.
- ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contracts*, Oxford, 1995.
- G. AVERANI, *Interpretationum iuris libri quinque*, IV, 26, Macerata, 1832.

AZONIS, *Summa*, rub. *De locato et conducto*, num. 35, Venetiis, 1584.

B

BALDI UBALDI, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria, doctissimorum hominum aliis omnibus hactenus impressis adnotationibus illustrata, necnon summarijs et indice ... exornata ... - Venetiis: apud haeredes Georgii Varisci*, 1615, fol. 59 a D. 12, 4, 8.

BALDI UBALDI, *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib. Summo studio & labore collatis vetustissimis exemplaribus innumeris prope mendis purgata - Adnotationibus insuper Doctissimorum Iurisconsultorum illustrata. Communes opiniones ab autore citatae hoc signo praenotantur. - Lugdvni*, 1585, a C. 4, 48, 6 pr.

BARSANTI, *Risolubilità del contratto a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto*, en *Arch. giur.*, 1899.

BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam ff. veteris partem. Cum adnotationibus Alex. Barb. Parisij, Claud. á Seissel. And. Poma. Ioan. Franc. Roue. atque aliorum...*- Venetiis: apud Iuntas, 1570 a D. 12, 4, 8.

M. BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, en *Riv. dir. civ.*, 1929.

B. BELOTTI, *Sulla legislazione commerciale di guerra*, en *Riv. dir. comm.*, 1915, I.

G. BELLANTUONO, voz *Uniform Commercial Code*, en *Digesto IV, Delle discipline priv.*, vol. XIX, Torino, 1999.

G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

BENEDETTO, voz <<Vendita>> (dir. inter.), en *NNDI XX*, 1975.

K. P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London-Boston, 1999

K. P. BERGER, *The New Law Merchant and the Global Marketplace, A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, en *The Practice of Transnational Law* (ed. by Berger), London-Boston, 2001.

K. P. BERGER, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003.

H. J. BERMAN, *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, en *2 Emory J. Int'l Disp. Res.*, 1988.

H. J. BERMAN, en *Fordham Int'l L.J.* (1995).

G. BERNARDI, *Sulla prova della quantificazione del danno da svalutazione monetaria*, en *Riv. dir. civ.*, 1984.

M. BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467, risoluzione per eccessiva onerosità, alea normale del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1979, II.

M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, (sec. ristampa) Milano, 1998.

- E. BESTA, *Fonti del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano sino ai tempi nostri*, 2° ed. ris., Milano, 1962.
- E. BETTI, *Sul significato di cocontrahere in Gaio e sulla classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, en *BIDR*, 25, 1912.
- E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria <<contrahere>> in giuristi proculiani e sabiniani*, en *BIDR*, 28, 1915.
- E. BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I.
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1933.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953.
- E. BETTI, *Problemi...*, en *Ius*, 1954.
- E. BETTI, <<Periculum>> *Problema del rischio contrattuale*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. I, Milano, 1956.
- E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (año académico 1957-58), ed. "Ricerche", Roma, 1958.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. sec. parte prima, Padova, 1962.
- E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione 2*, Milano, ristampa 1990.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile 5, la responsabilità*, Milano, 1997.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000.
- B. BIONDI, voz << Cessio bonorum >>, en *NNDI*, III, Torino, 1959.
- I. BIROCCHI, voz <<Rischio>> (dir. interm.), en *ED XL*, Milano, 1989.
- R. D. BISHOP, *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*, en *YCA* (1998).
- BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, 15th ed., 1809.
- A. BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin, Vahlen GmbH, 1964.
- G. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1998.
- E. BORENSZTEIN, E. LEVY YEYATI, U. PANIZZA (coordinadores), *Vivir con deuda. Cómo contener los riesgos del endeudamiento público. Progreso económico y social en América Latina. (Informe 2007)*, Banco Interamericano de Desarrollo – David Rockefeller Center for Latin American Studies- Harvard University, New York – Cambridge, 2007.
- M. BORJA SORIANO, *Teoria general de las obligaciones*, t. I, Porrúa, México, 1953.
- A. BOSELLI, *Eccessiva onerosità, compravendita di cosa futura, offerta di riduzione ad equità*, en *Giur. it.*, 1951, I.
- A. BOSSELI, voz <<Eccessiva onerosità>>, en *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1960.

- BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946.
- M. BRENONE, *La tecnica del responso serviano*, en *Labeo*, 1, 1970.
- BRUGI, *La presupposizione ed i criteri di interpretazione del contratto formulati negli artt. 1124 e 1131 c.c.*, en *Riv. dir. comm.*, 1907.
- BRUGI, *Impossibilità della prestazione e clausola rebus sic stantibus*, en *Riv. dir. comm.*, 1923, II.
- BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, en *Riv. it. fil. dir.*, 1923.
- M. BRUNETTI, *The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*, en *18 Arb. Int.*, 2002.
- BÜLOW, *Das Beständnissrecht*, Freiburg, 1899.
- N. BURGUNDI, *Commentarius de periculis et culpis in contractibus*, Combi & Lanov, Venetiis, 1664.
- J. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Perrot, Buenos Aires, 1997.

C

- P. CALAMANDREI, *Diritto ed equità nell'arbitrato*, en *Studi*, III, Padova, 1934.
- F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune* (ristampa), Milano 1970.
- R. CALDERA, *Deuda externa de América Latina: Desafío a los juristas*, en *Debito internazionale. Principi generali del diritto* (a cura de Sandro Schipani), Padova, 1995.
- C. W. CANARIS, en *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Basedow (ed.), 2000.
- C. W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, en *JZ*, 2001.
- C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano. I*, Milano, 1966.
- C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano*, Milano, 1969.
- C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, en *Iura*, 1992.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les Obligations*, 21ed. Paris, 1998.
- R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II Sec. a.C. – II Sec. d.C)*, Milano, 1995.
- R. CARDILLI, *<<Bona fides>> Tra storia e sistema*, Torino, 2004.
- R. CARDILLI, *Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2*, Napoli, 2006.
- E. O. CARDINI, *La teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, 1937.

F. CARRESI, *Sulla nozione di contratto ad esecuzione differita di cui all'art. 1467 cod. civ.*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, I.

F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirs. Cicu e Messineo), vol. XXI, t. II, Milano, 1987.

CARRIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1949.

CARUSI, voz <<Corretezza >>, en ED, X, Milano, 1962.

L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998.

S. CAPRIOLI, voz <Rescissione> (storia), en ED XXXIX, Milano, 1988.

V. M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

J. F. CHAMIE, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, en *Revista de derecho privado* 14 / 2008, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *Law of Contracts*, 13 ed., London, 1996.

CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1993.

S. CLAVIJO, *Política fiscal y Estado en Colombia*, Banco de la República, 1998.

A. COLIN - H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, II*, 10a ed., Paris, 1948.

A. L. CORBIN, *On contracts*, vol. 2, St. Paul (Minn.), 1989.

E. COSTA, *Locazione di cose nel diritto romano*, Edizione anastatica, Roma, 1966.

G. COTTINO, *Contratto estimatorio. Somministrazione*, en *Comm. cod. civ.* (a cura di Scialoja – Branca), Roma, 1970.

G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990.

D

D'AGOSTINO, *L'equità nella teoria generale del diritto*, en *Atti del VII Convegno*, Milano, 1975.

C. M. DA SILVA PEREIRA, *Lesão nos Contratos*, Forense Ed., Rio de Janeiro, 2001.

F. DAWSON, *The first Latin American debt crisis. The City of London and the 1822-25 loan bubble*, Yale Univ. Press, New Haven – London, 1990.

F. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, en 64 B.U.L Rev.

G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939.

I. DE FALCO, <<Diligentiam Praestare>> *Ricerche Sul'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli, 1991.

DE FRANCISCI, *Synallagma: storia e dottrina dei contratti cosiddetti contratti innominati*, Pavia, 1913.

- DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Neapoli: ex typographia Lucae Laurentii, 1758.
- DE MARCHI, *Risoluzione del mutuo per eccessiva onerosità sopravvenuta?*, en *Vita not.*, 1987.
- DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, en *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, vol. XVIII.
- DE MARTINI, *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi*, en *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II.
- DE ROBERTIS, *D. 19, 2, 31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, en *SDHI*, 31, 1965.
- DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.
- DEZALAY/GARTH, *Dealing in Virtue*, Chicago, 1996.
- A. DIAMOND, *Force Majeure and Frustration under International Sales Contracts*, en *Force Majeure and Frustration of Contracts* (ed. McKendrick), London, 1991.
- DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950.
- DI MATTEO, *Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law*, en *33 New Eng. L. Rew.*, 265, 1999.
- U. DRAETTA - R. LAKE, *Contrats internationaux. Pathologie et Rèmes*, Paris-Bruxelles, 1996.
- DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, vol. IX (trad. it. V. de Matteis), Napoli, 1850.
- DUSI, *Sulla clausola << rebus sic stantibus >>*, en *Riv. dir. comm.*, 1915, II.

E

- E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, en *Commentario del codice civile. Obbligazioni*, I, (dir. M. D'Amelio, E. Finzi), Firenze, 1947.

F

- R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, en *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1983.
- M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, 2004.
- R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, en *Daube Noster*, Edinburgh-London, 1974.
- FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIII, Paris, 1828.
- FERRARI, *Condizioni d'uso su piazza*, en *Contratto e impresa*, 1990.
- G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

G. B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Quadrimestre*, 1988.

G. FERNÁNDEZ, *La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia*, en *Anuario del derecho civil uruguayo (ADCU)*, XXXIV, 2004.

W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9. Aufl., Berlin-New York, 1997.

R. FIORI, *La definizione della Locatio-Conductio*, Napoli, 1999.

R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, en *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. Garofalo), Padova, 2006.

R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2006.

FISSIOTTI, *Adempimento totale di una delle prestazioni e risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, en *Foro it.*, 1957, IV.

FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894.

FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Paris, 2004.

W. FLUME, *Allgemein Teil des BGB*, vol. 2, Berlin, 1975.

FONTAINE, *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux*, en *Droit et Pratique du Commerce International* (1979).

FONTAINE, *Droit des Contrats Internationaux*, en *Forum Européen de la Communication* (1989).

P. FOUCHARD, *L'Arbitrage commercial international*, Paris, 1965

E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, 2^a ed., Boston-Toronto-London, 1990.

P. FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, en *Ius Romanum Medii Aevi*, Mediolani, 1974.

G

E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, en *Giur. it.*, 1986, I.

I. GALINDO GARFIAS, *Teoría general de los contratos*, Porrúa, México, 1996.

F. GALLO, *Onerosità sopravvenuta nei contratti di concessione di pubblici servizi dei comuni e delle provincie*, en *Foro it.*, 1981.

P. GALLO, *Deposito (diritto comparato)*, en *Digesto*, 4a ed. Torino, 1989, sez. Civ.

P. GALLO, voce *Restatement*, en *Digesto IV Delle discipline priv.*, vol. XVII, Torino, 1998.

F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino, 1996.

- P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.
- J. GAMARRA, *Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura universitaria, 2006.
- A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, en *Trattato di Diritto Comparato* (dir. Sacco), 2ª ed., Torino, 2002.
- A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1960, I.
- J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, en *Traité de droit civil* (dir. Ghestin), Paris, 1994.
- GIAMPICCOLO, voz << *Mutuo* >> (dir. priv.), en ED, XXVII, 1977.
- GIANNATTASIO, *L'appalto*, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, (dir. Cui – Messineo), XXIV, Milano, 1977.
- GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974.
- GIORDANO, *Eccessiva onerosità in materia di mutuo*, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III.
- M. GIORGIANNI, voz < *Causa* >, en ED, Milano, 1960.
- A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941.
- F. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, en *Foro it.*, 1960.
- F. GIRINO, *Brevi cenni sull'oggetto del presupposto* (nota a Cass., 19 febbraio 1960, n. 292), en *Foro padano*, 1961, I.
- F. GIRINO, *Su un caso di donazione e appunti in tema di presupposizione* (nota ad App. Milano, 15 luglio 1960), en *Riv. d. civ.*, 1962, II.
- A. GIUFFRÈ, *La c.d. <<lex Iulia>> de bonis cedendis*, en *Labeo* 18, 1972.
- B. GOLDMAN, *Frontières du Droit et lex mercatoria*, en *9 Archives de Philosophie du Droit*, 1964.
- B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, en *Clunet* (1979).
- B. GOLDMAN, *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, en *Festschrift Pierre Lalive*, Basel-Frankfurt a. M. 1993.
- GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage, eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.
- J. GORDLEY, *Impossibility and changed and unforeseen circumstances*, en *52 American Journal of Comparative Law*, (summer 2004).
- GORETTI, *Il valore delle massime d'equità*, en *Studi per Carnelutti*, I, Padova, 1950.
- G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.
- G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, en *Riv. dir. comm.*, 1956, I.
- P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004.
- G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, terza ed., Torino, 1963.

G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., Torino, 1965.

H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres In quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*: (Editionis anni 1939 quae Lugduni Batavorum emissa est exemplar photomechanice iteratum).

A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Tomo I, Napoli.

A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978.

J. GUZMÁN SANTIESTEBAN, *Derecho civil*, tomo II.

H

S. W. HALPERN, *Application of the doctrine of Commercial Impracticability*, en *135 Pennsylvania Law Review*, 1123 (1987).

HEUMANN / SEHEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, novena edición revisada, Gustav Fischer ed., Jena, 1926.

F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, Universidad Externado, Bogotá, 2002.

F. HINESTROSA, *Contratos preparatorios. El contrato de promesa*, en *Culturas y sistemas jurídicos comparados, Conferencia para el Congreso Internacional de derecho civil y romano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, D.F., 7-9 septiembre de 2005.

N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, en *181 Archiv.für die Civilistische Praxis* (1981)

N. HORN, *Introduction to The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 1984.

N. HORN, *Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in some European Laws and in International Laws*, en *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (N. Horn ed.), 1985.

U. HUBER, *Leistungsstörungen*, Band I, Tübingen, 1999.

I

B. INZITARI, *Limiti dell'ammissibilità della << relatio >> nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, en *Giur. it.*, 1984, I.

B. INZITARI, *Profili in tema di interessi*, en *Credito e moneta*, 1992.

J

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, 1930.

K

KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, en *Clunet* (1975).

M. KASER, *Periculum Locatoris* en *ZSS*, 74 (1957).

R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, en 3 *ZEuP* (1994).

N. KOULADIS, *Principles of Law Relating to International Trade*, New York, 2005.

P. KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als Virtueller Vorbehalt*, en *ACP*, 131, 1929.

L

O. LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, en 34 *Int'l. & Comp. L. Q.*, 1985.

O. LANDO, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, en *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston-London, 1991.

O. LANDO, *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, en *Arb. Int'l*, 2000.

E. LANGEN, *Transnationales Recht*, Heidelberg, 1981.

G. LA PIRA, *La personalità científica di Sesto Pedio*, en *BIDR*, 45, 1938.

K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., 1987.

K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, Beck, 1951=*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, (trad. Carlos Fernández Rodríguez), Granada, 2002.

C. LARROUMET, *Droit civil, III, Les obligations-Le contrat*, 4a ed., Paris, 1998.

F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil, II*, Bruxelles-Paris, 1881.

LAURIA, *Contractum, delictum, obligatio*, en *SDHI*, 4, 1938.

LEBOULANGER, *Remarques sur la règle dite d'ordre publique appliquée aux stipulations de garantie monétaire dans les contrats internationaux*, en *Clunet* (1963).

P. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, I, p. III *Le obbligazioni*, Milano, 1948.

O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs)*, en *ACP*, 74, 1889.

O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Akademische druck, Graz-Austria, 1960.

O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Scientia Verlag Aalen, 1985.

LESGUILLONS, *Frustration, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances*, en *J. Int'l Arb.*, 1986.

LEVY, *Après le tournant financier de 1958*, en *J.C.P.*, 1959.

LIPARI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell'inflazione*, en *Giust. civ.*, 1985, I.

- E. LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in *ACP*, 121, 1923.
- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^a ed., Dalloz, Paris, 2007.
- G. LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli, 1893.
- G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962.
- G. LONGO, *Disciplina giustiniana della locatio conductio*, en *Studi B. Biondi*, 2, 1965.
- G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, en *Studi in Onore di Vincenzo Arangio – Ruiz*
- G. LONGO, *Questioni esegetiche*, en *Studi Albertario I*
- M. LÓPEZ-AMOR, “*Receptum argentarii*”: *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*”, en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994.
- A. F. LOWENFELD, *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, en *Arb.Int'l*, 1990.
- K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato l'esempio della clausola rebus sic stantibus*, en *Roma e America* 8, 1999.
- G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano, 1938.

M

- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MCKENDRICK, *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2a Ed., London, 1995.
- D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milano, 1957.
- L. MAGGIO, *La epieikeia aristotelica y la equidad romana*, en *Prudentia iuris* 35 (1994).
- MALAURIE, *Les clauses monétaire stipulées dans un contrat international*, en *Clunet* (1966).
- L. MANFRED, *New law of obligations in Germany*, en *Ritsumeikan Law Review*, 20 (2003).
- M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003.
- F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis locati et conducti conventionibus in libros XXVII disperitae*, vol. I lib. I, tit. IX Genevae: Chouët M., 1861.
- A. R. MARIN ECHEVERRÍA, *La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación*, en *Roma e America*, 7 / 1999.
- MARONE, *Inadempimento dell'obbligazione e sopravvenienza*, Napoli, 1942.
- M. MARTINEK, *Die Lehre von den Neuhandlungspflichten - Bestandaufahme, Kritik und Ablehnung*, en *ACP*, 198, 1998.
- MARTINS COSTA, *A boa fe no direito privado*, Sao Paulo, 2000.

- F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, en *Riv. dir. civ.*, 1958.
- D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, en 40 *Am. J. Comp. L.*, 1992.
- MASSA, *Di presupposizione, oneri reali e corresponsività*, en *Foro it.*, 1987, I.
- G. MALYNES, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant*, London, 1629.
- H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, II, vol. I, Obligations-Théorie générale*, 8^a ed. Paris, 1991.
- D. MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, en *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Köln, 1979.
- D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7. Aufl., Heidelberg, 1997.
- J. MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.
- W. MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration*, en 1 *J.Int'l Arb.*, 1984.
- MÉNAGER, <<Nautum >> et <<receptum rem salvam fore >>, en *RHDE*, 38, 1960.
- L. MENGONI, *Recensione a Larenz*, en *Riv. dir. comm.*, 1953, I.
- L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^o ed., Milano, 1948.
- F. MESSINEO, voz <<Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento>>, en *ED*, X, 1962.
- H. MICHAELIS DE VASCONCELLOS, *Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag*, (1^a ed.) Heidelberg, 1988.
- O. MILELLA, <<Casus>> e <<vis maior>> in *Sen., Ben.*, 4.39.3.4; 7.16.3, en *Labeo* 33, 1987.
- MIQUEL, *Periculum Locatoris*, en *ZSS*, 81 (1964).
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, en *Comm. cod. civ.*, Torino, 1960.
- MIRABELLI, *La locazione*, en *Tratt. dir. civ.*, (dir. Vassalli), IV, Torino, 1972.
- MOLINEAUX, en *J. Int'l Arb.* No.1 (1997).
- I. MOLNAR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht*, en *IURA* 32 (1981).
- Th. MOMMSEN, *Comm. sul diritto delle obblig.* I, Brunswick, 1859.
- L. MORUZZI, L'eccessiva onerosità della prestazione, en *Temi*, 1954.
- MOSCARINI, *L'appalto*, en *Tratt. dir. civ.* (dir. Rescigno), XI, Torino, 1984.
- J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, (reimpresión) Rubinzal Culzoni Ed., Buenos Aires, 2003.
- J. MOURALIS, voz <<Imprévision>>, en *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, vol. VI, Paris, 1989.

J. E. MURRAY, *Murray on Contracts*, 3rd ed., Charlottesville, 1990.

M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, en *Arb. Int'l* (1988).

N

A. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited* (1995).

A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten*, Munich, 1994

M. NEME VILLARREAL, *Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*, en *Roma e America*, 21 / 2006.

NICOSIA, *La Responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, en *RISG* 92 (1957-1958).

R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, en *Foro it.*, 1946, I.

R. NICOLÒ, voz <<Alea>>, en *ED*, I, Milano, 1958.

J. NIDER, *Compendiosus tractatus de contractibus mercatorum* en *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium auctorum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, Ludgduni, 1610 reestampa, Bottega d'Erasmus 1971.

O

P. OERTMANN, *Doppelseitiger Irrtum*, en *ACP*, 117, 1913.

P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, W. School, 1921.

J. A. OCAMPO, *Historia económica de Colombia*, Fedesarrollo, Bogotá, 1987.

B. OPPEIT, *L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship*, en *Clunet* 101 (1974).

OPPO, *I contratti di durata*, en *Riv. dir. comm.*, 1943, I.

G. ORDOQUI CASTILLA, *Teoría de la imprevisión*, Antor Ed., Montevideo, 1986.

G. ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005.

OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, en *Riv. dir. comm.*, 1924, I.

OSILIA, *L'equità*, en *Foro pad.*, 1948, II.

OSILIA, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, en *Riv. dir. comm.*, 1959.

F. OSMAN, *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria*, Paris, 1992

G. OSTI, *La così detta clausola <<rebus sic stantibus>> nel suo sviluppo storico*, en *Riv. dir. civ.*, 1912.

G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, en *Riv. dir. civ.*, 1913.

G. OSTI, *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza*, en *Riv. dir. comm.*, 1916.

G. OSTI, *Revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione*, en *Riv. dir. civ.*, 1918.

G. OSTI, *Clausola "rebus sic stantibus"*, en *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959.

G. OSTI, *voz <<Contratto>>*, en *Noviss. dig. it.*, IV, 1959.

P

E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. IV, 5° ed., Firenze, 1926.

PACIONO, *de locatione et conductione*, Genova, 1689.

PAGE, *The Development of Impossibility of Performance*, *18 Mich. Law Review*, 1920.

F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990.

G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1985.

R. PARDOLESI, *Le Sezioni Unite su debiti di valuta ed inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio economico*, en *Foro it.*, 1986, I.

PERFETTI, *Rinegoziazione dei contratti pubblici e posizioni soggettive del privato*, en *Nuova rass.*, 1994.

P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di << cosa futura >>*, Napoli, 1962.

PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 1892-1903, ristampa, Bologna, 1965-66, IV.

A. PHANG, *Frustration in English Law – A reappraisal*, en *21 Anglo-American Law Review* (1995).

V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re, aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983.

A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952.

A. PINTO MONTEIRO, *Erro e teoria da imprevisão*, en *Il nuovo codice brasiliano*, Milano, 2003.

M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2eme ed., t. VI, Paris, 1952.

R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I y II, Chez Debure, Paris, 1764.

R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente en Oeuvres de Pothier*, tome II (M. Dupin), Nouvelle Édition, Pichon-Béchet, Paris, 1827.

J. J. POWELL, *Essay upon the Law of Contracts and Agreements*, New York-London, 1978 (restampa de la ed. 1790).

S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Apud Andream ab Hoogenhuysen, Amsterdam, 1688.

Gius. PUGLIESE, *Laesio superveniens*, en *Riv. dir. comm.*, 1925.

R

L. RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *ACP*, 150, 1938-1949.

RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, en *Studi in onore di Filangieri*, 1919.

REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947.

REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.

F. REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, Dunker und Humblot, 1893.

H. RHODE, *Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt*, en *ACP*, 124, 1925.

S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, en *Studi Bonfante*, I, 1930.

G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2eme ed. Paris, 1927.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1989.

R. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000.

ROMANO, voz << Principio di equità >>, en *ED*, XV, 1966.

G. RONGA, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1899.

V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

A. ROSETT, *Improving the Uniform Commercial Code*, Roma, 1997.

RUBINO, *Dell'appalto*, en *Comm. cod. civ.* (a cura di Scialoja – Branca), Roma, 1992.

S

R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c. c.*, en *Riv. dir. comm.*, 1948, II.

SACCO, *Il contratto*, en *Tratt. dir. civ. it.* (dir. Vasalli), Torino, 1975.

R. SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, t. II, Torino, 1993.

R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, en *Europa e diritto privato*, 2001.

SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali* (art. 1703 - 1709), en *Commenentario del codice civile* (a cura di Branca e Scialoja), 1985.

- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971.
- M. SARGENTI, voz <<rischio>> (dir. rom.), en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano 1989.
- SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, Berlin, 1951.
- SAVATIER, *La nouvelle législation des indexations*, en *Dalloz*, 1959.
- SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en *Riv. dir. civ.*, 1960.
- C. M. SCHMITTHOFF como *Sources of International Trade Law*, London, 1964.
- S. SCHIPANI, *Il contratto e il sistema giuridico latinoamericano*, en *Mélanges Fritz Sturm*, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, 1999.
- S. SCHIPANI, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- S. SCHIPANI, *Problemi giuridici del debito internazionale dei PVS*, Relazione svolta al Congresso organizzato dalle Conferenze Episcopali Europee, Roma, luglio 2003.
- S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 2004.
- SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Torino-Firenze, 1909.
- F. SCHULZ, *Principles of roman law*, Clarendon Press, Oxford, 1936.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Risoluzione del contratto di rendita vitalizia per svalutazione monetaria*, en *Foro Padano*, 1951, III.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., en *Trattato di diritto civile* vol. IV (dirs. Grosso-Santoro Passarelli), Milano, 1972.
- SCOZZAFAVA, *Il conto corrente bancario*, en *Tratt. dir. priv.* (dir. Rescigno), Torino, 1985.
- SEAGER, *of Vis and Weeds*, en *SDHI*, 31, 1965.
- G. SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato interno emessi in occasione della guerra*, en *Riv. dir. comm.*, 1915, I.
- I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Corporations in and under International Law*, Cambridge, 1987.
- C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil*, vol. I, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1998.
- SIMONETTO, voz <<Interessi>> (dir. civ.), en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII, Roma, 1989.
- F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, en *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978.
- R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, Dunker und Humblot, 1898.
- SPEIDEL, *The New Spirit of Contract*, en *2 J. L. & Comm.*, 193, 1982.
- J. E. STANNARD, *Frustrating delay*, en *46 The Modern Law Review* (1983).

B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, II, Les Contrats*, 6^a ed. Paris, 1998.

STOECKER, *The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Really Exist?*, en 7 *J. Int'l. Arb.*, 1990.

STOLFI, *Appunti sui contratti di durata*, en *Studi in memoria di B. Scorta*, Roma, 1940.

B. STRACCA, *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium auctorum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, Ludgduni, 1610 reestampa, Bottega d'Erasmus 1971.

T

S. TAFARO, *Regula e ius antiquum en D. 50, 17, 23*, Bari (1984).

M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, en *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie, 1978.

M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, en *Seminarios complutenses de derecho romano*, VII, Madrid, 1995.

D. TALLON, *Hardship*, en Hartkamp y otros, *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004

C. TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare, en Recesso e risoluzione nei contratti* (a cura di De Nova), Milano, 1994.

P. TARTAGLIA, voz <<onerosità eccessiva>>, en *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano 1980.

C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano 1995.

TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7a ed., Paris, 1999.

A. THOMAS, *Remissivo mercedis*, en *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, III, Milano, 1973.

J. THOMAS, *Words are tools, not masters*, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, I, Milano, 1982.

TITOMANLIO, *Rinegoziazione e congruità del prezzi nei lavori pubblici*, Roma, 1994.

A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, en *Riv. dir. comm.*, 1955, II.

A. TRABUCCHI, *La giurisprudenza di merito insiste sulla svalutazione come danno da mora*, en *Riv. dir. civ.*, 1980, II.

F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003.

L. E. TRAKMAN, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, en *46 Modern Law Review* (1983).

G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 1994.

G. H. TREITEL, *An outline of The Law of Contract*, 5a Ed., London, 1995.

M. TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1983.

P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1986.

P. TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law*, en *Internacional Review of Law & Economics*, 1991.

U

P. ULMER, *Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung*, en *ACP*, 174, 1974.

V

L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella 'locatio conductio'*, en *Iuris Vincula Studi in onore di Mario Talamanca VIII*, Napoli, 2000.

A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, tomo III, Temis, Bogotá, 1974.

A. VERDROSS-B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, (3^a ed.) Berlin, 1984.

G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, en *Tratt. dir. priv.*, vol. 9, Torino, 1984.

G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987.

K. VISKY, *Locazione e crisi economica del III secolo*, en *Studi Sanfilippo*, I

VISMARA, *La prassi giuridica altomedievale*, en *Labeo*, XXII, ,1976.

P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946.

A. T. VON MEHREN, *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Roma, 2000.

A.VON TUHR, *Irrtum über die Grundlage des Vertrages*, en *Leipziger Zeitschrift*, 15, 1921.

W

WALT, *Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability*, en *24 Indiana Law Review* 65 (1990).

WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, 1965.

J. A. WESTBERG, *International Transactions and Claims Involving Government Parties-Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal*, *International Law Institute*, Washington D.C., 1991.

M. J. WHITE, *Contract Breach And Contract Discharge*, en *17 Journal of Legal Studies* (1987/88).

WHITE - SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 4a ed., St. Paul, 1995.

S. WILLINGSTON, *On Contract*, 1^a ed. Rochester-New York, 1920.

B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1859.

B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1879 = *Diritto delle Pandette*, II (trad. it. Fada y Bensa), Torino 1904.

W. WLADIS, *Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, en 75 *Georgetown Law Journal*, 1987.

WLADIS, *Impracticability as Risk Allocation*, en 22 *Georgia Law Review*, 596 (1988).

Z

E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, en *Contratto e impresa* 2, Padova, 2006.

C. S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese* (trad. it. F. Fulvio), tomo I, Napoli, 1867.

C. de S. ZANETTI, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo, 2005.

R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, Oxford, 1996.

ZITELMANN, *Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung*, 1888.

K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 2: *Institutionen*, Tübingen, 1984 = *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti (E. Cigna [trad.]), Milano, 1995.