

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

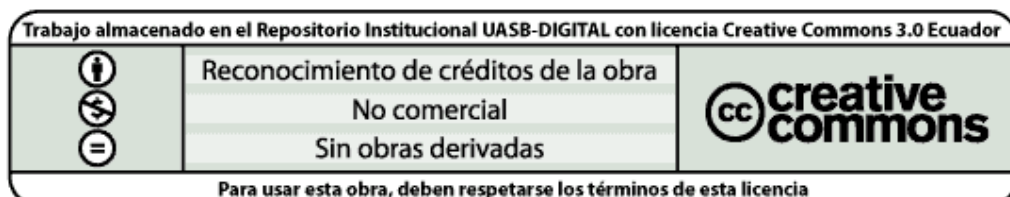
Programa de Doctorado en Derecho

**La cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo de  
distribución de riesgos**

**Autor:** Juan Carlos Mejía

**Tutor:** Francisco Oliva Blásquez

**Quito, 2015**



## Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Juan Carlos Mejía, autor de la tesis titulada “La cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo de distribución de riesgos”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctor en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales, electrónicos, digital, óptico, como usos en la red local y en internet.

2. Declaro que en el caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, tres ejemplares.

Fecha: 09 de octubre del 2016

## RESUMEN

La tesis denominada “La cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo de distribución de riesgos” quiere ser un trabajo cuyo objetivo sea mostrar cómo dicha cláusula ha mutado su naturaleza, para ello utilizaremos una de las lecturas posibles y únicamente respecto de un elemento fundamental en su configuración, esto es la distribución del riesgo. La lectura que proponemos es que coexisten dos situaciones, de una primera con predominio absoluto del *pacta sunt servanda* se ha pasado a una segunda situación en la que se ha adoptado mecanismos para permitir que las partes colaboren en la subsistencia del contrato.

El origen remoto del principio contenido en dicha cláusula es la obra de Aristóteles, en especial su concepción de la epiqueya y los actos mixtos expuesta en la *Ética a Nicómano*. A través del primer concepto, Aristóteles plantea que el árbitro o juez debería aplicar la equidad para moderar la ley, en especial en aquellos casos en que se delatan situaciones no contemplados en la misma, casos imprevistos. Cuando analiza los casos en que el hombre es imputable, plantea una excepción en relación a los actos mixtos, que son aquellos casos en los que se actúa con voluntad pero para evitar males mayores. Dentro de los actos mixtos, Aristóteles menciona el *topos* del capitán frente a la tempestad. En ese caso, el capitán, debe cumplir el contrato, pero ante un hecho imprevisible, irresistible, extraordinario y con el ánimo de salvar su vida y la de los demás pasajeros, está autorizado a echar por la borda la mercadería; al llegar a puerto si se prueba que actuó con *exactissima diligentia* puede distribuir la pérdida entre los contratantes.

El principio fue recogido en contratos como el que produce el alegato conocido como *Contra Lácrito* patrocinado por Demóstenes (siglo IV a.C.) y que fue consagrado en leyes como las de Efeso, dictadas con el afán de proteger a deudores con ocasión de una guerra contra Roma (95 a.C.).

De su parte, el Derecho romano muestra con claridad la *diferenciación* del concepto de distribución de riesgos ocasionados por un hecho imprevisible, irresistible y extraordinario que haga excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación; lo hace en los contratos consensuales y en especial cuando comenta lo que se conoce como el ánimo sereno del colono ante la tempestad, la devolución de la dote, el pago de la deuda a un hombre libre que ha devenido esclavo y la mencionada *lex rhodia*.

El principio fue también recogido por los postglosadores. En el siglo XIV, Bartolo di Sassoferrato, le da el nombre que ha llegado a nosotros pero es Grocio quien lo caracteriza como el principio que permite liberarse de un contrato cuando hubiesen cesado las circunstancias que llevaron a las partes a contratar.

Los códigos *ius naturalistas* alemanes recogen el principio pero en el siglo de las codificaciones desaparece, especialmente de Francia que se vuelve famosa por el rechazo a la adaptación de un contrato de 300 años de antigüedad, el célebre caso *Craponne* y que este año lo ha adoptado en una versión, *aggiornata*.

En las legislaciones modernas, es asumido a través de varios mecanismos y en todas ellas se le reconoce su capacidad para distribuir riesgos, incluso en la que afirma que cada cual soporta su carga.

Pero es en los Principios de UNIDROIT donde se reconoce su capacidad para permitir que el contrato subsista pues los mismos reconocen el principio *pacta sunt servanda* a la vez que obligan a las partes a colaborar con la subsistencia del contrato.

**PALABRAS CLAVES:** Contrato; Causas no imputables; hechos imprevisibles, irresistibles, extraordinarios; excesivo gravamen sobrevenido; distribución de riesgos; distribución de pérdidas.

Para Sarah, Paz, Mili y Paty.

## AGRADECIMIENTOS

La realización de este trabajo fue posible gracias al apoyo del Doctor Francisco Oliva, de la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla. Los aciertos de esta tesis fueron fruto de su gentil acompañamiento. Los yerros, que son muchos, solo le corresponden al autor.

De otro lado, he tenido el privilegio de tener maestros que me han guiado en el aprendizaje de la ciencia del derecho, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, el Dr. Edgar Terán Terán y el Dr. Ernesto López Freile quienes generosamente me guiaron en la tierra yerma que puede resultar, si descuidada, el afán por la jurisprudencia.

Finalmente, mi afectuoso agradecimiento a la Dra. Patricia Viillamarín, quien con sus comentarios precisos me ayudó a dar forma a este trabajo, no solo con su amplio y sagaz entendimiento de la ley y doctrina, sino con el apoyo y comprensión que solo la esposa puede brindar.

## Tabla de contenido

Capítulo Primero: De la Antigüedad al Medioevo .....	24
I. Los filósofos .....	24
I.I. Aristóteles y la epiqueya. ....	25
I.II. La espada y el loco de Cicerón.....	45
I.III. Los beneficios de Séneca.....	55
II. Los eventos sobrevenidos en el derecho griego.....	61
II.I Normas griegas en general .....	62
II.II. Demóstenes y la práctica legal griega. ....	64
II.III La distribución del riesgo en la legislación de Efesos .....	72
III. Los eventos sobrevenidos en el derecho romano.....	75
III.I Los pactos en la época arcaica: el <i>nexum</i> .....	78
III.II Los contratos incorporados por el <i>ius gentium</i> . ....	84
III.III El <i>solus consensus obligat</i> y la buena fe.....	89
III.IV La distribución del riesgo en los contratos consensuales. ....	92
III.V. El <i>periculum</i> .....	94
III.VI La <i>condicio</i> .....	102
III.VII. Casos concretos registrados de distribución de riesgos .....	109
IV.La distribución del riesgo en el derecho medieval. ....	121
IV.I. El principio <i>pacta sunt servanda</i> y el derecho canónico .....	121
IV.II. El cambio de circunstancias en Santo Tomás de Aquino .....	126
IV.III. Los códigos <i>ius naturalistas</i> .....	128
Capítulo Segundo: Jurisdicción y <i>rebus sic stantibus</i> .....	130
I. Las jurisdicciones anglosajonas .....	134
I.I. Diferencias conceptuales entre el Common Law y el Civil Law....	134
I.II. Inglaterra, la frustration of purpose .....	136
I.II.1 La relativización del principio de santidad de los contratos.....	139

I.II.2. Los coronation cases.....	141
I.II.3. Precisión conceptual.....	142
I.II.4 La frustration of purpose, test, efectos e ilegalidad sobrevenida.	143
I.II.5 <i>Frustration</i> e ilegalidad, la singularidad inglesa .....	145
I.II.6 Tipos generales de <i>frustration of purpose</i> .....	148
I.II.7 Los casos del Canal de Suez.....	152
I.II.8. Requisitos de aplicación y efectos.....	161
I.III. La jurisprudencia norteamericana. ....	167
I.III.1. Nota lingüística previa .....	168
I.III.2. La liberación del deudor por riesgos sobrevenidos.....	170
I.III.3. La legislación. ....	172
I.III.4. El <i>Second Restatement of Contracts</i> .....	173
I.III.5. El <i>Uniform Commercial Code</i> . ....	174
I.III.6. Distinciones previas .....	179
I.III.7. Los requisitos legales de la <i>impracticability</i> .....	184
I.III.8. Análisis jurisprudencial.- .....	212
I.III.9. Los <i>Crop failure cases</i> y otros. ....	224
I.III.10. <i>Frustration of Purpose</i> .....	234
I.III.11. Jurisprudencia sobre la <i>frustration of purpose</i> .....	238
I.III.12. Incremento o disminución excesiva de la prestación.....	245
II. Las jurisdicciones de <i>civil law</i> . ....	246
II.I. Francia y su <i>Code Cive</i> .....	246
II.I.1. La fuerza de los contratos.....	247
II.I.2. La doctrina francesa sobre las previsiones .....	248
II.I.3. La <i>force majeure</i> .....	251
II.I.4. Efectos del contrato. ....	255



II.I.5. Las previsiones extrínsecas en los contratos .....	257
II.I.6. ¿Soluciones alternativas?.....	265
II.I.7. La solución legislativa .....	267
II.I.8. Incidencia del principio de <i>bonne foi</i> .....	270
II.I.9 El proyecto <i>Catala</i> y la reforma de 2015 .....	277
II.I.10 La <i>thèorie de l'imprèvision</i> en el derecho administrativo.....	279
II.II. Alemania.....	285
II.II.1. La interferencia con la base negocial. ....	285
II.II.2 ¿Qué se reputa como <i>cambio fundamental</i> ?.....	286
II.II.3. Interferencia en la base negocial e imposibilidad .....	287
II.II.4. Antecedentes positivos y doctrinales del § 313 BGB. ....	290
II.II.5 La <i>Wegfall der Geschäftsgrundlage</i> . ....	298
II.II.6 La imposibilidad.....	299
II.II.7 <i>Condictio ob rem</i> .....	304
II.II.8. Interpretación complementaria de los contratos.....	305
II.II.9. La <i>Störung der Geschäftsgrundlage</i> .....	305
II.II.10. El papel de la jurisprudencia. ....	306
II.II.11. Los efectos de la <i>Störung der Geschäftsgrundlage</i> .....	308
II.III. Italia .....	309
II.III.1 La excesiva onerosidad sobrevenida.....	309
II.III.2. La <i>impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile</i> ....	315
II.III.4. La <i>impossibilità sopravvenuta parziale</i> .....	316
II.III.5 La <i>eccesiva onerosità sopravvenuta</i> .....	317
II.III.6. Los caracteres de la cláusula en el derecho italiano .....	320
II.III.7. Las obligaciones correlativas y el alea normal del contrato. ...	321
II.III.8. Consecuencias de la excesiva onerosidad sobrevenida. ....	327

II.IV. El caso sudamericano.- .....	330
II.V. La situación española. ....	350
II.V.1. El proyecto de ley español: consideraciones críticas. ....	350
II.V.2 Efectos del cambio de circunstancias.- .....	353
II.V.3. Distribución de riesgos.- .....	354
II.V.4 Una muestra de la reciente jurisprudencia española. ....	355
II.V.5. Crítica de la solución.- .....	360
Capítulo Tercero: La práctica internacional .....	366
I. Introducción .....	366
II. La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en el derecho internacional .....	367
III. El <i>hardship</i> en UNIDROIT .....	370
III.I Elementos del <i>hardship</i> .....	373
III.I.1. Cumplimiento obligatorio .....	374
III.I.2. Ocurrencia del <i>hardship</i> .....	375
III.I.3. Efectos del <i>hardship</i> .....	381
IV. La CISG .....	383
IV.I. ¿La CISG incorpora la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> ? .....	383
IV.II La sentencia <i>Scafom</i> de la Corte de Casación belga. ....	388
V. Los Principios de Derecho Contractual Europeo .....	394
VI. Las cláusulas de <i>hardship</i> en la ICC. ....	397
VII. La Excesiva onerosidad .....	399
VIII. El principio <i>favor debitoris</i> .....	405
IX. Contratos de largo plazo: el mecanismo de los Dispute Boards .....	406
X. Los contratos de largo plazo y su naturaleza especulativa. ....	411
XI. La inflación en particular .....	412
XII. El <i>hardship</i> en la práctica arbitral internacional .....	422

XII.I.Introducción: la inclusión de cláusulas de <i>hardship</i> .....	422
XII.II. Cláusula expresa en contratos de larga duración .....	423
XII.III.Casos en que no se establece de forma expresa dicha cláusula.	428
XIII. El deber de “renegociar” en casos de <i>hardship</i> .....	431
XIII.I. El fracaso de la renegociación por eventos sobrevenidos. ....	434
XIII.II. La injustificada negativa de renegociar. ....	435
XIII.III. La obligación de renegociar sin cláusula de renegociación....	436
XIII.IV. Después de la negociación exitosa, la cláusula RUFO .....	437
XIV. La adaptación del contrato. ....	438
Conclusiones.....	440
Bibliografía.....	450

La cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo de distribución de riesgos.

Introducción.-

Este trabajo tiene como marco referencial el estudio de los principios que regulan el conflicto entre la santidad de los contratos y la liberación contractual por eventos sobrevenidos no imputables a las partes.

En términos generales, cuando el incumplimiento del contrato es imputable al deudor, el acreedor tiene distintas herramientas a su disposición para satisfacer su derecho de crédito, entre ellas, la resolución del contrato o la indemnización; sin embargo, cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, sino a un evento sobrevenido, el mismo puede liberarse de sus obligaciones contractuales en determinadas circunstancias, o renegociarlas.

Ahora bien, cuando el incumplimiento responde a hechos que han hecho imposible, física o legalmente, la obligación, el deudor encuentra un mecanismo para excusarse del cumplimiento de la misma. Estos casos son conocidos como fuerza mayor o caso fortuito y liberan al deudor de su carga contractual.

Sucedo, de otro lado, que hechos posteriores a la suscripción del contrato, imprevistos, irresistibles, extraordinarios y no atribuibles al deudor, convierten la obligación no en imposible sino en *excesivamente onerosa*.

La doctrina y la jurisprudencia reconocen como excusas para el cumplimiento de la obligación los casos de fuerza mayor pues conceden a estos institutos el estatus de principios generales del derecho, anclados en la naturaleza misma de los contratos y practicados desde antiguo por la mayoría de naciones.

Sin embargo, en el caso de hechos sobrevenidos que no impidan sino que hagan sustancialmente más oneroso el cumplimiento de la obligación, la idea general es que el derecho no reconoce dichos casos como excusa para el cumplimiento de aquello que las partes libremente estatuyeron en su contrato o establecen normas para facilitar la colaboración entre las partes y permitir que el contrato subsista, dependiendo si el principio *pacta sunt servanda* se ha diferenciado en cada sistema o subsistema legal.

El objeto de este trabajo es demostrar que el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* ha mutado su naturaleza, se ha *diferenciado* en dos grandes episodios analizados en distintas jurisdicciones. El primero, en el que el principio

*pacta sunt servanda* rige de forma absoluta; y otro en el que ha adoptado mecanismos para permitir que las partes colaboren en la subsistencia del contrato.

i. La denominación del principio.-

A dicho principio lo denominaremos convencionalmente *rebus sic stantibus*. Es preciso, hacer una precisión respecto del lenguaje. Como señala acertadamente Nicholas Kasirer<sup>1</sup>, existe una suerte de desconfianza mutua entre los sistemas del *common law* y los del *civil law* respecto de este tema.

In Civil law jurisdictions, globalization cynics and champions of local legal ideas have observed this with a mix of sadness and suspicion and, quite understandably, some have accused the legal carpetbaggers in their own countries of having *perdu leur latin*.<sup>2</sup>

Esta aclaración es importante cuando se escribe sobre jurisdicciones extranjeras desde un país mestizo como Ecuador donde, como ocurre con todos los demás pueblos sobre la faz de la Tierra, adaptamos las lenguas a nuestras necesidades de comunicación y consecuentemente no somos dueños del castellano ni del quichua ni del inglés, lenguas que tienen propietarios institucionales y de las cuales, en Ecuador, no somos sino precarios comodatarios.

En este contexto, siguiendo la tendencia iniciada por Chengwei Liu<sup>3</sup>, utilizaremos el concepto general de *rebus sic stantibus* para referirnos al principio general contenido en las diversas denominaciones como *théorie de l'imprévision*, *excesiva onerositas superviniente*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *hardship*, *frustration of purpose*, e *impracticability*.

Esta práctica es similar a la usada en el ámbito del derecho no legislado, donde se prefirió el uso de la palabra *hardship*<sup>4</sup>, para ahuyentar la mala prensa que, hasta este año, tenía en algún país civilizado una doctrina como la de la *imprévision*<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Kasirer, Nicholas, "Lex-icographie mercatoria", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, No. 4, (Autumn, 1999), 653-676.

<sup>2</sup> Kasirer, *Ibid*, 653.

<sup>3</sup> Chengwei Liu, *Changed Contract Circumstances*, [2nd edition: Case annotated update (April 2005)], LL.M. of Renmin University of China; disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html>, consultada en octubre de 2014. Chengwei Liu utiliza la técnica de agrupar, tanto las nociones a nivel nacional como internacional, relativas a nuestro objeto de estudio bajo la frase de "cambio de circunstancias": "The term "change of circumstances" is used here to refer collectively to a host of different concepts, applied nationally and internationally, that deal with changes in the economic, legal and business realities underlying a contractual agreement." En el presente caso se prefiere el uso de *rebus sic stantibus* para referirnos al mismo objeto de estudio.

<sup>4</sup> Que en inglés significa sufrimiento o privación.

En esas circunstancias, es plausible compartir el criterio de Kasirer, de que se produce una pérdida de *elegantia juris*, un *affadissement* del lenguaje legal cuando se busca un lenguaje neutral y comprensivo del tema a tratar. De otro lado, también es importante la aclaración en tanto y cuanto, los distintos ordenamientos legales y sus jurisdicciones han recogido la posibilidad de revisión de los contratos afectados por eventos imprevistos, irresistibles, exteriores que provoque una excesiva onerosidad al momento de ejecutar las prestaciones debidas de formas similares pero distintas; una muestra de ello es justamente lo que ocurre con el sistema francés donde el término *révision* no tiene el mismo significado que en inglés (*revision*); en el derecho francés el término *révision* es definido como “la modificación del acto legal para que éste pueda ser adaptado a las circunstancias”<sup>6</sup>; consecuentemente, la traducción y consecuencias legales del instituto de la *rebus sic stantibus* son difíciles de traducir en cualquier idioma que se use; es por ello que varios autores, entre ellos Mekki, sugieren que la mejor aproximación al problema lingüístico es señalar que los diferentes sistemas legales sí han admitido mecanismos para mitigar la fuerza obligatoria de los contratos y cómo funcionan al interior de cada sistema<sup>7</sup>.

Finalmente, si bien la denominación *rebus sic stantibus* tiene su origen en el trabajo de los post glosadores y específicamente en Bartolo, es solo con Grocio que dicho instituto es reconocible en su forma actual, pues como veremos es gracias a él que contamos con una sistematización ilustrada de las previsiones que hicieron las partes al momento de contratar.

ii. El uso del principio *rebus sic stantibus*.

La pregunta sobre la licitud del incumplimiento de un contrato admite una serie de respuestas, muchas de ellas excluyentes entre sí. Un grupo de respuestas, que trataremos aquí, hace relación a la eventualidad de un hecho imprevisible y extraordinario que haga que el deudor pueda ser excusado del cumplimiento en caso de que el mismo le provoque un gravamen excesivo.

---

<sup>5</sup> Kasirer señala: “In the French text, for example, the descriptive turn of phrase “changement de circonstances” is preferred to “imprévision” in connection with the limited excuse from performance afforded a party where an unforeseeable post-contractual change in circumstances renders performance “excessively onerous”. Kasirer, *Ibid*, 661.

<sup>6</sup> Mekki, Mustapha, *Hardship and modification (or revision) of the contract*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1542511](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511).

<sup>7</sup> Mekki, *Ibid*, 2.

El escenario es el siguiente: el acreedor exige a su deudor el cumplimiento de una obligación; el deudor se excusa alegando que las circunstancias han cambiado, que el cumplimiento de la misma le resulta excesivamente oneroso y que pagar la deuda le puede llevar a la ruina. El acreedor insiste en el pago y acude ante un juez para exigir el cumplimiento de la obligación y el letrado, con fundamento en el principio *pacta sunt servanda* rechaza la excusa del deudor y ordena el pago; el deudor insiste y recurre a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas<sup>8</sup>. Les toca decidir a los jueces superiores.

Los jueces recurren a la legislación positiva, a la doctrina y a la jurisprudencia; en algunas las jurisdicciones<sup>9</sup> dicha excusa ha sido incorporada a la ley, sin embargo, la jurisprudencia que la acepta es escasa ya que los jueces imponen al deudor el cumplimiento de estándares muy elevados para otorgar el remedio conocido genéricamente y de antiguo como cláusula *rebus sic stantibus*.

La excusa fue usada por los deudores alemanes que en la República de Weimar se vieron imposibilitados de pagar sus deudas cuando la hiperinflación llevó a que el dólar americano se cotizase en un millón de marcos alemanes o que los trabajadores prefiriesen ganar un jornal y no un mensual por cuanto el valor de una hogaza de pan variaba de la mañana a la noche, literalmente. En esa época las cortes alemanas dictaron las primeras sentencias aceptando la excusa contenida en la *clausula rebus sic stantibus*.

Lo mismo ocurrió durante la crisis de la deuda latinoamericana en los años 80 cuando nuestros países arguyeron que la subida de los tipos de interés hacía imposible pagar una deuda obtenida a una tasa muy inferior años antes, cuando el precio de las materias primas era elevado y que un evento superviniente, imprevisto, extraordinario y sobre el cual no tenían control, como era la subida de los tipos de

---

<sup>8</sup> Así lo señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya que ordena a dicha Corte decidir conforme las fuentes del derecho internacional, una de las cuales se halla en “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, cfr. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php> , revisada en octubre 2015.

<sup>9</sup> Utilizaremos el término “jurisdicción” por considerarlo más útil al objetivo de este trabajo. Dejamos de lado la denominación “sistema legal” puesto que la evidencia muestra que en un mismo sistema, el de *civil law*, por ejemplo, existen aproximaciones opuestas y en constante evolución; respecto de la cláusula *rebus sic stantibus*, el derecho italiano y el español son distintos y de hecho son distintos no solo porque el italiano tiene incorporado a su legislación positiva el principio sino porque el español bebe de todas las fuentes y en consecuencia mezcla en un mismo concepto instituciones jurídicas de distinta naturaleza; otros sistemas, como el alemán han evolucionado no solo desde que incorporó el principio por las reformas del año 2000 al Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sino que además la jurisprudencia ha abandonado la aproximación italiana para acercarse a la inglesa.

interés en dólares, hacía imposible el pago pues el honrar dicha deuda equivaldría a la ruina de los países endeudados<sup>10</sup>.

A pesar del áurea de equidad que rodea esta excusa, especialmente en la forma en que fue alegada por alemanes y latinoamericanos, dicha cláusula no siempre estuvo del lado de la justicia. En la España franquista, el Tribunal Supremo de ese país aplicó el principio y aceptó la excusa en beneficio de empresarios afines al régimen del dictador y en la Italia de finales de los años 70, el Gobierno tuvo que intervenir para evitar una crisis generalizada provocada por la aplicación del principio en la crisis hipotecaria producida por la variación de la lira frente a los Derechos Especiales de Giro (DEG), una canasta de monedas usada en ese entonces y manejada por los bancos privados en sus relaciones con los deudores hipotecarios.

En el mercado del petróleo y de los minerales la excusa ha sido usada igualmente por aquellos países productores y empresas dedicadas a la explotación de esas materias primas o que en sus actividades usaban intensivamente combustibles o carbón. Y en la crisis energética de los años 70 *Eastern Airlines* solicitó la aplicación de la excusa para liberarse de un contrato de provisión de combustible suscrito con *Gulf Oil Company*, pero los jueces rechazaron la excusa con el argumento de que la compañía aérea debía conocer la volatilidad del precio del combustible, y por tanto negaron la aplicación del estándar de “incremento imprevisto de precios”.

Por otro lado, los países miembros de la OPEP, una vez que los precios del petróleo se desplomaron en los años 80, suscribieron acuerdos para la explotación de dichos productos con escenarios de precios bajos, reformaron sus leyes y concedieron concesiones para que se realizaran dichas explotaciones; el escenario duró entre quince y veinte años. Terminado el ciclo descendente, el petróleo y los *commodities* en general incrementaron sus precios. Los países productores que habían suscrito dichos contratos, los rompieron alegando la *clausula rebus sic stantibus* debido a que un evento imprevisto (la subida no esperada del precio del petróleo), extraordinario (un incremento desde los \$ 7 por barril en los años 80 a un precio de \$ 75 por barril a finales de los años 90) y sobre el cual no tenían control - puesto que el precio era determinado por el mercado internacional de petróleo-

---

<sup>10</sup> Por supuesto el problema de la deuda externa es mucho más complejo pero no es el lugar para explicar con mayor abundamiento el tema.



favorecía en exceso a las empresas petroleras y consideraron que era justo que los propietarios de esas materias primas compartieran esas ganancias extraordinarias.

Alegatos similares se presentaron en los Estados Unidos de América donde el Congreso norteamericano convocó en 2006 a las petroleras a sesiones especiales para analizar la posibilidad de establecer un *windfall tax* o impuesto a las ganancias extraordinarias obtenidas por el incremento del precio de petróleo y la probable colusión entre dichas empresas para empujar hacia arriba, el precio del oro negro.

En mercados cíclicos, como el de materias primas, el precio está sujeto a subidas y bajadas e incluso variaciones cíclicas, por lo que hay un gran número de jueces y una gran parte de la doctrina están de acuerdo en la imposibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* pues ocurre que frecuentemente una de las partes la alega para disimular las malas negociaciones o los malos acuerdos. Como veremos, el estándar fundamental para la aplicación de la cláusula es que el evento sea imprevisible, extraordinario y sin culpa por lo que conociendo el comportamiento histórico de esos mercados, es difícil alegar que una variación de precios, para arriba o para abajo, cíclica o contra cíclica, sea imprevisible. La diligencia requerida al gestor en este tipo de negocios le exige conocimientos de mercados sofisticados que requieren un grado mayor de cuidado y prudencia a la hora de celebrar contratos, la *exactissima diligentia*.

En casos de crisis económicas fundamentales, desastres naturales, cambios climáticos imprevistos e incluso rebeliones o guerras se acostumbra usar esta herramienta. Los fenómenos naturales, eran hasta hace poco, considerados como sujetos a periodos, estaciones, el cambio climático ha alterado esta percepción pues no es posible predecir las variaciones climáticas aunque existen sentencias y laudos arbitrales que niegan la excusa a productores de vegetales cuyas plantaciones se vieron afectados por el fenómeno de El Niño de los años 80, ya que ese evento climático era periódico y por tanto predecible, por lo que les correspondía a los productores tomar las providencias necesarias para honrar los contratos suscritos cuando sus plantaciones se hallan en zonas de riesgo.

De otro lado, si se revisa, mediante el uso de herramientas de libre acceso, como las de *Ngram Viewer*<sup>11</sup> y otras de la tecnología del *Big Data*, se puede acceder

---

<sup>11</sup> <https://books.google.com/ngrams>, es una herramienta que permite conocer el uso de una palabra en las publicaciones indexadas. Consultada en octubre de 2015.

en la actualidad a información antes inaccesible. Mediante el uso de la primera de dichas herramientas, podemos constatar la intuición de que el interés por la cláusula *rebus sic stantibus* renace inmediatamente después de periodos de guerra, crisis energética o crisis económicas fundamentales. Así ocurre con los libros o publicaciones posteriores a las guerras europeas, las crisis provocadas por la caídas o subidas de precios de petróleo o las quiebras de las bolsas de valores de los años 1929, 1990 o 2001.

El *Ngram Viewer* muestra que las palabras *rebus sic stantibus* aparecen publicadas en libros escritos en idioma inglés con fuerza en los años 30, 40, finales de los 50, 70, 80 y 90, coincidiendo con periodos de entreguerra o crisis energéticas o financieras. En cuanto a libros publicados en alemán y francés los resultados son similares mientras que en español, el pico de apariciones en publicaciones ocurre en los años 50 para conservar el patrón en los años 70 y 80<sup>12</sup>.

iii. El estándar.-

Analizaremos la cláusula *rebus sic stantibus* considerándola como la herramienta conceptual que permite que frente a un evento superviniente, imprevisto, extraordinario, fuera del control de la parte, que provoca que el cumplimiento de la obligación sea excesivamente oneroso para el deudor y la imposición de dicho gravamen le provoque ruina, se permita que las partes establezcan mecanismos para colaborar en la subsistencia del contrato.

Los diversos sistemas legales ponen mayor o menos énfasis en uno u otro elemento de este estándar pero todos los contemplan de un modo u otro porque en general, consideran que el principio de santidad de los contratos tiene aquí no un límite sino una diferenciación para su cumplimiento riguroso. Mekki llega a afirmar que no se trata de una excepción al principio de santidad de contratos sino de una adaptación del mismo al cambio de circunstancias: “(t)he modification of the contract in case of hardship would then not be considered as an exception to the

---

<sup>12</sup> La herramienta se halla disponible en Google y la búsqueda a las que nos referimos se hizo en inglés y en alemán: [https://books.google.com/ngrams/graph?content=rebus+sic+stantibus&year\\_start=1900&year\\_end=2000&corpus=15&smoothing=1&share=&direct\\_url=t1%3B%2Crebus%20sic%20stantibus%3B%2Cc0](https://books.google.com/ngrams/graph?content=rebus+sic+stantibus&year_start=1900&year_end=2000&corpus=15&smoothing=1&share=&direct_url=t1%3B%2Crebus%20sic%20stantibus%3B%2Cc0) consultada octubre 2015.

binding force of the contract but as a technique to adjust the contract precisely for the benefit of its binding force.”<sup>13</sup>

Definiremos el objetivo de la investigación así: demostrar que la cláusula *rebus sic stantibus* ha mutado su naturaleza, pasando, en una primera etapa, de ser una mera excepción al principio *pacta sunt servanda* a convertirse en una herramienta para la subsistencia del contrato.

En el capítulo I, analizaremos el contenido de la cláusula en la Antigüedad.-

En la primera parte del Capítulo I, mostraremos las razones por las que la literatura contemporánea considera que el origen de la cláusula *rebus sic stantibus* se lo puede hallar en la obra “De los beneficios” de Séneca y en “De los deberes” de Cicerón. Sin embargo, parece más plausible que haya sido Aristóteles en su “Ética a Nicómano” quien a través del uso del concepto de epiqueya se haya referido sistemáticamente a la distribución de riesgos por eventos sobrevenidos que hagan más oneroso el cumplimiento de una obligación.

Para explicar el concepto, Cicerón recurre al *topos* del loco y la espada; si bien es un lugar al que usualmente se recurre para explicar el concepto contenido en la cláusula, pues sirve para explicar por qué el depositario no está obligado a devolver la espada a un hombre que se vuelve loco, no es menos cierto que no parece que exista un cambio de circunstancias puesto que lo que cambia es el estado mental del acreedor que pierde la razón, y ese cambio se trata por una disciplina distinta, la incapacidad, no por la *rebus sic stantibus*. De otro lado, es Platón quien en su “La República” hace referencia por primera vez a este *topos*.

De otro lado, explicaremos que es el propio Séneca quien rehúsa aplicar el concepto contenido en la cláusula que nosotros denominamos *rebus sic stantibus*, cuando en su obra “De los beneficios” explica que las promesas de bienes gratuitos pueden ser incumplidas si cambian las circunstancias, pero que ese principio no se aplica a los contratos comerciales que por su naturaleza son onerosos ya que al tratarse de un deber moral y no legal no parecería aceptable el paralelismo con la excusa al incumplimiento de un contrato amparado por la ley.

Tanto “De los beneficios” de Séneca, como “De los deberes” de Cicerón, como la “Ética a Nicómano” de Aristóteles pertenecen a ese género de obras cuyo

---

<sup>13</sup> Mekki, *Ibíd*, 3.

objetivo es discutir cuales son las características que tiene que tener el buen ciudadano. En “De los beneficios” Séneca discute la distribución de los *beneficia* de los caballeros a otros caballeros u ciudadanos o plebeyos; mientras que en “De los deberes” Cicerón expone a su hijo Marco, los deberes de un buen ciudadano romano con la República, similar a lo que hace Aristóteles en la *Ética*<sup>14</sup>. En las tres obras, los autores reflexionan sobre la licitud del incumplimiento.

Parece más adecuado, en cambio, atribuir el origen del concepto contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* a la mano de Aristóteles cuando en su *Ética*, aplica el concepto de epiqueya a un evento no previsto, como una tempestad furiosa, que libera al capitán diligente y hábil de la obligación de devolver la mercadería, si, para salvar la nave, ha debido echar por la borda los bienes que le encargaron para transportar. Para Aristóteles, en ese caso imprevisto, el capitán no se libera de su obligación de entregar la mercadería sino que tiene la facultad de distribuir la pérdida entre los contratantes.

En la segunda parte de este capítulo analizaremos cómo los *synalagma* griegos conocían esta figura, para lo cual seguiremos el alegato que hace Demóstenes en un caso que defendió en el siglo IV a.C. Lo propio haremos al exponer una ley efesia que dictamina la forma en que se han de distribuir los riesgos de contratos de mutuo incumplidos a causa de una guerra.

En la tercera parte, revisaremos la forma en que el Derecho romano conoció la figura de la excesiva onerosidad superviniente. Aunque Zimmermann niega este hecho, Riccardo Cardilli demuestra con amplias citas del Digesto la existencia de dicha excusa. Recorriendo el Derecho romano y mostrando cómo en los contratos consensuales se utilizaba profusamente la *conditio* como un mecanismo para distribuir riesgos, mostraremos que las citas del Prof. Cardilli son adecuadas y sustentan el criterio de dicha existencia.

En la cuarta y última parte del primer capítulo, veremos que tanto en las glosas del Derecho Canónico como en la obra de Santo Tomás es posible encontrar la cláusula que se desarrolla hasta tomar su forma actual en *De iure belli ac pacis* de Grocio donde demuestra la necesidad de que en las relaciones internacionales se tenga en cuenta este requisito.

---

<sup>14</sup> No está claro quien es Nicómano, si un hijo o el editor de las obras de Aristóteles.

En el ámbito del derecho nacional, esta influencia se refleja especialmente en la redacción de algunos códigos de la región que hoy se conoce como Alemania, como el *Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis* y el *Allgemeines Landrecht*, que recogen la cláusula *rebus sic stantibus*.

En el segundo capítulo analizaremos las jurisdicciones nacionales, los instrumentos del llamado *soft law* y las prácticas de comercio internacional.

La influencia del *ius naturale* y la época de las codificaciones presenta una serie de retos para el legislador nacional. Uno de ellos es la presencia del dogma de la voluntad que atribuye un valor sagrado al acuerdo entre las partes.

El capítulo está dividido en tres partes; en la primera nos centraremos en el derecho anglosajón; en la segunda en el *civil law* para lo que hemos escogido breves referencias a las jurisdicciones alemana, francesa, española, italiana, brasileña, ecuatoriana, argentina y peruana.

Hemos escogido la legislación italiana por su antigua tradición en esta materia, la alemana por la reforma a su código civil que incorporó en el 2000 la figura de la cláusula *rebus sic stantibus* y por el importante cambio de tendencia en su jurisprudencia, apartándose de la línea italiana y aproximándose a la alemana.

Si bien España no cuenta con una legislación expresa sobre la cláusula, la reciente jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo y el proyecto de ley sobre la materia merecen la pena ser estudiados.

De Ecuador vale la pena mencionar que el principio tuvo reconocimiento constitucional en 1978 pero que la sentencia de 1981 que la presenta lo hizo de una forma minimalista y alejada de los estándares globales.

En el tercer capítulo, nos referiremos a la práctica internacional y en especial a los Principios de UNIDROIT, a la Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías de UNCITRAL y a los laudos arbitrales sobre esas materias. Estas recopilaciones de principios o normas de *soft law* resumen en la actualidad lo más acabado del pensamiento jurídico moderno y permiten tener un panorama general de la evolución de los principios generales del derecho. Sobre arbitraje de inversiones no haremos mayor referencia por cuanto los actores que participan en dichas controversias son estados y privados, introduciendo variables divergentes respecto de la perspectiva del derecho privado.

Una vez terminada la lectura de este trabajo podremos apreciar la forma en que la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido reconocida como un principio general del derecho por los principales ordenamientos jurídicos y observar el tránsito que ha tenido en dichos ordenamientos para pasar de ser una mera excepción al principio de santidad de los contratos a un mecanismo de distribución de riesgos que permite a las partes o a la jurisprudencia, distribuir la excesiva onerosidad sobrevenida ocurrida por un evento imprevisible e irresistible, lejos del control de las partes.

Quito, diciembre 2015.

## Capítulo Primero: De la Antigüedad al Medioevo

Este capítulo tiene cuatro partes y abarca la explicación dada sobre el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* desde el pensamiento filosófico de la Antigüedad, el derecho griego, el romano y el pensamiento teológico y legal del Medioevo.

La primera parte describe la forma en que filósofos griegos y romanos se ocuparon de responder a la pregunta ¿es lícito incumplir una obligación válidamente contraída? En esta primera parte, recorreremos el pensamiento de Aristóteles, Cicerón y Séneca y mostraremos por qué no es plausible que el origen de la excusa contenida en la cláusula *rebus sic stantibus* pueda ser atribuida a Cicerón o a Séneca; plantearemos que es más coherente con la tradición contractual occidental atribuir la explicación sistemática de dicho principio al pensamiento de Aristóteles.

En la segunda parte del capítulo mostraremos la forma en que operaban los antecedentes legales griegos que contienen el principio contenido la cláusula; para ello nos valdremos de normas legales atenienses y efesias así como de alegatos legales en los cuales Demóstenes se refiere al principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* y rechaza su aplicación en un caso determinado.

En la tercera parte analizaremos cómo la fuerza de los contratos romanos se diferencia, en cuanto al cumplimiento de la obligación, desde la posición severa que permitía tomar la vida del deudor *trastevere* hasta una concepción voluntarista del contrato de la cual se desprende la posibilidad de eximir al deudor del cumplimiento por eventos posteriores, imprevisibles y fuera de su control. Demostraremos cómo el derecho romano recurrió a la herramienta de la *conditio* para distribuir los riesgos.

En la parte final de este capítulo veremos cómo fue tratado el instituto en la pluma de Bartolo y Hugo Grocio y haremos referencia a otros filósofos, como Tomás de Aquino, que coadyuvarán a entender el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*.

### I. Los filósofos

A lo largo de los siglos, los filósofos preocupados por la naturaleza de las obligaciones adquiridas, han tratado de responder a esta pregunta: ¿es lícito

incumplir una obligación válidamente contraída cuando ha ocurrido un evento que la hace más onerosa? La pregunta, desde el punto de vista legal parecería incluir una serie de *imprecisiones*, una de ellas, que los abogados distinguen entre obligación y contrato siendo este uno de los mecanismos de contraer obligaciones pero no el único; otra aparente imprecisión haría referencia a la distinción entre legalidad, legitimidad y licitud, conceptos que rondan el pensamiento jurídico pero que en el plano conceptual manejado por los filósofos, hacen relación a un marco teórico no jurídico; finalmente, se debe tener en cuenta que la posición del filósofo en la Antigüedad era distinta a la actual, tanto Séneca como Cicerón además de desenvolverse en el ámbito de la reflexión filosófica eran destacados políticos y abogados litigantes, en consecuencia, el papel que desempeñaron en su tiempo difícilmente puede ser limitado al de filósofos, en el sentido contemporáneo y, en ciertas ocasiones, despectivo del término.

Con estas advertencias en mente, mostraremos la forma en que el gravamen producido por un hecho imprevisto era distribuido entre los contratantes; en el caso de Aristóteles a partir de la institución de la epiqueya, ilustraremos la forma en que se deberían distribuir los gravámenes producidos por un hecho imprevisto y no querido por el capitán de una nave que se enfrenta a una tempestad; en el caso de Cicerón respecto de un contrato de depósito, en el de Séneca de una obligación moral de los caballeros romanos.

## **I.I. Aristóteles y la epiqueya.**

*Mantén alejada la nave de este oleaje y de  
esta espuma  
Homero<sup>15</sup>*

La influencia de Aristóteles en el pensamiento jurídico occidental y en particular en la forma en que se han de distribuir los riesgos a raíz de la ocurrencia de un hecho que provoque un gravamen excesivo al momento de cumplir las obligaciones derivadas de un acuerdo de voluntades, se la puede observar en dos momentos. El primero de ellos es la inferencia que se puede hacer a partir de la

---

<sup>15</sup> Palabras atribuidas a Calipso por Aristóteles, aunque en la Odisea se las atribuye a Circe, Odisea, XII, 108-9, Aristóteles las usa en su *Ética a Nicómaco*, Libro segundo, 1109a, 30, para el efecto usamos esta edición: Aristóteles, *Ética a Nicómano*, Buenos Aires, Planeta-De Agostini, 1995, de donde obtuvimos la referencia.



concepción aristotélica de la *epieikeia* y el segundo, de un pasaje concreto de la *Ética a Nicómano* referido a la responsabilidad del capitán de una nave ante un hecho imprevisto.

No es objeto de este trabajo trazar la línea de la influencia aristotélica en el derecho contractual moderno, otros se han ocupado ya de mostrarla<sup>16</sup>; Stephen Smith, por ejemplo, al recorrer los diversos tipos de teorías contractuales, y en particular las teorías contractuales históricas, reconoce como una de las más influyentes aquella que se funda en el pensamiento de Aristóteles<sup>17</sup>. De otro lado, Gordley sostiene que la doctrina contractual moderna tiene su origen en un intento consciente de la escolástica tardía española (siglos XVI y XVII) de efectuar una síntesis entre los textos romanos justinianos y la teología moral de Santo Tomás de Aquino<sup>18</sup> quien, a su vez, logró una suerte de recapitulación entre la herencia griega que Aristóteles representaba y la tradición religiosa del Cristianismo<sup>19</sup>.

El texto que recoge la concepción aristotélica fundamental sobre el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* es la *Ética a Nicómano* (en adelante, la *Ética*). Recordemos que cuando nos refiramos a la ética de Aristóteles, lo haremos considerando dos circunstancias: a) se trata de relaciones entre hombres libres y

---

<sup>16</sup> Gordley, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, New York, Oxford University Press, 1991.

<sup>17</sup> Smith, Stephen, *Contract Theory*, Clarendon Law Series, Oxford University Press Inc., New York, 2004. No es el objeto de este trabajo controvertir esta hipótesis tampoco la de Gordley. Tanto Smith, desde el análisis de la teoría contractual como Gordley, desde su trabajo sobre la doctrina contractual, presentan una exposición ordenada de teorías y doctrinas contemporáneas que permiten tener una visión global sobre ambos problemas que presenta la facilidad además de proveer una sistematización sobre el origen racional de las diversas teorías y doctrinas que informan el derecho de contratos actual.

<sup>18</sup> Cfr. Gordley, *The philosophical origins*, 3

<sup>19</sup> Gordley, *Ibid.* La escolástica tardía española, conocida como “escuela española de derecho natural”, representada por Francisco de Vitoria, Luis de Molina, Domingo de Soto, entre otros, alcanzó tal influencia que sus sucesores, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y Jean Barbeyrac a su vez, incidieron en Jean Domat y Robert Pothier cuyos escritos condicionaron el Código Civil francés de 1804, al punto que algunos de los textos de Pothier fueron introducidos casi sin cambios en el mismo ; esta antigüedad puede provocar cierto estado de desconcierto: “Es sorprendente que nuestras doctrinas legales modernas hayan estado fundadas originalmente en ideas filosóficas descartadas tiempo atrás. Es también sorprendente que en todos estos años, no haya sido encontrado un sustituto adecuado para dichas ideas. Sin embargo, podemos entender la historia legal de Occidente, solo cuando comprendemos que esto es así. La ausencia de estas ideas se hacen sentir como la pérdida de un órgano removido de un cuerpo vivo. Los juristas han respondido de diversas maneras, en los siglos XVII y XVIII repitiendo doctrinas enmarcadas en la doctrina de Aristóteles aunque repudiando los principios que dieron a esos términos significación.....Por cerca de tres siglos y medio, sin embargo, uno de los más importantes hechos sobre la historia legal occidental parece fundarse en algo se ha perdido.”, Gordley, *Ibid.*

relativamente iguales entre sí<sup>20</sup>; y, b) su ética pertenece a las denominadas “éticas de la virtud” que centran la discusión en su naturaleza y en consecuencia, pretenden derivar derechos de la misma<sup>21</sup>; de allí que fundamentalmente la *Ética a Nicómano* sea: “...esencialmente una indagación sobre la naturaleza de la vida humana buena, y en especial de las virtudes que la integran. Su teoría de la justicia está formulada dentro de este marco general”<sup>22</sup>.

Desde ese punto de vista, Aristóteles distingue, en su *Ética*, dos tipos o clases de justicia, la justicia distributiva y la conmutativa: “En ese sentido llamamos justas a aquellas cosas que producen y aseguran felicidad o parte de la felicidad para la comunidad humana”<sup>23</sup>.

La justicia distributiva es la “...completa virtud o excelencia en relación con nuestro vecino...”<sup>24</sup>, vale decir como miembros de una comunidad; mientras que la justicia conmutativa hace relación a los beneficios individuales que uno debe recibir y las cargas que uno debe soportar, en nuestras relaciones más particulares.

Entre los beneficios que Aristóteles ubica en el ámbito de la justicia distributiva se encuentran los honores<sup>25</sup>; mientras que en el ámbito de la justicia conmutativa se destacan los bienes materiales y la seguridad<sup>26</sup>.

Dado el hecho de que Aristóteles se refiere a la “justicia distributiva” como una idea que hace relación a la buena vida de la comunidad en general, nos referiremos aquí únicamente al concepto de justicia conmutativa, por ser más apegado al objeto de este trabajo.

Al analizar la justicia conmutativa, lo primero que hace Aristóteles es distinguirla de la reciprocidad. En la *Ética a Nicómano*, 1132b, Aristóteles señala que: “Algunos piensan (...) que la reciprocidad es, sin calificación adicional “justa”...los pitagóricos definieron justicia incalificadamente como reciprocidad”

Pero, lo recíproco no siempre es justo. Aristóteles señala que cuando las relaciones entre las partes son jerárquicas o desiguales en alguna forma, la justicia no

---

<sup>20</sup> Johnston, David, *A brief history of justice*, Wiley – Blackwell, libro electrónico, loc. 1206.

<sup>21</sup> Sandel, Michael, Harvard University, *Justice*, iTunes, consultado el 8 de enero de 2012.

<sup>22</sup> Johnston, A brief history, Loc. 1206.

<sup>23</sup> Aristóteles, *Ética*, 1129b.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> Sandel, *Justice*.

<sup>26</sup> Johnston, A brief history, loc. 1220. Este autor señala que esa es la razón por la que se puede considerar que la justicia distributiva es similar a lo que se conoce como *rightness* que implica una conducta irreprochable.

toma la forma de reciprocidad: "...cuando las relaciones entre las partes son jerárquicas o desiguales de alguna forma, la justicia no toma la forma de reciprocidad, o más precisamente, no toma la forma de (lo que he llamado) reciprocidad balanceada, que implica la devolución de beneficios o perjuicios de igual valor que aquellos que uno ha recibido."<sup>27</sup>

Si bien Aristóteles no acepta que se identifique reciprocidad y justicia, no significa que se descarte la reciprocidad como fundamento de la justicia, Jhonston cita este párrafo de Aristóteles:

En asociaciones basadas en intercambios mutuos, el lazo de unión es este tipo de justicia, concretamente reciprocidad, conforme una proporción antes que una igualdad aritmética. De hecho es por una retribución proporcional que la ciudad se mantiene unida. La gente busca o pagar mal con mal (pues de otro modo se consideran reducidos a esclavos) o pagar bien con bien (pues de otro modo no existe retribución mutua que mantenga a los hombres juntos).<sup>28</sup>

En otras palabras "un intercambio será justo si las cosas intercambiadas están en relación con los méritos, deméritos o contribuciones de las partes al intercambio",<sup>29</sup> subrayándose de ese modo el parámetro de la proporcionalidad.

Cuando Aristóteles centra su atención en la justicia distributiva y correctiva, lo que parece tener en mente es la clase de justicia que es ocasionada por los actos propios de un agente: en el caso de la justicia distributiva, una persona o grupo de personas que tienen la responsabilidad por distribuir honores, bienes materiales, seguridad o similares; en el caso de la justicia correctiva, un juez o árbitro. *En el último caso, los actos propios de un agente son requeridos como asunto de justicia solo cuando las transacciones a las cuales se busca corrección, han sido injustas* (Énfasis añadido).<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Jhonston, *Ibíd.*, loc. 1253.

<sup>28</sup> Jhonston, *Ibíd.*

<sup>29</sup> Jhonston, *Ibíd.*, loc. 1261.

<sup>30</sup> Jhonston, *Ibíd.*, loc. 1369, 72. El texto en inglés dice como sigue: "When Aristotle focuses in distributive and corrective justice, what he seems to have in mind is the kind of justice that is effected by the self-conscious actions of an agent: in the case of distributive justice, some person or persons who have responsibility for distributing honors, material goods, security, or the like; in the case of corrective justice, a judge or an arbitrator. In the latter case, the self-conscious actions of an agent are required as a matter of justice only when the transactions for which correction is sought have been unjust."

### I.I.1. La epiqueya y los casos no previstos en la ley

Por ello, la función fundamental de la justicia conmutativa en Aristóteles es corregir esas acciones injustas. Para ello, analiza los actos justos e injustos; los actos justos, pueden, por lo general, estar enunciados en leyes; mientras que clasifica los actos injustos de este modo:

1. los que tienen que ver con el máximo grado de excelencia o maldad<sup>31</sup>.
2. los casos no previstos por la ley particular y escrita.

Para reflexionar sobre el impacto de los mismos en la justicia conmutativa, Aristóteles se vale aquí de su concepto de “*epieikeia*”. La epiqueya (*epieikeia*) para Aristóteles es la “aplicación del buen sentido del juez cuando juzga un caso particular no ha sido previsto por un principio legal general”. La razón de esa falta de previsión la explica de la siguiente manera:

Ello ocurre a veces a sabiendas de los legisladores; otras sin ellos quererlo. Sin ellos quererlo cuando se les ha pasado inadvertido; a sabiendas, cuando no logran definirlo y les es forzoso hablar con generalidad de lo que sólo es aplicable a la mayoría de casos. O también en lo que no es fácil de definir por haber una infinitud de casos, por ejemplo el tamaño y la clase de hierro con el que se puede herir, pues requeriría de una vida enumerarlos.<sup>32</sup>

Como veremos posteriormente, Santo Tomás utiliza el mismo argumento cuando distingue los contratos que deben ser cumplidos de aquellos que no deben serlo por haber sido afectados por un hecho no previsto por las partes.

En la mentalidad aristotélica y muy corrientemente en la contemporánea, los casos que los legisladores pueden definir son limitados, pues el conocimiento y la mente humana, no son capaces de abarcar la totalidad de los mismos, de allí que cuando se trate de casos infinitos sobre los que se requiera discurrir, es preciso hacerlo de forma general siempre utilizando la razón para poder llegar a ese caso particular:

Y es que entran en la consideración de razonables los actos en que puede caber la indulgencia, y *no pueden considerarse las faltas de igual modo que los delitos*, ni

---

<sup>31</sup> Sobre esos casos recaen: “...censuras o alabanzas, desprestigios u honores y privilegios, como son el agradecimiento a quien hace un beneficio (tema que será tratado por Séneca. N. del A.), corresponden a favores con otros, ser servicial para los amigos y cosas por el estilo...” Aristóteles, *Ibíd*, 126, 1374, a.

<sup>32</sup> Aristóteles, *Ibíd.*, 126, 1374, a.

tampoco los casos de mala suerte, *pues son casos de mala suerte los imprevisibles y que no obedecen a la maldad*; faltas, las que no son imprevisibles pero tampoco obedecen a la maldad; y delitos, los que tampoco son imprevisibles pero sí obedecen a la maldad....(T)ambién es razonable tener indulgencia con las debilidades humanas y no atender a la ley sino al legislador, no al acto sino a la intención; no a la parte sino al todo; no a cómo alguien es en ese momento sino a cómo ha sido siempre o en la mayoría de los casos. Igualmente atender más a los bienes que se ha recibido más que a los males, y a los beneficios que se han hecho más que a los que se han recibido.” (Énfasis añadido)<sup>33</sup>.

Con lo que Aristóteles introduce el tema de lo razonable como herramienta para separar aquellos casos en que lo no previsto entra en consideración de la falta, es decir, lo carente de virtud, pues en su pensamiento no es posible separar el carácter (como depósito y agente de la virtud) de la razón práctica (aquella cuyos usos y destrezas que pretende exponer en la “Retórica”)

La no separación entre carácter y razón práctica es, con frecuencia, inadecuadamente apreciada por los lectores de la *Ética a Nicómano*. La razón puede ser la propia clasificación aristotélica de virtud (*aretè*) en carácter (*èthikès*) e intelecto (*dianoèthikès*)...ya que ‘no es posible ser completamente bueno sin tener una sabiduría práctica, ni prácticamente sabio sin tener excelencia de carácter.’<sup>34</sup>

En consecuencia, la razón práctica puede ser entendida como un *aparato de percepción*<sup>35</sup>. En la “Retórica”, el Estagirita alerta sobre un uso excesivamente riguroso de la ley ya que como advierten estudios contemporáneos como los de Jacqueline de Romilly<sup>36</sup>, es difícil pasar por alto la enorme importancia que le daban los atenienses a la ley escrita de la que tenían un gran conocimiento sobre sus diferentes tipos, los casos que se tramitaban, los procedimientos, procesos, etc. Por ello, como señala Nancy Sherman, para Aristóteles, el objetivo de ese procesalismo legal era el de establecer la imparcialidad a través del ejercicio de una razón impersonal<sup>37</sup> como garantía a la ciudadanía en general; sin embargo ese “impersonalismo” no crea una ley rígida sino que establece una *razón activa* y en curso, ya que lo que importa es el mejor juicio de quienes aplican la ley, de allí la

---

<sup>33</sup> Aristóteles, *Ibíd.*, 126, 1374, b.

<sup>34</sup> Sherman, Nancy, *The fabric of character. Aristotle's theory of virtue*, Clarendon, Paperbacks, libro electrónico, 5, Loc. 115.

<sup>35</sup> Cfr. Sherman, *Ibíd.*, 13, loc. 190.

<sup>36</sup> Romilly, Jacqueline, *La Ley en la Grecia Clásica*, Buenos Aires, Biblos, 2004.

<sup>37</sup> Sherman, *Ibíd.*, 14, loc. 201.

importancia del concepto de justicia conmutativa: “Pero la ley, al educar acertadamente a los gobernantes, los dota para juzgar y administrar las demás cosas con criterio más justo. Y aún permite que se rectifiquen las medidas que, al experimentarla, parezcan mejor que las que hay.”<sup>38</sup>

### I.I.2. El caso universal y las circunstancias no previstas

De allí que el papel fundamental del juez o del árbitro que conoce un caso no es aplicar de forma rígida la ley sino más bien, hacerlo conforme a lo que Aristóteles define como epiqueya, es decir, “lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley sino como una corrección de la justicia legal”<sup>39</sup>, por lo que, como se señaló anteriormente, al ser la ley necesariamente universal hay casos que no pueden ser tratados *universalmente*, ya que la ley acepta lo más corriente, “sin ignorar que hay algún error”<sup>40</sup>, por ende:

*...cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la norma universal, entonces está bien, en la medida que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esa corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido...”*(Énfasis añadido)<sup>41</sup>.

En definitiva, Aristóteles considera lo equitativo como “una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta”, es decir, la no completitud de la ley es una consecuencia de su propia razón de ser, la universalidad. Al ser la ley universal, se precisa obligatoriamente referirse a los casos individuales:

Hablar legalmente (*nomikōs*) es hablar de tipos generales (*tous tupous*) dejando de lado para consideraciones adicionales un más preciso tratamiento de casos individuales (*kath' hekaston akribologian*)<sup>42</sup>

Por tanto, como afirma Sherman, la equidad, no es una muestra de la debilidad de la ley (derivada de su rigurosidad) sino más bien, una reflejo del espíritu de la misma. Aristóteles cita varias razones para la existencia de la equidad como suplemento de la ley:

---

<sup>38</sup> Aristóteles, *Política*, *Ibíd.*, 154. 1278 a. Citado por Sherman, *Ibíd.*

<sup>39</sup> Aristóteles, *Ética*, 1137 b.

<sup>40</sup> Aristóteles, *Ibíd.*

<sup>41</sup> Aristóteles, *Ibíd.*

<sup>42</sup> Sherman, *Ibíd.*, loc. 213.

1. La ley es esencialmente incompleta, ninguna enumeración, sin importar cuan imaginativa sea puede ser comprensiva de los hechos de la realidad.
2. Al juzgar la aplicabilidad de la ley a un caso dado, se debe determinar la intención del legislador.
3. En otros casos, la equidad debe ir más allá de las intenciones del legislador.
4. Cuando no exista una ley aplicable al caso, la epiqueya debe emitirse mediante un *psephisma*, es decir, decreto<sup>43</sup> que solo se refiere a ese caso y no determinan reglas para otros casos, a diferencia de la ley.

Aristóteles subraya el papel de la prudencia en esos casos:

De la prudencia relativa a la ciudad, una parte, por así decirlo, arquitectónica, es legislativa, mientras que la otra, que está en relación con lo particular, tiene el nombre común de prudencia política. Esta es práctica y deliberativa. *El decreto es lo práctico en extremo*; por eso, solo los empeñados en tales acciones son llamados políticos, pues solo ellos actúan como obreros manuales.<sup>44</sup> (Énfasis añadido).

Por eso, el efecto de la equidad, conforme señala Sherman, no es otro sino “restaurar la acción a sus motivos y contexto originales”<sup>45</sup> pues el motivo de la equidad es conocer claramente el caso y sus circunstancias:

...determinar responsabilidades<sup>46</sup> depende de una mayor, antes que menor, consideración de las circunstancias de la acción; este es un aspecto del juzgamiento simpatético. Coacción, presión, ignorancia de los particulares, consecuencias no previstas, todas puedan conspirar para limitar la adscripción de responsabilidades....*Una más completa consideración de circunstancias y motivos pueden revelar, por ejemplo, que un agente, al tomar una decisión voluntaria previendo consecuencias dañinas, no es por lo mismo completamente culpable, si la elección fue hecha bajo coacción “bajo condiciones que superan la naturaleza humana y ninguno podría soportar.”* (Énfasis añadido).<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Sherman señala que el *psephisma* es literalmente una votación (por guijarros), que era el método que usaban las asambleas y las cortes para decidir en ciertos casos.

<sup>44</sup> Aristóteles, *Ética*, pag. 159, 1141 b.

<sup>45</sup> Sherman, *Ibíd.*, pag. 19, loc. 248.

<sup>46</sup> Muy similar a las modernas teorías de la “distribución del riesgo” (allocation of the risk) como veremos más adelante.

<sup>47</sup> Sherman, *Ibíd.*

Aristóteles establece la necesidad de corregir las transacciones que resulten ser injustas; el hecho de que describa la epiqueya como instrumental para llevar adelante esa corrección a través de la justicia conmutativa o correctiva, no hace sino fortalecer el hecho de que desde el punto de vista de Aristóteles, es posible corregir los actos que devienen injustos por eventos sobrevenidos.

Para analizar si efectivamente, una vez sobrevenidos esos eventos, el agente tomó una decisión voluntaria previniendo consecuencias dañinas, derivadas de condiciones que superen la naturaleza humana y ninguno podría soportar, se deben tomar en consideración, si los actos fueron voluntarios o no y, si tuvieron origen en accidentes o errores de juicio ya que mientras en este caso el agente puede ser responsable por negligencia, en el caso de meros accidentes, no es posible afirmar si los mismos fueron posibles de ser previstos<sup>48</sup>; como no es posible determinar el carácter de los agentes (es decir los motivos que indujeron a tal o cual agente a actuar de tal o cual forma) es posible que las instancias judiciales sean en extremo duras para poder solucionar este tipo de circunstancias y por ende, que se pueda decidir en equidad, conforme la definición antes señalada.

Lo que Aristóteles recomienda en estos casos es que se recurra a instancias menos formalistas que el litigio judicial<sup>49</sup>, y en interés de la equidad requiere que resolvamos una disputa más por discusión que por actos por lo que prefiere el arbitraje (*diaitan*) sobre el litigio (*dikèn*), ya que un árbitro actúa por equidad en cada caso mientras que un jurado lo hace por la ley estricta (*tón nomon*); esa es la razón por la cual el arbitraje fue inventado, con el objeto de dar pleno peso a las consideraciones de equidad.<sup>50</sup>

Aristóteles da plena explicación del origen de los árbitros en su “Constitución de los Atenienses”<sup>51</sup> donde explica la forma en que eran elegidos y el procedimiento que ejecutaban; en ese contexto, Aristóteles tiene en mente un proceso de arreglo que envuelva reconciliación antes que oposición de adversarios y, discusión abierta

---

<sup>48</sup> Sherman, *Ibíd.*

<sup>49</sup> Sherman, *Ibíd.*, 20, loc. 259.

<sup>50</sup> Citado por Sherman, *Ibíd.* La cita original está en Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Alianza Editoria, 2005, 126. Aunque la traducción de esta obra difiere un poco de la hecha por Sherman, que es suya propia. En la obra disponible en español, se dice: “Y también ser paciente cuando se es víctima de un delito y preferir solucionar la cuestión más de palabra que de obra, así como preferir someterse a un arbitraje que a un juicio, pues el arbitrador atiende a lo razonable, y el juez, a la ley y fue precisamente por eso por lo que se llegó al hallazgo del arbitrador, para que predomine lo razonable.”

<sup>51</sup> Aristotele, *La Costituzione degli Ateniesi*, Milano, Mondadori, 1991,



(*logos*), antes que comprobación de hechos (*ergon*): “(a)quí Aristóteles nos dice que el arbitraje, a diferencia del litigio, involucra el conferenciar y dialogar de los jurados que deliberan entre sí antes de votar. El resultado es un veredicto cualificado que renegocia la demanda original del actor.”<sup>52</sup>

Queda claro, entonces, que la solución de los casos no previstos por la ley y que las partes no pudieron prever en sus contratos, pueden ser resueltos a través de la equidad, es decir, con la participación de árbitros cuyo veredicto renegocia la demanda original del actor, que, como veremos es la solución que han tomado las legislaciones europeas en el caso de la *rebus sic stantibus*, al menos en una primera parte del proceso.

### **I.I.3. Acciones imputables, acciones voluntarias y acciones mixtas**

Considerando que la epiqueya es aplicada por jueces o árbitros en equidad con la finalidad de corregir situaciones injustas derivadas de eventos sobrevenidos no previstos por los legisladores, es necesario analizar la forma en que Aristóteles recomienda se comprendan dichos casos en su relación con el agente que sufre dichos eventos sobrevenidos. Para ello explicaremos la relación entre acciones imputables y no imputables así como de sus circunstancias<sup>53</sup>, luego entre actos voluntarios, involuntarios y actos mixtos y finalmente describiremos el *topos* del capitán frente a la tempestad para explicar por qué y cómo el capitán distribuye las pérdidas en caso de eventos no sobrevenidos.

Los actos imputables son los actos que el actor elige hacer y en consecuencia son atribuibles a esa persona: “En cuanto a aquellas (acciones) que se deben a quien las hace y de las que por tanto ellos mismo son responsables, unas se hacen por costumbre; otras por satisfacer un deseo.”<sup>54</sup> Las acciones que se hacen por satisfacer un deseo, se distinguen en dos, las que responden a un deseo racional y las que responden a un deseo irracional. El primero, el deseo racional, es una elección

---

<sup>52</sup> Sherman, *Ibíd.*, 22, loc. 277.

<sup>53</sup> “...Una más completa consideración de circunstancias y motivos pueden revelar, por ejemplo, que un agente, al tomar una decisión voluntaria previendo consecuencias dañinas, no es por lo mismo completamente culpable, si la elección fue hecha bajo coacción “bajo condiciones que superan la naturaleza humana y ninguno podría soportar...” En Sherman, *Ibíd.*

<sup>54</sup> Aristóteles, *Ibíd.*, 105, 1369, a.

deliberada y “la elección deliberada es deseo de lo bueno (pues nadie desea algo más que cuando cree que es bueno).”<sup>55</sup>

Las acciones no imputables son clasificadas de la siguiente forma:

De las no imputables a quien las hace, unas tienen lugar por azar; otras por necesidad. Y de las que se hacen por necesidad, unas por coacción, otras por naturaleza, de suerte que todas las que se hacen sin que sea imputable a sus autores, o son por azar, o son por naturaleza o son por coacción.<sup>56</sup>

Por ello, concluye Aristóteles, “lo que se hace” tiene necesariamente siete causas, por azar, por naturaleza, por coacción, por costumbre, por cálculo, por cólera y por pasión<sup>57</sup>.

Nos referiremos brevemente tanto a las acciones que no se pueden imputar al agente por derivar del azar, la naturaleza y la coacción como a las que son imputables al actor, como el cálculo. “Son productos del azar todos los acontecimientos cuya causa es indeterminada, no suceden con un propósito ni siempre ni la mayoría de las veces ni en un orden determinado.” Los “acontecimientos cuya causa es indeterminada” tienen su origen en la naturaleza, son aquellos “cuya causa reside en sí mismos y suceden en un orden determinado”<sup>58</sup>, en cuanto a lo que sucede contra natura, Aristóteles asume que suceden por azar.

De otro lado, son productos de la coacción los que suceden “contra el deseo o los propósitos de quienes los hacen”; y, finalmente, se deben al cálculo, “los acontecimientos que parecen ser provechosos a partir de los bienes ya mencionados, cuando se hacen con vistas a un provecho, bien como un fin, bien como un medio encaminado a un fin”<sup>59</sup>. Los contratos, entonces, se sitúan en este tipo de actos, es decir aquellos que se deben al cálculo y en consecuencia provienen de una elección deliberada; en consecuencia, la justicia conmutativa se aplica a los contratos por ser actos deliberados en los cuales, a pesar del cálculo, pueden ocurrir hechos que requieran corrección cuando las transacciones han sido injustas. No se aplica la

---

<sup>55</sup> Aristóteles, *Ibíd.*

<sup>56</sup> Aristóteles, *Ibíd.*, 105, 1368, b.

<sup>57</sup> Aristóteles, *Ibíd.*, 1369, a.

<sup>58</sup> “Y ocurren de una determinada forma siempre o en la mayoría de los casos”, Aristóteles, *Ibíd.*, 107, 1369, b.

<sup>59</sup> Aristóteles distingue, esos actos, de los realizados por un “indisciplinado” que hace cosas no con vistas a un provecho sino al placer. Estas citas también son tomadas de Aristóteles, *Ibíd.*, 1369, b.

justicia distributiva ya que ella se refiere, como vimos, a la distribución de honores por parte de una colectividad<sup>60</sup>.

De allí que las acciones imputables a una parte puedan ser i) voluntarias, ii) involuntarias y iii) mixtas.

### **Las acciones voluntarias**

Para Aristóteles, la ética ya no como una teoría susceptible de ser aprehendida, sino como aquello que hace perfecto al hombre es la práctica de la virtud<sup>61</sup>, la cual se ejerce con la actuación de la voluntad:

---

<sup>60</sup> De otro lado, dado que para Aristóteles, el “bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden” es preciso determinar cuál es ese bien y a qué ciencias o facultades pertenece, y para Aristóteles, ese bien no ha de ser otro que la política, pues ella: “...regula qué ciencias son necesarias en las ciudades y cuáles ha de aprender cada uno y hasta qué extremo.” La política como tal entonces es una facultad a la que se subordinan otras que son igualmente estimadas como la estrategia, la economía y la retórica. Como para Aristóteles, la política prescribe qué se debe hacer y qué se debe evitar, el fin de la política incluye los fines de las demás ciencias, y de ese modo la política “...constituirá el bien del hombre...” y como es más “perfecto y hermoso” procurar el bien de la ciudad que el de una persona, la investigación de Aristóteles se centra en una cierta disciplina política llamada ética. Es útil recordar el sentido de la política para los griegos para evadir alguna sombra de colectivismo en la doctrina aristotélica pero ese fin no es objeto de este trabajo. Ese bien supremo del hombre, como se vio, no puede ser otro sino su felicidad la que, según Aristóteles, es deseable exponer con claridad; para eso delimita el concepto de felicidad en función del hombre. Señala que en el caso del flautista, del escultor o del artesano y en general de quienes realizan alguna función o actividad, “...lo bueno y el bien están en función de ella”. Por ello se pregunta si hay alguna función que le es propia al hombre. No se trata del vivir, pues dicha función es común a las plantas y por eso deja de lado la nutrición y el crecimiento. Deja de lado del mismo modo la sensitiva pues es común al caballo, al buey y a todos los animales. La conclusión a la que llega Aristóteles es que la función propia del hombre es la eudemonía es decir, la perfecta actuación del hombre según su actividad específica, y, consecuentemente, “...cierta actividad propia del hombre que tiene razón. Pero aquel, por una parte obedece a la razón, y por otra, la posee y la piensa.”. Distingue Aristóteles una cierta razón activa de una pasiva y se refiere a esta: Si, entonces, la función propia del hombre es una actividad del alma según la razón o que implica razón, si decimos, por otra parte, que esta función es específicamente propia del hombre y del hombre bueno...decimos que la función del hombre es una cierta vida y esta es una actividad del alma y unas acciones razonables, y la función del hombre bueno estas mismas cosas bien y hermosamente, y cada uno se realiza bien según su propia virtud; y si esto es así resulta que el bien del hombre es una actividad del alma de acuerdo con la virtud, y si las virtudes son varias, de acuerdo con la mejor y más perfecta, y además en una vida entera.”. Siendo entonces el conocimiento y la voluntad los dos elementos esenciales del saber moral y siendo la función del hombre desarrollar una cierta vida que implica acciones razonables, es fundamental determinar que actos se pueden caracterizar como voluntarios o no.

<sup>61</sup> La virtud para Aristóteles, consistía en el “natural obrar del hombre en su perfección”, llamada también eudaimonia y concebida como el principio del bien moral, es decir “...en la perfecta actuación del hombre según su actividad específica...” Decía Aristóteles que existen dos clases de virtudes, la dianoética y la ética. “La dianoética se origina y crece principalmente por la enseñanza, y por ello requiere experiencia y tiempo; la ética en cambio procede de la costumbre, como lo indica el nombre que varía ligeramente del de costumbre”. Las virtudes dianoéticas son las virtudes del puro entendimiento, i. e. sabiduría, razón y saber y las encontramos en el arte, en la facultad de hacer, en la perspicacia y la prudencia, y en el saber práctico o razón práctica. Las virtudes éticas, por su parte tienen como campo de acción el sometimiento del cuerpo y sus apetitos al dominio del alma (i. e. la valentía, el dominio de sí mismo, la liberalidad, la magnanimidad, la grandeza del alma, el pundonor, la mansedumbre, la veracidad, la cortesía, la justicia y la amistad). En consecuencia, para Aristóteles, el motivo que mueve al hombre a actuar, es una fuerza interna sea su voluntad, su conocimiento o la

La voluntad es cosa distinta del saber. Puede caracterizarse su peculiaridad diciendo que el querer significa una actuación cuyo principio está en nuestras manos; simplemente es una actuación de la voluntad... (Pero) la actuación ética debe ser por tanto una acción específicamente humana, es decir una acción del hombre maduro, a saber, una actuación de libre elección...El resultado de toda la discusión es que el *conocimiento y la voluntad* son los dos elementos fundamentales del saber moral. (Énfasis añadido).<sup>62</sup>

Se entiende así, como señala Hirschberger, que el principio de obrar libremente está en nosotros y de él se desprende el domino para obrar o no: “La libre decisión de la voluntad presupone conocer lo querido. Obrar libremente, significa, pues, obrar con propósito y deliberación.”<sup>63</sup>

Las acciones voluntarias son aquellas derivadas de actos imputables a las partes en las cuales éstas han actuado con conocimiento y voluntad<sup>64</sup>. Es importante subrayar en que su “Retórica”, Aristóteles, da consejos sobre como actuar respecto del incumplimiento de actos voluntarios como lo contratos; dichos consejos incluyen, por una parte, la alegación a los hechos sobrevenidos como fuente de injusticia que además, debe ser corregida por los árbitros o jueces: y, por otra, la sugerencia a los contratantes que no han sido afectados por dichos hechos, de la exigencia literal del cumplimiento del contrato<sup>65</sup>.

---

falta de conocimiento y voluntad. Para explicar la forma en la que le hombre actúa como tal, es decir buscando su eudaimonia, se deben distinguir primeramente si los actos que ejecuta le son o no imputables. Aristóteles, analiza desde el punto de vista de la justicia conmutativa, los actos injustos que han sido hechos con conocimiento y voluntad en contra de la ley. Por eso recurrió al concepto de acciones imputables y no imputables. Es necesario entender este concepto.

<sup>62</sup> Hirschberger, *Ibíd*, 207.

<sup>63</sup> Hirschberger, *Ibíd*, 208.

<sup>64</sup> El principio de que conocimiento y voluntad son los dos elementos fundamentales del obrar legal se halla recogido en casi toda la legislación contractual, así por ejemplo el Código Civil ecuatoriano determina que: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”. Conocimiento y voluntad se constituyen así tanto en elementos del saber moral como en requisitos para que una persona se obligue válidamente puesto que la ley requiere, por un lado, que el acto o declaración de la voluntad sea consentido; y, por otro, que dicho acto no adolezca de vicio, que se relaciona con el conocimiento de parte del contratante de aquello a lo cual se está obligando con su declaración de voluntad.

<sup>65</sup> El punto de vista desde el cual Aristóteles analiza los contratos cambia dramáticamente cuando el objeto de su disquisición deja de ser la ética y pasa a ser la argumentación. Sin embargo, el cambio es solo aparente. En su *Retórica*, podemos encontrar una posición ambivalente respecto los contratos. Dice en esa obra (destinada a la enseñanza de la argumentación) que las acciones que nace del cálculo, son actos voluntarios, hechos con conocimiento, para satisfacer un deseo y a través de una elección deliberada con vista a un provecho (que puede ser un fin o un medio encaminado a un fin), por lo

## Las acciones involuntarias

En el Libro III de su *Ética a Nicómano*, Aristóteles señala que dado que la virtud de refiere a acciones y pasiones, y que mientras las acciones voluntarias son

---

tanto, si el contrato favorece a una de las partes: ...hay que engrandecer su importancia (del contrato), sobre la base de que un contrato es una norma privada y específica, y no es que los contratos constituyan una ley obligatoria, sino que son leyes las que hacen obligatorios los contratos conformes a ley, y que en general, la propia ley es una especie de contrato, de forma de que quien desconfía de un contrato o lo rompe también rompe con las leyes. Además, la mayoría de los acuerdos, y los voluntarios, se hacen por medio de contratos, de suerte que, si se niega su validez, se acaba con las relaciones mutuas de los hombres.” Si, por el contrario, el contrato no nos favorece, se deberá recurrir a estos argumentos: En el caso que los contratos nos fueran contrarios y favorecieran a la otra parte, corresponden en primer lugar los argumentos con que se combatiría una ley contraria, pues sería ilógico que pensáramos que no hay que obedecer las leyes que no estuvieran correctamente establecidas, sino que sus promulgadores se hubieran equivocado, y que fuera forzoso hacerlo con los contratos. Y además, que el juez es un árbitro de lo justo, de forma que no hay que atender al documento, sino a lo que es más justo. Y que lo justo no puede alterarse por engaño ni coacción (pues se funda en la naturaleza), y los contratos se hacen también para quienes están engañados o coaccionados. Además de eso hay que observar si son contradictorios con algunas leyes escritas – y entre las escritas, tanto propias como ajenas – o de las generales, y luego si lo son con otros anteriores o posteriores, pues los posteriores son los válidos o bien los anteriores son correctos y los posteriores son fraudulentos, según nos sea conveniente. Y también mirar el interés. Por si acaso va en contra del de los jueces, y otros detalles por el estilo, pues éstos son igualmente obvios.” En verdad la exposición de Aristóteles en este tema suena a contradictoria. Pero no hay que olvidar que hace esta exposición en un texto sobre retórica y en consecuencia, su principal objetivo es exponer una forma de razonamiento basado en la persuasión que, sin embargo, no es una mera herramienta para obtener la victoria en un proceso o evitar una derrota mayor; la retórica, en el caso de Aristóteles, es una herramienta de conocimiento, a diferencia de los sofistas, la retórica busca alcanzar la verdad en el sentido en que Aristóteles la plantea. Se destaca de estos párrafos que el agente puede aproximarse al entendimiento del contrato desde un punto de vista táctico, por llamarlo de alguna manera; sin embargo, este análisis instrumental es distinto del que el Estagirita realiza en la *Ética* que, como vimos, tiene como objeto explicar el comportamiento que debe observar un ciudadano que busca ser digno de su ciudad. De modo que el árbitro, para dar la razón a uno u otro, deberá recurrir al análisis de los actos justos e injustos. Este aspecto, de importancia relativamente menor, es fundamental al momento que le toca al árbitro o al juez resolver, pues para ello deberá, según Aristóteles, referirse al análisis de los actos justos e injustos pues, debiendo aplicar la justicia conmutativa, es su deber corregir las transacciones deliberadas originadas en el cálculo que han resultado ser injustas. De allí que haya sido necesario recordar brevemente la forma en que Aristóteles explica cómo argumentar cuando el contrato nos es beneficioso o perjudicial. Podemos ver con cierto grado de celebración la coincidencia entre los consejos que brinda Aristóteles sobre el uso instrumental del contrato con la posición que a lo largo de los siglos se ha dado respecto de la aplicación del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*. Una y otra vez a lo largo de la historia y la jurisprudencia, cuando al momento de cumplir un contrato ocurre un hecho sobrevenido, el beneficiado por el contrato, alega que “un contrato es una norma privada y específica, y no es que los contratos constituyan una ley obligatoria, sino que son leyes las que hacen obligatorios los contratos conformes a ley, y que en general, la propia ley es una especie de contrato, de forma de que quien desconfía de un contrato o lo rompe también rompe con las leyes” mientras que una y otra vez, el perjudicado alega: “que el juez es un árbitro de lo justo, de forma que no hay que atender al documento, sino a lo que es más justo”. Ambos argumentos son usados hasta el día de hoy, los contratos deben ser cumplidos al pie de la letra, alegan unos y otros responden, que no se debe atender al documento sino a la justicia. De hecho, como veremos posteriormente, una de las doctrinas sobre el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* prefiere considerar dicha cláusula como un problema de interpretación contractual y en definitiva, reducir el problema a una herramienta de retórica. Sin embargo, no es aquí donde subyace la propuesta aristotélica sobre los hechos no previstos. Como lo señalamos anteriormente, es al juez o árbitro al que le corresponde aplicar la justicia conmutativa y por ende corregir las transacciones derivadas de actos deliberados que hayan resultado ser injustas.

objeto de alabanzas o reproches, las involuntarias lo son de indulgencia o compasión: “...es, quizá necesario, para los que reflexionan sobre la virtud definir lo voluntario y lo involuntario, y es también útil para los legisladores con vistas a los honores y castigos.”<sup>66</sup>

Parece, señala Aristóteles, que las cosas involuntarias son las que se hacen por fuerza o por ignorancia: “...es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni agente ni paciente; por ejemplo si uno es llevado por el viento o por hombres que nos tienen en su poder...”<sup>67</sup>.

### **El temor a males mayores: las acciones mixtas**

Así pues, Aristóteles analiza con detenimiento los conceptos de acciones voluntarias e involuntarias. Aparentemente, dice, las cosas involuntarias son las que se hacen por la fuerza o por ignorancia. Lo forzoso es aquello cuyo principio es externo y no depende ni de agente ni de paciente, insiste. Hace además una distinción, lo que se hace por temor a males mayores, como cuando: “...se arroja el cargamento al mar en las tempestades, nadie sin mas lo hace con agrado, sino por su propia salvación y la de los demás, lo hacen los sensatos.”<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Aristóteles, *Ibíd*, 61

<sup>67</sup> Del mismo modo, la fuerza es recogida por los sistemas jurídicos. En el Ecuador, la referencia la encontramos en el artículo 30 del Código Civil ecuatoriano: “(s)e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” La resonancia de dicha explicación es más explícita en el código de comercio que en su artículo 221.2 señala: Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva. Pero es responsable el porteador: 1.- Si un hecho o culpa suya hubiere contribuido al advenimiento del caso fortuito; 2.- Si no hubiere empleado toda la diligencia y pericia necesarias para hacer cesar o atenuar los efectos del accidente o avería; y, 3.- Si en la carga, conducción o guarda de las mercaderías no hubiere puesto la diligencia y el cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos. En ambos cuerpos legales vemos el elemento de la responsabilidad (hechos que no se pueden resistir, no pueden preverse ni impedirse, les corresponde a ciertos hombres de una profesión respectiva), el hecho externo (el naufragio, el terremoto, el apresamiento, actos de autoridad, etc); y, no participar como generadores de dichos actos ni el agente ni el paciente (los casos de responsabilidad del porteador hacen referencia a hechos del agente o paciente).

<sup>68</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómano*, III, 1110 a, 10-15. En este pasaje podemos situar con mayor precisión el origen remoto del principio contenido en la cláusula. Sin embargo, se ha mencionado del mismo modo que la misma podría ubicarse en la *Retórica* del mismo autor el origen y en concreto en *Retórica*, 1374 b, donde Aristóteles, al distinguir entre las cosas razonables de las que no lo son, subraya que “...entran en la consideración de razonables los actos en que puede haber indulgencia y no pueden considerarse las faltas de igual modo que los delitos, ni tampoco los casos de mala suerte, pues son casos de mala suerte los imprevisibles y que no obedecen a la maldad; faltas, las que no son imprevisibles pero tampoco obedecen a la maldad; y delitos, los que tampoco son imprevisibles pero sí obedecen a la maldad, pues lo que es fruto de la pasión obedece a la maldad.” Sin embargo, preferimos ubicar en el pasaje de la *Ética* antes citado debido a que en el mismo se ve con mayor claridad el papel del agente y de los hechos imprevisibles a los que se ve sometido tomando en consideración su experiencia y actividad. La cita de la *Retórica* consta en: Aristóteles, *Retórica*,

A este tipo de acciones las clasifica como mixtas “pero se parecen más a las voluntarias, ya que cuando se realizan son objeto de elección y el fin de la acción depende del momento”; en el caso de la distribución de riesgos por eventos sobrevenidos, nos referimos evidentemente a este tipo de acciones mixtas, puesto que a pesar de ser forzosas, cuando se realizan son objeto de elección (en el caso de la tempestad que el capitán de la nave decida o no arrojar por la borda las mercancías; ese acto, dependiendo de la elección dependerá de la experiencia del capitán, a pesar de ser forzosa y sobre todo, esa acción tendrá un fin que dependerá del momento), en consecuencia, tales acciones, como la del ejemplo puesto por el Estagirita, si bien son acciones voluntarias, en realidad se las puede clasificar como involuntarias ya que nadie elegiría ninguna de estas cosas por sí mismo.

### **Las acciones mixtas como origen del principio de distribución de pérdidas por eventos sobrevenidos.**

Sin embargo, cuando el agente debe decidir qué acción ha de tomarse y se ve compelido por circunstancias ajenas a su control, se requiere una evaluación adicional:

A veces, sin embargo, es difícil decidir cuál de las dos alternativas ha de elegirse y cuál se ha de soportar, pero es más difícil aun permanecer en la decisión tomada, porque casi siempre lo que esperamos es doloroso, pero aquello a lo que se nos quiere obligar, vergonzoso, y en esta virtud se alaba o censura a los que se han sometido o no a la violencia<sup>69</sup>.

En un pasaje fundamental para el entendimiento de la problemática del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, Aristóteles señala que las acciones forzosas son las que por sí mismas son involuntarias, pero en ciertos momentos son elegidas para evitar consecuencias cuyo principio está en el agente, si bien son involuntarias en sí mismas, en ciertos momentos y para evitar ciertas consecuencias son voluntarias.

En la *Ética a Nicómano*, en 1110a, Aristóteles dice:

Parece, pues, que cosas involuntarias son las que se hacen por fuerza o ignorancia; es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente; por ejemplo, si uno es llevado por el viento o por hombres que

---

Madrid, Alianza Editorial, 2005, 126 donde el mismo autor señala que es lo razonable lo que llevó al hallazgo del arbitraje, para que en él prime lo razonable y no solo la ley.

<sup>69</sup> Aristóteles, *Ibíd.*

nos tienen en su poder. En cuanto a lo que se hace por temor a males mayores o por alguna causa noble (por ejemplo si un tirano que es dueño de los padres e hijos de alguien mandara a este a hacer algo vergonzoso, amenazándole con matarlos si no lo hacía, pero salvarlos si lo hacía), es dudoso si este acto es voluntario o involuntario. *Algo semejando ocurre cuando se arroja el cargamento al mar en las tempestades, nadie sin más lo hace con agrado, sino que por su propia salvación y la de los demás, lo hacen todos los sensatos.* (Énfasis añadido).<sup>70</sup>

En definitiva, “...todo lo que se hace por ignorancia es no voluntario pero, si causa dolor y pesar, es involuntario...”; de hecho, Aristóteles distingue el obrar *por ignorancia* del obrar *con ignorancia*. El que por ignorancia hace algo, “sin sentir el menor desagrado por lo que hace”, no ha obrado voluntariamente pues no sabía lo que hacía; el encolerizado o embriagado, en cambio, no obra por ignorancia sino con ignorancia. Aristóteles dice que “...todo malvado desconoce lo que debe hacer y de lo que debe apartarse y por tal falta son injustos y, en general, malos.”<sup>71</sup> El término “no voluntario” (*por ignorancia*), según el filósofo, se usa no cuando alguien desconoce lo conveniente, pues la ignorancia en la elección no es causa de lo involuntario sino de la maldad. En cambio usa la palabra “involuntario” (*con ignorancia*) cuando lo hace o desconociendo los males o, como veremos inmediatamente, por evitar un mal mayor; de allí que sea importante determinar, el los casos de acciones mixtas en los que se conoce el mal pero se actúa con el fin de evitar males mayores, cuántas y cuáles fueron las acciones; quien actuó, que actuó, acerca de qué o en qué actuó; para Aristóteles igualmente es importante determinar con qué instrumento y por qué causa de salvación y cómo actuó, si serena o violentamente. Como vimos antes, la circunstancia es la situación concreta que caracteriza cada caso singular y cuyos elementos son la persona, la cosa, el instrumento, el lugar, el tiempo, la manera y la cosa<sup>72</sup>. Estos conceptos de análisis son justamente los que la jurisprudencia contemporánea utiliza al momento de otorgar o no el remedio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* pues se analiza la calidad del contratante (la parte y su previsión, cómo actuó, si serena o violentamente), el objeto de la prestación (la cosa y el instrumento en el lenguaje aristotélico) y el hecho (el lugar y el tiempo para el griego). Para Aristóteles, el

---

<sup>70</sup> Aristóteles, *Ética*, III, 1110 a, 59-60.

<sup>71</sup> Aristóteles, *Ética*, III, 1110 b, 25-30.

<sup>72</sup> Aristóteles, *Ética*, III, 1111 a.



hecho de arrojar por la borda la mercancía, es un acto no voluntario pero en el que actúa la voluntad de la parte con el fin de salvar su propia vida y la de los demás, es decir, un acto mixto. Como veremos, la pérdida se distribuye entre los contratantes que fueron sorprendidos por un hecho no previsto, la tempestad, que obligó al capitán de la nave, conforme su experiencia y destreza, a realizar un acto para evitar males mayores y cuya consecuencia es que todos los viajeros soportaron la pérdida. Este último aspecto cierra el círculo pues enfáticamente se habla de distribuir la pérdida entre los viajeros que, además es parte de la conocida *Lex Rhodia* ya conocida en tiempo de Aristóteles<sup>73</sup>.

En consecuencia, para Aristóteles, hay actos que se hacen por temor o por temor a mayores males; se pueden señalar dos ejemplos:

1. El del padre que se ve obligado a realizar un acto vergonzoso por liberar a sus hijos o padres en manos de un tirano.
2. El del capitán de un barco que se ve obligado a echar por borda las mercancías en medio de una tempestad.

Sobre estos casos, Aristóteles señala que no es posible determinar si dichos actos son voluntarios o involuntarios, ello debido a que cuando se realizan son objeto de elección y el fin de la acción que se ha tomado, depende del momento.

De ese modo, les atribuye dos elementos fundamentales:

1. el agente decide llevar a cabo una acción
2. toma esa acción dependiendo de un momento determinado.

Es decir: i) el capitán toma la decisión de echar por la borda la mercadería en medio de una tempestad; ii) lo hace dependiendo de la circunstancia.

El capitán decide echar por la borda la mercancía durante una tempestad para salvarse y a los demás; sin embargo, al considerarse dichas acciones como voluntarias, pues dependen de la voluntad del agente, dichas acciones crearían responsabilidad; pero, Aristóteles añade un matiz a esta afirmación:

Así cuando un hombre actúa ha de mencionarse tanto lo voluntario como lo involuntario; pero en tales acciones obra voluntariamente porque el principio del movimiento imprimido a los miembros instrumentales está en el mismo que las

---

<sup>73</sup> Por supuesto este antecedente de la cláusula *rebus sic stantibus* dependerá de la forma en que se comprenda la misma, si se considera que la misma se refiere a la distribución de riesgos ocasionado por un hecho imprevisto, el resultado del cual dependerá de la destreza de la parte, se entenderá la similitud con la solución brindada por Aristóteles.

ejecuta, y si el principio de ellas está en él, también radica en él hacerlas o no. Son pues tales acciones voluntarias, pero quizás en el sentido absoluto sean involuntarias, ya que nadie elegiría ninguna de estas cosas por sí mismo. (Énfasis añadido).<sup>74</sup>

Aristóteles reconoce la dificultad de catalogar estas acciones como voluntarias o involuntarias. Señala que en principio son voluntarias pero nadie elegiría dichas acciones por sí mismo.

Para ayudarse en la distinción hace un excursus hacia el concepto de lo agradable. Señala que si alguien dijera que las cosas agradables y hermosas son forzosas, "...todo será forzoso para él, ya que por esta causa todos hacen todas las cosas."<sup>75</sup> Mientras que los que actúan por la fuerza y contra su voluntad lo hacen dolorosamente, quienes actúan por lo agradable y hermoso, lo hacen con placer, no con dolor. Por último, señala Aristóteles, que es ridículo atribuirnos las acciones hermosas pero imputar las vergonzosas al placer.<sup>76</sup>

Consecuentemente, las acciones forzosas serían aquellas en las que: no interviene el actor, tienen un principio externo y, si tienen uno interno, se realiza la acción con vergüenza o dolor.<sup>77</sup>

Para ello, Aristóteles indaga sobre las circunstancias que rodean un hecho imprevisto y lo hace al amparo de las siguientes preguntas:

1. Cuántas y cuáles son
2. Quién actúa y qué
3. Acerca de qué o en qué
4. Con qué (se refiere al instrumento)
5. Por qué causa (la salvación de sí o de los demás, por ejemplo)
6. Cómo actúa (serena o violentamente, por ejemplo)<sup>78</sup>

Desde este punto de vista, es decir, de la utilización de la epiqueya para analizar el efecto de las normas generales sobre circunstancias no previstas por las partes y, tomando en cuenta, que desde el punto de vista aristotélico respecto de los actos voluntarios y no voluntarios, es claro que parece preferible ubicar el origen de

---

<sup>74</sup> Aristóteles, *Ibíd.*, 61.

<sup>75</sup> Aristóteles, *Ibíd.*, 62.

<sup>76</sup> Aristóteles, *Ibíd.*

<sup>77</sup> Aristóteles lo ratifica más adelante en el mismo 1110 b., *Ibíd.*, 62.

<sup>78</sup> Pallí Bonet agrega: "En la retórica griega y latina, la circunstancia es la situación concreta que caracteriza el caso singular. Los elementos de la situación que constituyen la circunstancia son siete: la persona, la cosa, el instrumento, el lugar, el tiempo, la manera y la causa", en Aristóteles, *ibíd.*, pag. 63, nota 56.

la clausula *rebus sic stantibus* en el *topos* del capitán en la tempestad y la consecuente distribución de pérdidas entre los dueños del cargamento.

Esto dependerá del entendimiento que se tenga del contenido de la cláusula *rebus sic stantibus*. Si meramente se trata de analizar los efectos del cambio de circunstancias, parecería lógico aceptar que el origen de la misma es el *topos* de la espada y el loco de Cicerón, aunque en dicho relato lo que cambian son las circunstancias mentales de una de las partes; en cambio, si se trata de analizar las consecuencias de ese cambio de circunstancias en el cumplimiento contractual, teniendo en cuenta la necesidad de que la obligación sobreviva y la distribución de los riesgos del evento y sobre todo la necesidad de aplicar la justicia correctiva cuando una transacción (el transporte de mercaderías), si bien derivada de un acto deliberado como el cálculo (el contrato) sea afectada por un hecho imprevisto (la tempestad) y que a la luz de las circunstancias (siete según Aristóteles: la persona, la cosa, el instrumento, el lugar, el tiempo, la manera y la causa), el agente se vea obligado a actuar sin voluntad, entonces el juez o árbitro deberá considerar la aplicación de la epiqueya para corregir dicha transacción.

Y ello es así, porque la práctica comercial griega de ese entonces y la romana posterior, confirman que es preferible entender a la cláusula *rebus sic stantibus* como un mecanismo de distribución y no como una mera descripción de la imposibilidad de cumplimiento de un contrato ocasionada por el cambio de circunstancias.

Con el *topos* del capitán, Aristóteles pretende analizar la forma en que dicho capitán actúa frente a la adversidad, la *exactissima diligentia* que le era requerida para permitirle excusarse de su obligación y la forma en que se han de distribuir los riesgos originados en dicho cambio de circunstancias pero sobre todo porque cuando analiza las mismas, entrega un listado<sup>79</sup> que, como veremos en los casos analizados posteriormente, es muy similar al utilizado para apreciar si el “capitán” actuó con diligencia o no, si lo hizo cumpliendo el deber de prevenir lo que le sea posible, de actuar ante la adversidad con conciencia y voluntad. En definitiva, es en el relato del capitán ante la tempestad, donde se diseña la forma en que eventos no previstos, externos e irresistibles hacen que la obligación se vuelva excesivamente onerosa para

---

<sup>79</sup> Listado o estándar que contiene los siguientes elementos: cuántas y cuáles son: a) quién actúa y qué; b) acerca de qué o en qué; c) con qué (se refiere al instrumento); d) por qué causa (la salvación de sí o de los demás, por ejemplo); y, e) cómo actúa (serena o violentamente, por ejemplo).

el deudor y en consecuencia, haya necesidad de distribuir las pérdidas ocasionadas por dichos eventos. De hecho, como se verá más adelante, es en un caso defendido por su contemporáneo Demóstenes, *Contra Lácrito*, donde se aprecia cómo lo que hizo Aristóteles fue sintetizar la práctica contractual de su época cuando distribuyen la pérdida derivada de una transacción afectada por un hecho imprevisto en el cual, se mantuvo la obligación y hubo necesidad de distribuir las pérdidas.

## I.II. La espada y el loco de Cicerón

*Si alguien te ha confiado en plena lucidez la custodia de una espada y te la pide cuando esta fuera de sí, es un crimen devolverla; el deber es no entregarla, Y si han entregado dinero en depósito, declara la guerra a la patria, ¿le devolverías el depósito? No lo creo, porque obrarías contra la República, que debe ser el principal objeto de tu amor.*  
Cicerón.

La misma doctrina que señala a Séneca como el precursor moral del principio que luego se conocería como *rebus sic stantibus* considera que esta pudo haberse originado en el *topos* de la espada y el loco, citado por Cicerón, como lo veremos inmediatamente. Esta tradición es recogida por varios de los modernos estudios del tema. Tanto Andreas Thier<sup>80</sup> como Chamie Gandur<sup>81</sup> o Salvador Coderch<sup>82</sup>, señalan el antecedente remoto de Cicerón como la fuente de dicho principio. Thiers señala que:

Cicero (106 BC – 43 BC) appears to be the first thinker to reflect on this situation. He argued that it would be unethical to return a sword to its depository if this depository had become insane in the meantime. That situation was, as Cicero stated,

---

<sup>80</sup> Thiers, Andrea, Legal history, en Hondius, Ewoud & Grigoilet, Christoph, *Unexpected circumstances in European Contract Law*, New York, Cambridge University Press, 2011, pag 16 y siguientes.

<sup>81</sup> Chamie Gandur, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pag. 96 y siguientes.

<sup>82</sup> Salvador Coderch, Pablo, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1495082](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1495082).

an example of numerous cases where the course of time would change something originally honourable into a dishonourable pattern.<sup>83</sup>

La atribución de esta referencia a Cicerón se remonta a siglos atrás de los juristas que sostienen dicha opinión, cuando San Agustín<sup>84</sup> insistía en que “...due to the changed mental condition of the depositor the sword would have to be kept at the depository”<sup>85</sup>; para el derecho canónico, como veremos de forma ulterior, esta cita fue de suma importancia al punto que fue introducida en el Decreto Graciano, como se sabe el texto iniciático del derecho canónico medieval.

La obra de Cicerón, *De officiis*, continúa una larga tradición que se inició con los trabajos de Aristóteles y su discípulo Teofraсто<sup>86</sup>, vale decir, una obra que diseña tanto un tipo de ciudadano preocupado por el devenir de su comunidad como los deberes a los que se halla obligado un hombre de su estatura; de otro lado, siguiendo a José Guillén<sup>87</sup> y a Mary Beard<sup>88</sup>, diremos que Cicerón redacta su obra *De Officiis* (“De los deberes”) en los meses siguientes al asesinato de César el idus de marzo de 44 a.C.; tras el asesinato, Cicerón incita a la calma en la sociedad romana, el *concordia ordinum*, pero el apresuramiento y la indecisión de Marco Bruto, provoca finalmente el caos. Apoyado por Lépido, procónsul de las Galias, con su ejército a las puertas de Roma, Marco Bruto da lectura al testamento de César: 75 dracmas para cada ciudadano y el derecho a usar como patio de recreo las extensas tierras de su propiedad situadas más allá del Tíber. El pueblo entonces se desató, incendió los muebles de la Curia, colocó el cadáver de César sobre la pira e inició el lamento en el que participaron cientos, incluso extranjeros y judíos (por animadversión a Pompeyo que sometió Jerusalén, apostrofa Guillén). Debido al odio que despertaba César entre los ciudadanos romanos, la ira se apoderó de algún sector del mismo y los sospechosos tuvieron que escapar de la ciudad, incluido Cicerón que desde abril deambula por las tierras que poseía en Túsculo, Fornia, Cumas, Pompeya, Arpino. El 31 de agosto, respondiendo a una carta de Bruto y Casio, retorna a Roma y

---

<sup>83</sup> Thiers, op. cit., pag. 16.

<sup>84</sup> El mismo *topos* sería referido por Tomás de Aquino la *Summa Theologica* publicada a finales del siglo XIII. El *topos* de la espada y el loco está incluido II, II, Q. 120. A. 1. y en II, II, Q. 62, A. 5.

<sup>85</sup> Thiers, *Ibid.*, La cita es tomada por Hondius de Augustine, *Enarrationes in psalmos*, 5,7.

<sup>86</sup> Miriam Griffin, *De Beneficiis and Roman Society*, en *The Journal of Roman Studies*, Vol. 93, (2003), pp. 92-113.

<sup>87</sup> Guillén José, en *Estudio Introductorio a Cicerón, Marco Tulio, “De los deberes”*, Madrid, Alianza Editorial, 2001

<sup>88</sup> Beard Mary, *SPQR. A History of Ancient Rome*, London, Profile Books, 2015.

participa en algunas reuniones en el Senado; en la del 19 de septiembre, es atacado duramente por Antonio que le provoca la redacción de su famosa “Segunda Filípica”; por otra parte, la obra “De los deberes” es escrita entre el 1 de septiembre y el 20 de diciembre del 44 a. C. cuando pronuncia su “Tercera Filípica”<sup>89</sup> que es considerado como un discurso “constitucional”. Es, entonces, “De los deberes” una obra escrita en el fragor de la huida, con la presión del momento y tiene un objetivo clarísimo, educar a su hijo y aconsejarle sobre la vida política y la conducta de un buen ciudadano romano, pero sobre todo indicarle el buen uso de la oratoria y filosofía:

Marco, hijo mío, aunque después ya de seguir durante un año las enseñanzas de Cratipo....sin embargo, como yo asocié las cosas latinas con las griegas con grande utilidad mía, y lo hice no solo en la filosofía sino también en la oratoria, así creo que debes hacer tú para conseguir una pericia igual en el género filosófico y en oratorio.”<sup>90</sup>

Señala del mismo modo, que el cumplimiento del deber necesita estar presente en la vida del ciudadano de forma perpetua: “De ninguna acción de la vida, ni en el ámbito público ni en el privado, ni en el foro ni en tu casa, ya hagas algo tu solo, ya juntamente con otro, puede estar ausente el deber, y en su observación está puesta toda la honestidad de la vida, y en la negligencia toda la torpeza.”<sup>91</sup>

Puesto que para Cicerón el objetivo fundamental es cumplir con el deber<sup>92</sup> y el mismo se basa en la honestidad, dilucidar el sentido de la honestidad es base fundamental de su teoría, para ello, siguiendo a su maestro Panecio, filósofo perteneciente a la denominada estoa media<sup>93</sup>, señala que es necesario, antes de tomar una decisión resolver cinco aspectos (los tres primeros tomados de Panecio y los últimos agregados por el propio Cicerón):

1. se duda si es honesto o torpe el asunto sobre el que se va a deliberar

---

<sup>89</sup> Guillén José, en Estudio Introductorio a Cicerón, Marco Tulio, *De los deberes*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pag. 7 y sigs.

<sup>90</sup> Cicerón, Marco Tulio, *De los deberes*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pag. 57-58.

<sup>91</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 60.

<sup>92</sup> La investigación del deber, dice Cicerón, se basa en dos partes, la primera se refiere al bien supremo, la segunda, la que estudia la forma de regularse la conducta de la vida en todas sus manifestaciones. A la primera pertenece la reflexión de si todos los deberes son perfectos; a esta parte dedica su tratado “De los deberes”. Una segunda forma de investigar los deberes es, recordando a Aristóteles, estudiar los “niveles” del deber, esto es analizar el deber medio y el deber perfecto, siendo el deber perfecto el que es “recto en si” y el deber común u “officium” que es el que “se cumple por una razón plausible”. Cicerón, *Ibíd.*, 63.

<sup>93</sup> Nos referimos a una segmentación histórica convencional, que coloca a Panecio en la Estoa Media, a Zenon en la Temprana y a Séneca en la Tardía.

2. se indaga si conduce o no a la comodidad y alegría de la vida; por lo que en este segmento se analiza si se refiere a la utilidad.
3. deliberar cuando lo útil parece entrar en conflicto con la honestidad.
4. entre dos cosas honestas, averiguar cuál es la más honesta.
5. entre dos cosas útiles, averiguar cuál es la más útil<sup>94</sup>.

Como se ve, Cicerón conduce su análisis en torno a dos conceptos fundamentales: la honestidad y lo útil. Para ello analiza lo que es honesto que surge de estas cuatro virtudes: "...o bien consiste en el diligente y exacto conocimiento de la verdad; o en la defensa de la sociedad humana dando a cada uno lo suyo y observando la fidelidad de los contratos; o en la grandeza y honor de un alma excelsa e invicta, o en el orden y medida en cuanto se hace y se dice."<sup>95</sup> (Énfasis añadido).

El objeto de la primera de esas virtudes es penetrar la verdad para comprender el mundo; las otras tres tienen como objeto expreso el "...proveer y conservar todo lo concerniente a la práctica de la vida de forma que se conserve la sociedad y la unión de los hombres"<sup>96</sup> pero, al igual que había señalado Aristóteles, cuando se refiere a la virtud, no es suficiente sino practicarla, de hecho, el solo conocimiento de por sí, aleja al hombre de sus deberes lo cual es condenable ya que el "...oficio de la virtud radica todo en la acción."<sup>97</sup> De estas virtudes, hay dos tipos, la primera la justicia y la segunda la beneficencia. La justicia consiste primeramente en "no causar daño a nadie, si no es injustamente provocado y en segundo término en usar los bienes comunes como comunes y los privados como propios"<sup>98</sup>, ello porque:

El fundamento de la justicia es la fidelidad, es decir, la sinceridad de las promesas y los convenios y su pura observancia. Por lo cual me siento inclinado a creer con los estoicos, que tanta diligencia ponen en la derivación de las palabras, que *fides* se deriva de *fit* (`se cumple`, `se hace`), si bien esta etimología parece a algunos forzada.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 66

<sup>95</sup> *Ibíd.*, 66.

<sup>96</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 67.

<sup>97</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 68.

<sup>98</sup> Cicerón, *Ibíd.*

<sup>99</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 70. En "La República" Cicerón hace una aclaración sobre la palabra *fides*. En todo caso como Guillén señala en la nota a este párrafo de Cicerón, "La palabra *fides* procede de una raíz indoeuropea, *bheidh*, *bhidh*, ligar, lo que liga a uno...".

Como se ve, para Cicerón, lo honesto surge de la defensa de la sociedad humana dando a cada uno lo suyo, observando la fidelidad de los contratos y usando los bienes privados como privados y los públicos como públicos. Sin embargo, hay ocasiones en que, como se señala más arriba, lo honesto entra en contradicción de lo útil. A ese tema dedica una parte especial de “De los deberes”, que es el libro tercero, al que menor cuidado en su huida de los desmanes producidos por el asesinato de César, otorga.

En el libro tercero, analiza los casos especiales de la relación entre lo útil y lo honesto. Este libro es de suma importancia para el derecho por la serie de señalamientos que se hacen sobre la relación entre derecho y justicia, sobre todo. Es muy importante resaltar la concepción que tenía Cicerón de la justicia: “Pero nosotros no tenemos ninguna idea sólida ni bien acabada del derecho y de la genuina justicia; nos servimos como de una sombra desdibujada. ¡Y ojalá la siguiéramos, puesto que proviene de los ejemplos excelsos que nos da la naturaleza y la verdad.”<sup>100</sup>

Es de resaltar del mismo modo la disquisición que hace sobre la buena fe, los defectos ocultos de la cosa vendida, el dolo malo, etc.

Respecto de la buena fe, Cicerón comenta el siguiente episodio de su *De officiis*. El augur se disponía a leer un augurio en cierto lugar de la ciudadela para lo cual ordenó a *Claudius Centamaulus* demoler la parte que era lo suficientemente alta como para obstaculizar los auspicios. Claudius puso a la venta el bloque y lo compró *Calpurnius Lanarius* quien advertido por el augur, cumplió la orden. Cuando Calpurnius descubrió que Claudius vendió el inmueble luego de haber recibido la orden, lo obligó a comparecer ante un árbitro. Bajo el *ius civile* el vendedor de un bien era responsable únicamente de los defectos que haya expresamente negado, regla que, según el punto de vista de Schermaier<sup>101</sup>, Cicerón haría descender de la Ley de las XII Tablas que establecían era responsable solo de los compromisos formales que hubiese adquirido, por lo que según este autor, tales *nuncupationes* debe incluir toda clase de seguridades sobre el estatus legal y factual de dicho objeto

---

<sup>100</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 226.

<sup>101</sup> Schermaier, Martin Josef, *Bona Fides in Roman contract Law* en Zimmermann, Reinhard et Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 63-92.



de venta<sup>102</sup>. Por supuesto que, como señala Schermaier, el vendedor que exigiera una declaración de que el bien se halla libre de una orden que constituye una expropiación parcial, solo pediría esa declaración en caso de que supiera de antemano que existe o puede existir dicha afectación; sin embargo, de lo que se trata aquí es de que Calpurnius no conocía dicha orden y adquirió un inmueble afectado por una orden de los augures de derrocamiento, y, por tanto, sin consideración de la reducción del valor de dicho inmueble debido a la orden de una autoridad. La Ley de las XII Tablas citada por Schermaier señala lo siguiente: “Cuando se celebre un *nexum* o un negocio mancipatorio, las palabras pronunciadas tengan valor de derecho.”<sup>103</sup> Como el resultado del *ius civile* es que el vendedor solo se obligaba por lo expresamente manifestado, o negado, en este caso, se desprende que si no lo expresó, no lo negó y por tanto el comprador, Calpurnius, conforme el derecho civil, no tendría forma de resarcirse por la pérdida que le fue ocultada, en consecuencia, Schermaier señala que es necesario que el juez decida no conforme el estricto derecho sino *bona fidei iudicium*, es decir: “...por lo tanto requiriendo del juez que decida la extensión de los deberes de Claudio como vendedor de acuerdo con el principio *quidquid...dare facere oportet ex bona fides*. Como lo explica Cicerón, la buena fe requiere que el comprador sea informado de todos los defectos que sean conocidos por el vendedor.”<sup>104</sup>

Al final del proceso, el árbitro que decidió la causa, *M. Porcius Cato* ordenó a Claudio compensar a Calpurnius por su silencio. Como señala Schermaier, esta causa fue resuelta alrededor del 100 a. C. De todos modos, en la República, ya se conocían los complementos que se hacía del *ius civile* de parte de las normas emanadas por el *ius honorarium*, por ello parece coherente afirmar que Cicerón y sus contemporáneos recibieron la norma y no que fue creada por este autor. Lo interesante es que según Schermaier, Cicerón va más allá puesto que demuestra que cualquier provisión derivada de la *bona fides* en sí, se puede convertir en inflexible e injusta, si no es continuamente probada contra el estándar de *bona fides*. En el

---

<sup>102</sup> Schermaier, *Ibíd.*, 67.

<sup>103</sup> A. D., Ley de las XII Tablas, Madrid, Tecnos, 1996, 13. En latino dice lo siguiente: “Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto.” Es decir, las palabras pronunciadas en un *nexum* o un negocio mancipatorio, tienen valor de derecho” que es la fórmula de expresión original por la cual la voluntad de los contratantes los vincula pues sus palabras, las palabras que ambos pronuncian durante un rito como el *nexum* u otro rito mancipatorio, tienen fuerza de derecho. Y además, se comprometen solo a lo enunciado en dichas formas rituales.

<sup>104</sup> Schermaier, *Ibíd.*, 68.

caso, también constante en *De Officiis*, se analiza los efectos de la falta de declaración de dichos defectos<sup>105</sup>. *Marius Gratidianus* vende a *Sergius Orata*, una casa que a su vez la había comprado de *Sergius* unos años antes. La casa tenía un gravamen y como no lo declaró, *Sergius* lo demanda aunque éste debía conocer dicho defecto por cuanto el gravamen existía desde antes de la venta que él mismo hizo a *Marius*. Se le acusa de no haber declarado los defectos de la cosa vendida pero ante el juez, *Antonius*, el abogado de *Marius*, contestó que no era necesario informar del gravamen a *Sergius* y que éste no había sido engañado por el silencio de *Marius*. Este caso es muy importante por cuanto *Licinnus Crassus*, el abogado de *Sergius*, sostenía que *Marius* había roto la *bona fides* por no haber declarado el defecto al momento de declarar, es decir, sostenía la posición de que se debía estar al significado literal de las palabras, es decir, “declarar los defectos al momento de contratar” cuando, en una causa famosa en ese momento, la *causa Curiana* relativa a la interpretación de una herencia *Crassus* sostenía que era insuficiente limitarse al significado de las palabras sino que se debía estar a la intención verdadera del testador<sup>106</sup>. Schermaier señala: “Los argumentos de *Crassus* eran claramente formalista: descansaban en el fraseo de la regla derivada de la *bona fides* pero no tomaba en cuenta el contenido sustantivo de la buena fe en si misma.”<sup>107</sup> Este principio, *Cicerón* lo aplicaba a distintos contratos que en el tiempo del abogado, como hoy, estaban sujetos a la *bona fides*: *tutela*, *societas*, *fiducia*, *mandatum*, *emptio venditio* y *locatio conductio* que, como veremos más adelante, son los tipos de contrato donde precisamente surgen las primeras figuras de distribución de riesgos por eventos sobrevenidos.

---

<sup>105</sup> El resumen de la causa es de Schermaier, *Ibíd.*, 69.

<sup>106</sup> La causa curiana hace relación a un litigio sobre un testamento. *Marco Coponio*, previniendo su muerte y convencido que su esposa estaba embarazada, nombra su futuro hijo como su sucesor estableciendo al mismo tiempo una sustitución pupilar que establecía que si su hijo no llegaba a los 14 años, entonces su sucesor sería *Manilo Curio*. Muerto *Coponio*, se descubre que su esposa no estaba embarazada; *Curio* acude al tribunal de los *Centunviro*s, encargados de resolver cuestiones de herencias. *Curio* sostiene que la verdadera intención de *Coponio* era hacerlo heredero en segundo lugar y en cualquier circunstancia. El heredero agnado, hermano de *Coponio*, era partidario de una interpretación literal y sostenía que *Curio* solo sería heredero en el caso que falleciese el hijo antes de cumplir los 14 años, como eso no había ocurrido, *Curio* no tenía derecho a la herencia. El tribunal falló a favor de *Curio* estableciendo una nueva forma de interpretación apegada más a la real intención de las partes que a la letra literal. Disponible en <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/La%20Causa%20Curiana-Dra.%20Filippi%20y%20equipo.doc.pdf> consultada enero 2015.

<sup>107</sup> Schermaier, *Ibíd.*, 68.

Hemos incorporado esta breve relación a la buena fe porque desde algunos puntos de vista, como veremos posteriormente, la *clausula rebus sic stantibus* no es sino una expresión o resultado de aplicar el principio de *bona fides* y su estándar, la *equitas* a este tipo de situaciones, es decir las derivadas de eventos imprevistos que alteran el equilibrio contractual. De hecho, Zimmermann estudia el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* en la *bona fides*. Por ejemplo, para Zimmermann, las soluciones dadas a los casos que conocen los efectos de la inflación en contratos de largo plazo, son colocadas bajo las instituciones de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage, imprevision, eccessiva onerosità y frustration*<sup>108</sup>.

Rescatamos, de otro lado, por la importancia para este trabajo, la postura ciceroniana sobre el cumplimiento de los contratos y las excepciones a dicho principio. Ante todo debemos resaltar su peculiar punto de vista sobre la negociación de un contrato; considera Cicerón que en los contratos de compra venta, no debe haber más que un momento de negociación:

...el hombre bueno ni para comprar ni para vender mejor simulará ni disimulará nada...Por consiguiente hay que desterrar de los contratos toda mentira. No hará intervenir el vendedor a un falso comprador para alzar el precio; ni el comprador a un contrincante que ofrezca menos. Uno y otro cuando lleguen a fijar el precio, no hablen más que una vez.<sup>109</sup>

Peculiar punto de vista que procede de un hombre que buscaba el ejercicio de la virtud. De hecho nada más alejado de la usual práctica del regateo o de la práctica comercial. Mundos distintos, efectivamente aunque ya en la época de Cicerón, el dios Mercurio fungía de dios de la comunicación, de la persuasión, de los comerciantes, pero también de los ladrones, lo que no hace sino mostrar la diferente concepción que sobre la divinidad tenían los griegos y romanos respecto de la Occidental, maniquea la mayor parte del tiempo y del espacio.

Sobre los contratos, conforme señalamos antes, Cicerón opina que la honestidad surge del cumplimiento de convenios y los pactos pues de ellos se deriva la paz social: “Hay que observar siempre los pactos y las promesas que se han hecho `sin violencia y sin mala intención` (dolo malo)”<sup>110</sup>, sin embargo, tampoco se debe

---

<sup>108</sup> Zimmermann, Reinhard et Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 557 y siguientes.

<sup>109</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 222, en III, 61.

<sup>110</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 239.

olvidar que esos pactos, conforme Cicerón, se dan en un tiempo y en una circunstancia:

...las obligaciones civiles que toma el hombre justo y honorable, cambian, a veces según los tiempos y las circunstancias de modo que en ciertas ocasiones será conforme a la justicia no restituir el depósito, no cumplir la palabra, no practicar cierta acción. La alteración de los tiempos y de las circunstancias lleva consigo la alteración de las obligaciones.<sup>111</sup>

Con el objeto de explicar esta concepción, Cicerón señala una serie de casos, derivados de cambios de circunstancias en los que se duda si se debe cumplir o no el pacto o promesa. Sus ejemplos son de todo tipo, está el del enfermo que promete retomar una medicina en caso de recaer en la enfermedad; debe ser tomada si el enfermo está a punto de morir, señala Cicerón, pero el ejemplo más conocido y más cercano al tema que venimos tratando es el de la espada:

Luego alguna vez no deben cumplirse las promesas, como deben devolverse los depósitos. Si alguien te ha confiado en plena lucidez de la mente la custodia de una espada y te la pide cuando este fuera de sí, es un crimen el devolverla; el deber es no entregarla. Y si se ha entregado dinero en depósito, declara la guerra a la patria, ¿le devolverías el depósito? No lo creo, porque obrarías contra la República, que debe ser el principal objeto de tu amor.<sup>112</sup>

Llega a dicha conclusión porque "...cumplir las promesas, observar los pactos convenidos, cuando lo útil se convierte en perjuicio dejan de ser honestos."<sup>113</sup> Y como hemos visto, lo honesto es siempre honesto pero lo útil no siempre es honesto y de allí que Cicerón prefiera lo honesto a lo útil.

Más adelante analizaremos las circunstancias de ese incumplimiento; si caben o no en la concepción de una circunstancias sobrevenida, imprevista, gravosa. Es importante señalar, sin embargo, que el *topos* de la espada y el loco, no es introducido ni creado por Cicerón; de hecho, como se ve en varios momentos de "De los deberes", Cicerón cita profusamente a Platón, en especial, cuando analiza los motivos que le llevan a un hombre a ser justo. Para analizar ese tema, Cicerón recurre al mito del anillo de Gíges<sup>114</sup> que si bien es citado por Heródoto se hizo

---

<sup>111</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 234.

<sup>112</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 241.

<sup>113</sup> Cicerón, *Ibíd.*

<sup>114</sup> Cicerón, *Ibíd.*, 210.

célebre por la explicación platónica<sup>115</sup>. El punto a resaltar es que muchos autores (Andreas Thier y Salvador Coderch) atribuyen el texto de la espada a Cicerón cuando resulta evidente que Cicerón conocía el texto platónico (*La República*) y es en el mismo texto donde se introduce frente al análisis de la justicia, el *topos* del loco y la espada. Platón en *La República* señala:

Pero, ¿está bien definida la justicia haciéndola consistir simplemente en decir la verdad y en dar a cada uno lo que de él se ha recibido? ¿O más bien, son estas cosas justas e injustas según las circunstancias? Por ejemplo, si uno después de haber confiado sus armas a su amigo, se las reclamase estando demente, todo el mundo conviene en que no debería devolvérselas, y que cometería un acto injusto, dándoselas. También están todos acordes en que obraría mal, si no disfrazaba algo la verdad, atendida la situación en que su amigo estaba.<sup>116</sup>

No debemos olvidar que si bien el texto de Platón lleva el nombre de “La República”, no es menos cierto que su propósito declarado es dilucidar si le conviene más a un ciudadano ser justo o injusto, con ese objeto Platón se vale de la figura de Sócrates, lo cual parecería emsombrecer más la paternidad del *topos* de la espada y el loco. En la perspectiva de Platón señalada en *La República*, no solo que es consentido para muchos el no devolver la espada sino que se le autoriza a *disfrazar la verdad*, conforme el espíritu general de la obra, donde llega a afirmar que: “Si hay alguien a quien le sea lícito mentir, éste sólo puede ser el que gobierna la república, que podrá engañar a sus enemigos o a sus conciudadanos en beneficio de la comunidad, pero ningún otro está autorizado a hacerlo”<sup>117</sup>. Este disfrazar la verdad, por supuesto, no se lee en Cicerón y tampoco en Séneca ni en Aristóteles pero es importante señalar el origen platónico de la fábula de la espada con el objetivo de situar temporalmente la doctrina que señala que el cambio de circunstancias podía afectar el cumplimiento de los contratos o promesas; en el caso de este *topos*, si bien se ha utilizado generalmente para explicar el cambio de circunstancias, observamos que el cambio que se produce no es de circunstancias propiamente dicho sino en la capacidad mental del *furioso* que pierde la razón, para juzgar lo cual existe una

---

<sup>115</sup> Cicerón, *Idíd.*

<sup>116</sup> Platón, *La República*, Santa Fe de Bogotá, Panamericana Editoria, 1997, 13.

<sup>117</sup> Platón, *La República*, 389b. También es necesario resaltar la lectura que hace Carl Schmitt a las ocasiones en que el dictador puede maniobrar en relación a “medidas” antes que a “normas” y el papel de la cláusula *rebus sic stantibus* en el cambio de circunstancias que alteran el contrato social, en Schmitt, Carl, *Dictatorship*, Polity Press, Cambridge, UK, 2014, libro electrónico, 214.

disciplina distinta; de hecho, como veremos a su tiempo, existían varias leyes griegas o argumentos utilizados por los griegos para atemperar la ley de hierro del cumplimiento de los contratos.

### I.III. Los beneficios de Séneca

*...iremos a donde nos conduzca la verosimilitud. Todo negocio humano va por este camino; así sembramos, así navegamos, así militamos, así tomamos mujer; así criamos a los hijos, y aunque sabemos que el éxito de todas estas cosas es incierto, a ellas nos decidimos porque creemos poder tener en ellas alguna confianza.*  
Séneca.

En la literatura contemporánea sobre el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, es frecuente considerar a Séneca como el antecedente remoto del mismo. Algunos lo hacen partiendo de la temática de la repartición de riesgos en el derecho romano. Neme Villareal, por ejemplo, señala que cuando se estudia la forma en que el derecho romano trató la pérdida de la cosa debida y la repartición de los riesgos, es necesario analizar la distinción entre responsabilidad y riesgo; para ello, cita la autoridad moral de Séneca:

¿Acaso piensas tú que nuestros antepasados fueron así de necios de no entender que era gran injusticia poner sobre el mismo plano quien ha dilapidado en la juerga y en los juegos de azar el dinero tomado en préstamo y quien por un incendio o un hurto o cualquier desgracia más grave ha perdido los bienes ajenos junto con los suyos?<sup>118</sup>

Esa pregunta se la hace Séneca en su obra “De los beneficios” (*De beneficiis*) respecto de la necesidad de cumplimiento de las promesas hechas por caballeros; en el primer caso (quienes han dilapidado en la juerga o juegos de azar), parece manifiesto la obligación que tiene ese tipo de deudor de cumplir la obligación, pero en el segundo (quienes por desgracia más grave han perdido los bienes ajenos junto con los suyos), no es tan clara la respuesta puesto que la imposibilidad de cumplimiento se atribuye al *casus*<sup>119</sup>, que es el *topos* donde los juristas romanos

---

<sup>118</sup> Séneca, *De Beneficiis*, VII, XVI, 3.

<sup>119</sup> Neme Villareal, Martha Lucía, *Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida, disponible en*

ubicaron el principio que posteriormente se conocería como *rebus sic stantibus*. En la doctrina europea contemporánea es común esta percepción, el profesor Andreas Thier de la Universidad de Zurich<sup>120</sup>, señala que Séneca habría establecido los aspectos morales esenciales del principio al declarar en uno de sus Diálogos, lo siguiente: “Todas las circunstancias deben ser las mismas que fueron cuando hice la promesa para que puedas obligar mi fidelidad.”<sup>121</sup>

Esta cita, extraída también de su diálogo “De los beneficios” (*De Beneficiis*), conforme lo señala Thier, fundaría los aspectos morales esenciales del principio *rebus sic stantibus*. Cosa similar ocurre con la doctrina española, colombiana, inglesa y norteamericana<sup>122</sup>.

Es posible, sin embargo, disentir de esta opinión por cuanto, como señala Séneca en la misma obra (*De Beneficiis*, 1, 6, 1), los beneficios son:

El acto de benevolencia, que causa placer y lo recibe, dándolo, inclinada a hacerlo por gusto y por disposición natural. De suerte que no es la obra o el don lo que importa, sino la intención, porque el beneficio no consiste en lo que se hace o se da sino en la disposición del espíritu del que da o del que hace.<sup>123</sup>

Al inicio de su obra Séneca explica el motivo que le lleva a escribirla, señalando que Liberal (el sosías con el que abre el diálogo) sostiene que “...(E)ntre los muchos y varios errores de quienes viven con temeridad y sin consejo” no hay ninguno tan perjudicial como el no saber dar y recibir los beneficios. Se trata, por ende, de una obra en que reflexiona sobre la forma de dar y recibir “actos de benevolencia” a los que denomina beneficios con lo que, conforme con la doctrina antes señalada, se fijarían las bases morales de la cláusula *rebus sic stantibus*.

---

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=529>. Como veremos más adelante, el dilema planteado por Neme Villareal es un dilema falso según Gordley puesto que la solución planteada por el derecho romano respecto de la *impossibilitas* se contradice cuando se analiza la culpa ordinaria versus lo que posteriormente se denominó la “exactísima diligencia”, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html>.

<sup>120</sup> Thier, Andreas, Legal History, en *Unexpected Circumstances in European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 16.

<sup>121</sup> Séneca, Lucio Anneo, De los beneficios, en *Obras Completas*, Madrid, Aguilar, 1966, 378, en 4,35,3.

<sup>122</sup> Para la doctrina colombiana, Chamie Gandur, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pag. 96 y siguientes; Para la doctrina española, Salvador Coderch, Pablo, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1495082](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1495082).

<sup>123</sup> Séneca, Beneficios, 318.

Sin embargo, como se desprende de la cita recientemente transcrita, en el beneficio lo que importa es la intención, es decir la disposición del espíritu del que da o del que hace, para lo cual, como es muy difícil conocer el ánimo del hombre, es preciso partir de ciertas presuposiciones:

¿Qué harás – dices – mientras ignoras si es ingrato o si es agradecido? ¿Esperarás, por ventura, saberlo, o no perderás la coyuntura de hacer la buena obra? La espera es larga (pues, como dice Platón, es muy difícil conocer el ánimo del hombre) y no esperar es temeridad. A eso yo responderé que jamás esperamos nosotros mismo la certinidad absoluta, porque la rebusca de la verdad es dificultosa; sino que iremos a donde nos conduzca la *verosimilitud*. Todo negocio humano va por este camino; así sembramos; así navegamos; así militamos; así tomamos mujer; así criamos a los hijos, y aunque sabemos que el éxito de todas estas cosas es incierto, a ellas nos decidimos porque creemos poder tener en ellas alguna confianza. Porque, al sembrador, ¿quién le asegura la cosecha, y al marinero el puerto, y al milite la victoria, y al marido una mujer casta, y al padre hijos cariñosos? Seguimos el camino por donde nos llevó, *no la realidad sino la razón*. Espera tú a no hacer sino aquello de que tengas certeza de que ha de salir bien y no a querer saber cosa que no sea verdad averiguada; dejarás toda actividad y se te parará la vida. Siendo, pues, la verosimilitud la que me impulsa a tal acción o a tal obra, haré el beneficio al que tenga visos de similitud que ha de ser agradecido.” (Énfasis añadido).<sup>124</sup>

La presuposición de la que parte Séneca, puesto que la certidumbre absoluta es imposible, es la razón, no la realidad; la razón es la que nos brinda la verosimilitud necesaria para otorgar tal o cual beneficio o embarcarnos en tal o cual empresa. Lo cual, como se verá en capítulos posteriores, ayuda a conformar esa sensación de confianza a la que se refiere Niklas Luhmann<sup>125</sup>.

Igual de importantes son los aportes de Séneca al momento de determinar las circunstancias en las que se presta o no un beneficio, que es cuando realiza el pronunciamiento citado por Thier. Cuando se trata de las circunstancias, Séneca señala que las apariencias de las cosas a las que damos crédito son falaces (4,34,1) pero no hay otro camino que ese pues el hombre no tiene otra forma por la que gobernar su pensamiento (4,34,1) y la consecuencia es que:

---

<sup>124</sup> Séneca, *Ibíd*, 377.

<sup>125</sup> Luhmann, Niklas, *Confianza*, México, Antrophos, 1996, 5: “Toda la experiencia humana del tiempo tiene como su última causa la experiencia de duración a pesar de las impresiones cambiantes”.



Yo me esforzaré por evaluarlo con sumo detenimiento y me guardaré de darle crédito demasiado deprisa....Si sé que es un ingrato no le daré el beneficio... ¡Pero si es un hipócrita! ¡Si es un impostor! En este caso la culpa no es del bienhechor porque yo se lo di a fuer de agradecido. ‘Si prometiste – dice – un beneficio y averiguas luego que se trata de un ingrato, ¿lo harás, o no? Si lo haces a sabiendas, pecas, porque lo haces a quien no debes; si te niegas, pecas también por negarte; no lo haces a quien lo prometiste<sup>126</sup>

En ese caso la conciencia vacila entre la ingratitud o el incumplimiento de lo ofrecido, y por ende, una suerte de auto reprimenda. Para aclararlo, veamos la forma en que Séneca analiza la forma en que toma las decisiones el hombre sabio. Al ser sabio, nada hay que haga mudar su pensamiento, puesto que antes de decidirse por una u otra cosa, de comprometerse, el hombre sabio<sup>127</sup> analizó los pros y contras de tal o cual decisión, por lo que no es posible que la mude y por ende debe cumplir su promesa, a menos, señala, que las circunstancias en las que hizo la promesa hayan cambiado:

El sabio no muda el consejo mientras las cosas están en el mismo ser que tenían cuando lo tomó; y por eso nunca se arrepiente, porque nada más acertado pudo hacerse en aquella sazón ni determinarse cosa mejor que la determinada; por otra parte emprende toda obra con esta salvedad. *Si no sobreviene algún caso que le impida.* Por esta razón decimos que todo le sucede según lo previsto y nada contra lo que pensó, *porque siempre previno mentalmente que puede atravesarse algún accidente que impide lo que tenía deliberado.*” (Énfasis añadido).<sup>128</sup>

La importancia de este párrafo consiste, entre otros aspectos, en subrayar la diferencia entre previsible e imprevisible. Mientras lo previsible está en la cabeza del sabio, lo imprevisible hace que las circunstancias muden y por ende, no obligan al cumplimiento del beneficio prometido. Pero también es importante en tanto y en cuanto señala que si sobreviene algún caso que le impida al sabio cumplir el beneficio prometido, entonces será eximido de dicho cumplimiento ya que, señala

---

<sup>126</sup> Séneca, *Ibíd.*, 377.

<sup>127</sup> El problema que se plantea con este razonamiento, igual que con el de Aristóteles, es que el hombre sabio es más que todo un ideal al que los hombres deberíamos acercarnos con nuestros actos; en consecuencia, al tratarse de un ideal es poco realista pretender aplicar las conclusiones que se obtienen de la actuación de un hombre sabio al hombre común. Es casi como si se tratara de otra especie de ser humano, una que la antigüedad clásica vislumbró pero que en una sociedad irracional y centrada en la búsqueda de beneficios materiales y la satisfacción inmediata que otorga el consumismo y la inmediatez, es casi una quimera.

<sup>128</sup> Séneca, *Ibíd.*

Séneca, “(s)ubsiste siempre una *exención implícita*: “si puedo, si debo, si no cambian las circunstancias”<sup>129</sup> (Énfasis añadido). Se señala que las condiciones para dicha exención serían:

1. que no haya sido previsto (no en el sentido de que pudo y no fue previsto, sino que se trata de algo de imposible previsión para un hombre)
2. que haya sobrevenido (que ocurrió con posterioridad a su deliberación)
3. habrá una exención implícita (no es preciso acordarla de forma expresa).

Por supuesto, la importancia de este aporte de Séneca es fundamental. Sin embargo, hay que considerar que más adelante el propio Séneca excluye los negocios (como el crédito) de sus consideraciones a este respecto. Ello porque como vimos, el beneficio es el otorgamiento de un don, de una gracia<sup>130</sup> cuyo motor es el agradecimiento, es decir una intención y por ende perteneciente al fuero interno del promitente. Al discutir sobre el cobro de una deuda, Séneca citando a Zenón<sup>131</sup>, se pregunta si habiendo prometido un préstamo a quien posteriormente se descubre como falso, se debe cumplir el beneficio ofrecido. Lucio Anneo Séneca, que era un reputado abogado, señala: “*Lo primero un crédito es cosa diferente de un beneficio. El dinero mal prestado puede recobrase: puedo llamar a juicio al deudor el día del vencimiento, y si se declara en quiebra tendrá la prorrata; mas el beneficio se pierde total e inmediatamente.*”<sup>132</sup>. De otro lado, se podría afirmar que el beneficio en la obra de Séneca no es sino una obligación moral y no sería posible obligar a través de la ley el cumplimiento de un deber moral.

De forma expresa Séneca señala que una es la disciplina de los beneficios y otra la de los créditos, en ese caso, el beneficio se pierde con el descubrimiento de la nueva circunstancia pero la obligación continúa. Este señalamiento último nos presenta la problemática de si podemos adaptar el pensamiento destinado al

---

<sup>129</sup> Séneca, *Ibíd.*, 380, en 4,39,5.

<sup>130</sup> Cfr. Séneca, *Ibíd.*, 316, en 1,3,3, cuando describe como las Gracias son concebidas por los hombres de su época: “¿Por qué las Gracias son tres, y por qué son hermanas, , y por qué están asidas de las manos y por qué las pintan risueñas y mozas de fresca edad y vírgenes, con la vestidura suelta y transparente?” Y, más adelante, responde: “Son risueños sus rostros como acostumbran serlo los de quienes dan o reciben beneficios. Son jóvenes porque no deben jamás envejecer la memoria de los beneficios recibidos. Son vírgenes porque son incorruptibles, sin mancha, santas para todos. Desde en ellas toda atadura, toda coacción; por eso van con las túnicas sueltas; y las llevan transparentes, porque las buenas obras quieren ser vistas.” Y esa sensación es la que parece dejar el discurso que convierte a la santidad de los contratos en un fetiche.

<sup>131</sup> Hay que recordar que Séneca discute con los epicúreos y es a sus figuras a quienes achaca los yerros de dicha doctrina; en este caso se refiere al filósofo Epicúreo Zenón. Cfr.

<sup>132</sup> Séneca, *Ibíd.*, 379, en 4,39,4.

otorgamiento de beneficios, dones, gracias, bienes, basados en intenciones y cuyo motor es la gratitud, a transacciones cuyo motor principal es el lucro. En la doctrina de los beneficios de Séneca, el descubrimiento de la nueva circunstancia, respecto del dinero, hace que el beneficio cese pero la obligación sigue siendo exigible, que es precisamente lo contrario que pretende el principio *rebus sic stantibus*.

Si el motor que hace entregar un beneficio es la gratitud y sobre eso discurre Séneca en su texto “De los beneficios” y si el propio Séneca afirma que cosa bien distinta al beneficio es un crédito, cuyo motor es el lucro, parecería forzado afirmar que Séneca tuvo en mente las transacciones comerciales como el crédito cuando reflexionaba sobre las circunstancias que eximen el cumplimiento de la promesa. Thier lo deja muy claro cuando dice que el párrafo señalado se refiere a la esencia moral de la clausula *rebus sic stantibus*, pero parecería que el mejor aporte desde el punto de vista moral, no es precisamente el establecimiento de la continuidad de las circunstancias, sino en atribuir la fuerza para excusar el cumplimiento de la promesa no al cambio de circunstancias en sí, sino a que las mismas no hayan sido previstas, hayan sobrevenido y, sobre todo, al hecho de que la excusa se encuentre implícita en toda promesa de beneficio. Ahora está por ver, si dicha circunstancia moral fue pensada por Séneca para ser aplicada en transacciones comerciales, lo cual, aparentemente es dudoso<sup>133</sup>. Por otra parte, en “De los beneficios” se hace referencia a una práctica repetida de la élite romana consistente en la circulación de bienes, de manera voluntaria (no obligatoria como *officis*, que es precisamente el tema sobre el que Cicerón basa su estudio sobre este mismo tema y al que nos referiremos más adelante) distinguiendo de ese modo la circulación de dones de otro tipo de circulación de bienes entre la élite romana, es decir la circulación debida al deber y la circulación mercantil propiamente dicha.

Como señala Miriam Griffin, el tratamiento de los *beneficia* entre griegos y romanos fue bastante importante y cita como ejemplo los trabajos de Jenofonte y Aristóteles que preanuncian la deriva que tendría este tema y la influencia que el Estagirita tendría en el trabajo de Teofrasto, uno de sus principales sucesores y que

---

<sup>133</sup> De hecho Séneca llega a decir: “Nadie registra los beneficios en el libro de los vencimientos ni a manera de avariento ejecutor; no los reclama puntualmente en el día y hora de plazo”, en Séneca, *Ibíd*, 315, en 1,2,4. Concuerta con esta opinión Fear, Trevor, *Of Aristocrats and Courtesans: Seneca, De Beneficiis* 1.14. *Hermes: Zeitschrift für klassische philologie*, 135(4), 460–468.

con su “*De gratitud*” inicia una larga línea de influencia que continúa con Epicuro (“Sobre los dones y la gratitud”), Crisipo (“Sobre los deberes” y “De los favores”), Cicerón (“De los deberes”) y el que acabamos de tratar de Séneca (“De los beneficios”) aunque hay referencias a una obra perdida de Séneca que habría llevado el mismo título que la de Cicerón, “De los deberes”<sup>134</sup>. Como se ve, la influencia que tuvo Séneca sobre autores como Cicerón marca una diferencia fundamental en la apreciación de los beneficios que un caballero podía otorgar, tan distante de los actos de comercio que podía realizar y que es la consecuencia de probables equívocos.

## II. Los eventos sobrevenidos en el derecho griego.

Con el fin de encontrar pistas comunes en el desarrollo de la institución de la distribución del riesgo por eventos no sobrevenidos, estableceremos de forma provisional, un concepto que nos ayude a comprender lo que estamos buscando. El incumplimiento del contrato puede ser imputable a una de las partes, en cuyo caso nos referimos a responsabilidad por culpa o negligencia; pero, cuando el mismo no puede ser imputable a las partes y ocurre por un hecho sobrevenido, los sistemas legales usualmente proveen un remedio que consiste en la distribución del riesgo; esa distribución del riesgo ocurre por disposición de la ley o por disposición contractual y las partes deciden que el mismo sea asumido por deudor, acreedor, por ambas partes o por las partes y un tercero, configurándose una auténtica distribución del riesgo por hechos sobrevenidos no imputables a las partes, que es el corazón de la denominada *cláusula rebus sic stantibus*.

En este capítulo pasaremos revista a algunas instituciones del derecho griego para luego analizar un caso referido a un contrato suscrito para el transporte de mercancías en el cual Demóstenes defiende la imposibilidad de aplicar la cláusula por eventos sobrevenidos no imputables a las partes (una tormenta) y en el cual se explican las responsabilidades del capitán en el caso de aligeramiento de la nave y la forma de distribuir los gastos y pérdidas en ese caso para, finalmente, ilustrar la figura de la renegociación de ciertas cláusulas contractuales en Efeso debido a una guerra y cómo se ordena renegociar algunos contratos bancarios debido a esa guerra.

---

<sup>134</sup> Miriam Griffin, De Beneficiis and Roman Society, *The Journal of Roman Studies*, Vol. 93, (2003), pp. 92-113

## II.I Normas griegas en general

Como es conocido, el derecho griego se desarrolló de modo distinto del romano; no diferenciaron, por ejemplo, la propiedad de la posesión y las normas relativas a la compra venta fueron poco evolucionadas. La mayoría de los testimonios o información que han llegado a nosotros respecto de la compra venta u otros contratos proviene de textos de Plauto, basadas a su vez en obras atenienses<sup>135</sup>. No existían en Atenas, normas relativas a la venta a crédito; “...until the buyer paid, the sale had not legally been made and the land or goods remained the property of the seller...”<sup>136</sup> sin embargo<sup>137</sup>, el comprador, podía entregar un depósito en adelanto de la futura compra (*arrabon*) como se mencionan en varias de dichas obras<sup>138</sup>. Tenían en el Ágora, siempre según MacDowell, alguna norma prohibiendo las falsas declaraciones sobre la calidad del producto y habían diseñado un complejo sistema para el registro de propiedad inmueble que permitía anunciar la venta de bienes inmuebles en la plaza para evitar problemas en cuanto a límites o propiedad.

En cuanto al arrendamiento (*misthosis*) y al canon (*misthos*), en un principio se trataba básicamente de contratos de partición de producción agrícola pero hay evidencia que para el siglo V ya estaba completamente establecido el pago de canon en dinero. En el caso de arrendamientos con el estado o entidades públicas como el *deme* el arrendamiento se grababa en una piedra a la vista de todos<sup>139</sup>.

En el caso de créditos, aunque la esclavitud por deudas fue eliminada por Solón hacia el siglo VI, los bienes del deudor fallido, todavía podían ser tomados por el acreedor; existían todo tipo de hipotecas, prendas y garantías<sup>140</sup>.

En el tema que nos interesa tenemos el caso de la dote. Con el fin de obtener la devolución de una dote, los griegos establecieron la *apotinema* (que se puede traducir como “tasación”). En el caso de que el matrimonio terminase por divorcio o muerte, el padre podía solicitar la devolución de la dote dada al esposo por lo que,

---

<sup>135</sup> MacDowell, Douglas, *The law in classical Athens*, London, Thames & Hudson, 1979, pag. 138 y sigs.

<sup>136</sup> MacDowell, *Ibíd*, pag. 139.

<sup>137</sup> Una visión distinta del desarrollo de la deuda la proporciona David Graeber quien relaciona el desarrollo del vínculo obligacional con el del complejo militar que necesitaba el modelo de acuñación de la moneda para subsistir y el de esclavitud para expandirse; *cfr.* Caps. 9 sobre “The axial age” y siguientes. Graeber David, *Debt*, New York, Melville House Publishing, 2012.

<sup>138</sup> MacDowell cita entre otras las siguientes comedias de Plauto: *Mostellaria*, *Pseudolus* y *Rudens*.

<sup>139</sup> MacDowell, *Ibíd*, pag. 141.

<sup>140</sup> MacDowell, *Ibíd.*, pag. 142 y siguientes.

para seguridad de la devolución de la dote, se podía otorgar una “prenda” sobre un inmueble que en caso de muerte o divorcio, servía para garantizar la devolución de la dote que el padre de la esposa hubiese entregado a su marido. El caso más citado se encuentra en *Contra Onetor* uno de los alegatos judiciales de Demóstenes, en el que éste ataca los argumentos dados por *Onetor* al solicitar la devolución de un *apotinema* que había dado para asegurar la dote que *Onetor* había dado a *Aphobus* por el matrimonio de la hermana de aquel. Demóstenes logra demostrar que las tierras ya le pertenecían a *Onetor* y que en consecuencia no tiene nada que restituir. De la misma forma que los contratos de arrendamiento, los contratos referidos a inmuebles se registraban en unas marcas que se colocaban en los linderos de las tierras en cuestión. Un ejemplo es este citado por MacDowell: “Mark (*horos*) of land and house, valuation (*apotinema*) of dowry for Timodike, daughter of Phillipos of Anagyrus, 4500 (drachmas).”<sup>141</sup>

Como se verá más adelante, el tema de la dote se halla íntimamente ligado a la historia del principio *rebus sic stantibus* o mejor dicho, con la distribución del riesgo entre los contratantes. Muchas de las disposiciones que contenían ciertas condiciones para la distribución del riesgo se fundamentan justamente en disposiciones legales cuyo objetivo era redistribuir los riesgos en el caso de eventos imprevisibles o cuya eventualidad no sea posible fijar, como divorcio o muerte.

MacDowell señala que dichos procedimientos sobre propiedad se resolvían mediante los denominados *dike* aunque algunos autores sostienen que todos los procedimientos sobre propiedad se resolvían mediante los *diadikasia* (usuales en procesos de expropiación) no existe evidencia suficiente al respecto. De todos modos, tanto las controversias sobre propiedad como sobre dinero, se resolvían ordinariamente por la *dike*. Al ser Atenas una nación con un extenso comercio exterior, la regulación de las controversias marítimas eran abundantes y detalladas. El mecanismo para resolver esas controversias eran los casos mercantiles (*dikai emporikaí*); estos se llevaban delante de los *themostethai* (guardianes de la costumbre) en casos que se celebraban entre *Boedromion* y *Mounikhion* (es decir entre Septiembre y Abril), lo que no deja de llamar la atención tomando en cuenta que los meses de veranos se prestan mejor para la navegación y por ende la

---

<sup>141</sup> Citado por MacDowell, *Ibíd.*, pag. 145.

obtención de ganancias, mientras que en invierno es preferible quedar varado esperando la resolución de una disputa judicial (en cuya proceso inicial se tardaba al menos treinta días) que además podían iniciarse de forma mensual<sup>142</sup>.

## II.II. Demóstenes y la práctica legal griega.

Uno de los aspectos más interesantes de los contratos mercantiles griegos era la exigencia de que sean por escrito y en los alegatos y discursos de Demóstenes se pueden encontrar una serie de especificaciones sobre la forma y circunstancias en que estos contratos debían ser redactados:

A loan could be secured on a ship, or on the slaves who formed its crew, or on the cargo; the borrower could be required to purchase certain kind of goods in a certain port, take them to a certain other port, or to any of several specified ports, sell the goods there, use the money to buy certain other kinds of goods, and so on, before finally repaying the loan with interests; and there would be special clauses to say what a repayment, if any, should be made if the ship was wrecked (all the contracts about which we have information specified that no repayment was required in this case; thus a loan could serve as a kind of insurance for the merchant) *or if a part was thrown overboard to lighten the ship in a storm.*" (Énfasis agregado).<sup>143</sup>

Este último caso es precisamente el mencionado por Aristóteles en su *Ética a Nicómano* y por Demóstenes en los alegatos que señalaremos más tarde, donde podemos ver con claridad la forma en que la ley griega distribuía los riesgos en caso de fuerza mayor pero también en casos en que ocurrían riesgos que no evitando de forma absoluta el cumplimiento de la obligación sí la hacían más onerosa para una de las partes, el armador o el capitán de la nave. Como veremos en el Derecho romano, en casos en que el capitán se veía obligado a arrojar por la borda ciertas mercancías, la carga se distribuía entre el resto de comerciantes que hacían el mismo viaje. Igual que el caso descrito por Aristóteles y que quedó consignado en el capítulo anterior.

El caso de Demóstenes es sugerente. En el *Discurso contra Lácrilo*, se cuenta la historia de un préstamo impagado debido a un naufragio; la importancia de este discurso es que los documentos que se conservan son genuinos, no han sido alterados y el contrato es de los pocos documentos históricos de este tipo que se conservan en

---

<sup>142</sup> Explicado por MacDowell, *Ibíd.*, pag. 233.

<sup>143</sup> Citado por MacDowell, *Ibíd.*, pag. 233.

su integridad<sup>144</sup>. La controversia tuvo lugar alrededor de 351 a. de C. El párrafo que nos interesa se halla en 35. 10 – 13. Haremos un breve resumen del caso. Andrócles (ateniense) y Nausícrates (natural de Carystus en Eubea) suscriben un convenio de préstamo mercantil<sup>145</sup> con Lácrito, hermano de Artemo y Apolodoro (de Phaselis en Pamphylia) por el cual estos debían navegar de Atenas a Mende o Scion (en la península de Pallene) y dirigirse al Bósforo o si preferían llegar a Dnieper y, luego de vender su cargamento de vino, regresar a Atenas con una nueva carga para ser vendida allí. Si la carga llegaba a Atenas, se debía pagar el préstamo a una tasa de 22,5% dentro de los 20 días del arribo al puerto, a menos que regresaran del Bósforo, en cuyo caso debían pagar un interés del 30%. Si en lugar de dirigirse al Bósforo decidían permanecer en el estrecho del Helesponto, se pagará la tasa de interés menor y en el contrato, redactado por Lácrito, se establecía que sobre la carga no existía una fianza adicional ni constituirían sobre ella una seguridad adicional posterior.

Andrócles, el demandante, alega una serie de incumplimientos: que no embarcaron la cantidad de vino estipulada en el contrato, que tomaron una fianza adicional, que no compraron a su regreso una carga suficiente para satisfacer el contrato, que en lugar de entrar en el puerto regular de Atenas, entraron en un puerto al que solo acuden ladrones y contrabandistas y que cuando se les solicitó el pago del crédito, Lácrito y su hermano alegaron falsamente que la carga se había perdido por una tempestad. Lácrito hereda a su hermano y se hace cargo de sus deudas. Al responder la demanda alega que no existió contrato escrito entre Lácrito y Andrócles.

Demóstenes argumenta que es propio de los habitantes de Phaselis en Pamphylia desconocer las leyes y los contratos inventando artificios (recordemos los consejos de Aristóteles, su contemporáneo). Sin embargo, Andrócles, el demandante y Lácrito suscribieron el mismo contrato bajo la misma ley, por ende, debería ser respetada de igual forma y sobre todo porque el demandado Apolodoro, se valió de

---

<sup>144</sup> Demosthenes, *The orations of Demosthenes against Timocrates, Aristogiton, Aphobus, Onetor, Zenothemis, Apaturius, Phormio, Lacritus et al.*, London, Henry G. Bohnm York Street, Covent Garden, 1861, pag. 185 – 202. Edición facsimilar realizada por la University of Michigan Library de la traducción original hecha por Charles Rann Kennedy en 1861.

<sup>145</sup> Recordemos que debido a circunstancias históricas en Atenas, era ilegal hacer un préstamo de este tipo sin que se incluyera una cláusula que obligaba al transportista a traer de vuelta trigo para la ciudad de Atenas, sobre el desarrollo del derecho griego, se puede consultar Arnaoutoglou, Ilias, *Ancient greek laws*, New York, Routledge, 1998.



uno de los amigos de Andrócles, Thrasymedes, para presentarse como personas honestas y cumplidoras de sus obligaciones. El contrato establecía lo siguiente:

And, if the goods are brought safe to Athens, the borrowers shall pay to the lenders the money accruing due according to the agreement within twenty days after their arrival to Athens, without abatement, except for jettison, which the passenger have made for common resolution, or for payments made to enemies, but no deduction shall be allowed in respect of any other loose; and they shall deliver the security entire to the lenders, to be under their absolute control until they have paid the sum due under the agreement.<sup>146</sup>

En la parte final del contrato, se señala lo siguiente:

And, if the ship in which the goods are conveyed should meet with any irretrievable disaster, the security shall be saved, if possible, and whatever is recovered shall be the joint property of the creditors. And touching these matters nothing shall have greater effect than the agreement.<sup>147</sup>

En las dos cláusulas transcritas, se observa la forma en que el contrato griego distribuía la pérdida entre los propietarios de la carga en caso de que sea necesario arrojarla por la borda para la supervivencia de la nave (que además es similar a la utilizada en Roma) y la propiedad común de lo recuperado respecto de los acreedores.

Rann Kennedy considera que esta cláusula beneficia a los acreedores ya que la entiende de este modo:

Though the ship be lost, the lenders shall still have their security, viz., the hypothecated cargo if it can be saved;’ (this harmonises with the previous clause...-”and whatever is recovered from the wreck shall be divided rateably among the creditors”...-meaning not only the creditors under the agreement, but those who had lend money to carry home the cargo, or had a claim for salvage. If... Is confined to the parties to the agreement, I see no force in ....<sup>148</sup>

Es decir, se responde no solo a quienes están siendo transportados sino además a quienes han prestado dinero para la travesía puesto que de otro lado, es decir si excluyese a los acreedores que no forman parte del acuerdo, la solución no tendría fuerza. En esta faceta, el contrato griego es claro, los acreedores no pierden su acción porque la nave se ha perdido, sino que la mantienen sobre los bienes

---

<sup>146</sup> Demosthenes, *Ibíd.*, 190.

<sup>147</sup> Demosthenes, *Ibíd.*, 191.

<sup>148</sup> Demosthenes, *Ibíd.*

recuperados o salvados, cuya financiación haya corrido a su cargo a través del crédito entregado al propietario de la nave y/o su capitán.

De otro lado, durante las deposiciones, los testigos declaran que efectivamente Andrócles prestó a Apolodoro y Artemo la suma de tres mil dracmas en plata y que entregaron el acuerdo a Archenomides de Anagyrus<sup>149</sup>. La prevalencia de la institución de lo que posteriormente se llamaría *pacta sunt servanda*, la encontramos a lo largo del texto:

Those contract which are disputed require a judicial decision, men of jury; but those which are admitted by both the contracting parties, and concerning which there are subsisting nautical agreements are considered by all to be binding, and it is the duty of parties to abide by what is written.<sup>150</sup>

Del mismo modo, la exigencia de que las partes actúen con la prudencia debida es una exigencia en el cumplimiento de los contratos. Demóstenes condena el hecho de que los deudores en lugar de llegar a un puerto seguro se hayan dirigido a un puerto al que usualmente llegaban ladrones: “When they arrived here they do not land in your port, but put into Thieve’s Harbour, which is without the limits of your commercial port; and top up into Thieve’s Harbour is the same as if one was toll and at Egina or Megara.”<sup>151</sup> Y es condenable porque dicho arribo facilitaría las cosas en caso de que se pretenda esconder o desviar bienes o mercancías. En cuanto al argumento de que hubo un naufragio, el mismo no es aplicable al negocio establecido con Andrócles puesto que cuando el navío fracasó, ya habían celebrado otro contrato con otro prestamista:

The defendant Lacritus said, that the vessel had been wrecked in coasting from Panticapaeum to Theudosia, and that, the vessel being wrecked, the goods of his brother which were on board were lost; there was on board some salt fish and Coan wine, and some other things; this they said was the return cargo, and they intended to bring it to Athens, had it not been lost in the vessel. Such was their statement. It is worth your while to learn the wickedness and the mendacity of these men. They had no contract in reference to the vessel, which was wrecked, but it was another

---

<sup>149</sup> Cuando Demóstenes alega sobre las declaraciones de los testigos, ataca a Lácrito quien fuera alumno de uno de los más reconocidos rétores de la época, Isócrates.

<sup>150</sup> Demosthenes, *Ibíd*, 194.

<sup>151</sup> *Ibíd*.

person who had lent from Athens upon the freights to Pontus and upon the vessel itself (Antipater was the name of the lender, a Citian by birth).<sup>152</sup>

Son varios los aspectos que se pueden destacar en todas estas citas; sin embargo, es necesario subrayar los principales. En primer lugar, en los casos de eventos sobrevenidos y no previstos por las partes, se toma en cuenta una distribución de los riesgos entre quienes sufren el evento. En el caso de que haya que aligerar la nave, por ejemplo, el contrato entre el porteador y los contratistas les obliga a deshacerse de mercancía (arrojándola por la borda) y distribuir la pérdida entre todos los navegantes; la pérdida no es asumida solamente por uno de ellos sino que se distribuye entre todos; en segundo lugar, que siempre se considerará la profesión u oficio de quienes contratan, de allí el énfasis en condenar el haber llevado el navío a un puerto no seguro y tercero, el hecho de que la distribución del riesgo se haya hecho de forma contractual; como vimos anteriormente, las partes en el contrato habían establecido la forma de distribuir el riesgo en caso de naufragio o de que hubiere necesidad de aligerar la nave puesto que las partes se han comprometido a un contrato obligatorio y por escrito (“...*there are subsisting nautical agreements are considered by all to be binding, and it is the duty of parties to abide by what is written.*”) y le han dado a dicho contrato una fuerza superior a cualquier otra consideración: “*And touching these matters nothing shall have greater effect than the agreement*”, ordenaba el contrato.

Como se ve las leyes mercantiles griegas, y en especial las referidas a transporte marítimo, tuvieron un gran ímpetu debido fundamentalmente a la posición de los mercaderes atenienses. De hecho, los tribunales mercantiles se establecieron teniendo en mente la necesidad de que las causas mercantiles se despacharan lo más pronto posible; así se puede leer en varios discursos de Demóstenes<sup>153</sup>; según Kennedy, en Atenas, estaban involucrados en el viaje, las siguientes personas: el propietario de la nave, los mercaderes aventureros (en el sentido de que arriesgaban la mercadería, es decir mercaderes a riesgo) y los inversionistas de carga. Kennedy señala que el propietario de la nave pedía préstamos para la navegación; el mercader, era un comerciante que casi no tenía capital y cuya función consistía en pedir

---

<sup>152</sup> *Ibíd.*

<sup>153</sup> En especial en *Against Phormio* y *Against Zenothemis*, Demosthenes, *Ibíd.*, 329 que corresponde a los apéndices redactados por Rann Kennedy para la edición de los discursos de Demóstenes en 1861.

prestado, comprar mercancía, llevarla por los mares a un puerto, venderla en el puerto, comprar mercadería, traerla de vuelta para venderla y poder pagar lo prestado y el inversionista, usualmente un banquero o alguien que conocía el negocio que prestaba el dinero en vista a la alta tasa de retorno que el mismo podía asegurar. Ese era el curso ordinario de las cosas, sin embargo, ocurría que el dueño del navío prestaba el dinero o se encargaba él mismo de adquirir las mercancías, etc. Si ello sucedía por el alto nivel de ganancia que se obtenía a pesar del riesgo:

The premium upon Money lent on maritime adventure was necessarily high, on account on the risk run by the lender. There was in the first place, the hazard losses by sea, including shipwreck and damage by tempest, capture, detention by enemies or pirate, &c.&c.; and the rule was, that the lender was not entitled to payment if the ship or cargo was lost.”<sup>154</sup>

Claramente vemos que la figura que se aplica a la pérdida de la nave y de todos los efectos o mercancía reseñados es la fuerza mayor, no así al aligeramiento de la nave al que se refiere el texto de Demóstenes cuando se habla de aligeramiento de la nave por tempestad, al que nos hemos referido ya. Kennedy señala que las disposiciones de los contratos mercantiles al respecto, se encuentran en varios documentos legales, sin embargo, el que mejor se conserva es el contrato materia del alegato aquí reseñado. En este contrato, redactado por Lácrito, alumno de Isócrates, es decir, un especialista y estudioso, se establece que no se permitirá una reducción de la mercadería, salvo el caso de que haya necesidad de arrojar parte de ella por la borda para seguridad de la nave y de ese modo preservar el resto de la carga. Rann Kennedy dice que:

The regulations respecting it have prevailed among maritime nations for many ages, and are founded on principles on natural equity. It happens usually in a storm. The heaviest or most cumbrous goods are thrown over as a matter of necessity. The merchant is obliged to submit to it for the common welfare, and its entitled to contribution from those who have reaped the benefit, in proportion to the value of the property which has been saved respectively.<sup>155</sup>

Esta forma de distribuir los riesgos entre quienes vayan a obtener ganancia, es decir, el arrojar por la borda parte de la mercancía con el fin de asegurar el bienestar común de los navegantes, era común en los mares mediterráneos de la época; en la

---

<sup>154</sup> Rann Kennedy, *Ibíd*, 331.

<sup>155</sup> Rann Kennedy, *Ibíd*, 337.

actualidad, se conoce como “general average”, pero no cabe duda alguna que era una forma de distribuir los riesgos en caso de un evento no previsto por las partes; de hecho, ese es el fundamento de la figura del “general average”, con un lejano antecedente en las leyes de Rodas recogidas más tarde por el Digesto de Justiniano como lo veremos en su momento. La *Lex Rhodia* señalaba lo siguiente:

If goods are thrown overboard in order to lighten the ship, the loss incurred for the sake of all, shall be made good by the contribution of all. The goods must be thrown overboard. *The mind and agency of man must be employed*; if the goods are forced out of the ship by the violence of the waves, or are destroyed on the ship by lightning or tempest, the merchant alone must bear the lost. They must be thrown overboard to lighten the ship; if they were cast overboard by the wanton caprice of the crew or the passengers, they, or the masters and owners, must make good the lost. The goods must be thrown overboard for the sake of all; not because the ship is too heavily laden to prosecute an ordinary course through a tranquil sea; which would be the fault of those who had shipped or received the goods; but *because at a moment of distress and danger their weight, or their presence, prevents the extraordinary exertions required for the general safety*. When the ship is in danger of perishing from wind or tempest; or when a pirate or an enemy pursues, gains ground, and it is ready to overtake; no measure, that may facilitate the motion and passage of the ship, can be injurious to any one, who is interested in the welfare of any part of the adventure, and every such measure may be beneficial to almost all. *In such emergencies, therefore, it is lawful to have recourse to every mode of preservation, and to cast out the goods in order to lighten the ship, for the sake of all. But the ship and the residue of the cargo be saved from the peril by the voluntary destruction or abatement of part of the goods, equity requires that the safety of some should not be purchased at the expense of others, and therefore, all must contribute to the lost.*<sup>156</sup>

De esta cita se pueden extraer algunas conclusiones:

En primer lugar, si existe un evento imprevisto, se pueden tomar acciones que no impliquen el incumplimiento del contrato de transporte. En el caso de tempestad o ataque de piratas o enemigos (evento imprevisible), se puede arrojar parte de la mercancía (es decir un incumplimiento parcial del contrato de transporte) por la borda y el gravamen (pérdida) de esa acción será distribuido entre todos (distribución del riesgo).

---

<sup>156</sup> Rann Kennedy, *Ibíd*, 338.

En segundo lugar, se requiere del capitán o del propietario del barco, si está presente, que se utilice la experiencia y la agencia del mismo; esto es de especial importancia puesto que no se requiere la mente y la agencia de cualquier hombre, sino la de un hombre experimentado en asuntos del mar; de allí que el capitán o propietario deben actuar con extrema diligencia a la hora de decidir arrojar por la borda los bienes puesto que se trata de una decisión voluntaria de quien incumple el contrato, esto es el capitán.

En tercer lugar, se excluyen de forma expresa los casos en que las mercancías hayan sido destruidas a bordo por un rayo o arrojadas de la nave por la fuerza de las olas, eso claramente se corresponde a una *vis maior* irresistible, como la llamarían posteriormente los romanos. Se trata, en consecuencia, de un acto voluntario; no se trata de un incumplimiento debido a una fuerza extraña e irresistible sino que el capitán conscientemente toma la decisión de arrojar por la borda ciertas mercancías (unas y no otras, las más pesadas primero, las más difíciles de manejar después y luego el resto) en un momento determinado (cuando su experiencia le indique que no es posible resistir más la tempestad o que es preciso aligerar la nave para que navegue más rápido); de otro lado, se debe asegurar al capitán, de que sus actos tengan por objetivo la seguridad de todos y finalmente, y en consecuencia, que la pérdida debe ser asumida por todos; es fundamental entender que dado que en Atenas los contratos marítimos era escritos, como vimos en el caso de Demóstenes, las partes asumían y distribuían el riesgo de ese modo; es decir, era una cláusula común en los contratos de transporte marítimo.

En cuarto lugar, las mercancías debían ser arrojadas para aligerar la nave; se trata entonces de cumplir un objetivo preciso que es aligerar la nave, no vaciarla del todo.

En quinto lugar, se permite arrojar mercancías con el objeto de aligerar la nave, no de cumplir con el capricho o deseo de uno o más de los pasajeros; es decir, debe haber un motivo y ese motivo debe estar justificado. Como vimos en el alegato de Demóstenes, los hechos se probaban generalmente por testigos y son ellos los que relatarán los hechos para probar la responsabilidad del capitán.

En sexto lugar, vemos que el capitán debe probar que arrojó la mercancía para beneficiar a todos los pasajeros o transportistas, no a uno o varios sino a la totalidad.

En séptimo lugar, se indica que los actos del capitán no deben estar motivados porque el navío estuvo cargado de forma excesiva, pues en ese caso, él responde por su falta de diligencia. En consecuencia, se podía echar las mercancías por dos causas, peligro o seguridad y con una diligencia exigida, la del capitán, es decir que la echazón no se deba a su impericia.

Finalmente, todos deben contribuir a la pérdida puesto que se tomaron esas acciones con el fin de beneficiar a todos los pasajeros o transportistas.

Además de las circunstancias mencionadas, Rann Kennedy indica que existían, al tiempo de la redacción del texto, legislaciones que no solo indicaban la forma en que habían de echarse por la borda las mercancías en caso de tempestad o acoso por piratas o enemigos. En algunos casos se señalaba a quiénes debía consultarse sobre la necesidad de arrojar las mercancías o el orden de hacerlo; de ese modo, sea por causa de peligro o por seguridad, se permitía echar por la borda ciertas mercancías, siempre y cuando se aplicase algunos procedimientos y/o reglas con el fin de evitar que, alegando peligro o seguridad, se hurten bienes a los mercaderes que habían contratado el transporte<sup>157</sup>. Como señala Rann Kennedy, en el caso de Demóstenes, se permite la echazón siempre y cuando haya habido una resolución común de los viajantes. Es de especial importancia fijarse que la regla de los contratos mercantiles atenienses era que el prestamista corría con el riesgo, es decir, si llegaba a buen puerto la mercancía, se beneficiaba del riesgo, pero si se perdía, asumía completamente la pérdida<sup>158</sup>; recordemos que la tasa de interés que se pagaba era cercana al treinta por ciento, y se aceptaba dicha tasa por considerar que era el pago a una aventura, cual era surcar los mares en botes de madera; por ello, estos términos eran utilizados ampliamente por los romanos y se denominaban *faenus nauticum o usura*<sup>159</sup> *maritima*.

### **II.III La distribución del riesgo en la legislación de Efesos**

El principio de lo que se conoce actualmente como *rebus sic stantibus* y que ayuda a distribuir los riesgos en caso de eventos sobrevenidos, se conoció del mismo modo en otras *polis* griegas. Tenemos el caso de Efesos (situado en Jonia, Asia

---

<sup>157</sup> Rann Kennedy, *Ibíd*, 339.

<sup>158</sup> Rann Kennedy, *Ibíd*, 343.

<sup>159</sup> Recordemos que *usura* tenía un significado distinto al actual; la *usura* era el precio que se usaba por el uso del dinero y no el exceso ilegal en el cobro de intereses.

Menor) en la que se expidió una ley regulando las deudas (86 a. de C.); esta ley está contenida en inscripciones que se hallan recopiladas en el trabajo del profesor Reinhold Merkelbach (*Die Inschriften von Ephesos*) del cual no existe traducción al español. Sin embargo, el profesor Arnaoutoglou explica que dicha ley fue emitida en un contexto de confrontación militar entre el reino de Capadocia (actual Turquía) gobernada entonces por el rey Mitrídates y Roma. Como señala Arnaoutoglou, al inicio de dichas guerras, muchas *poleis* se pusieron del lado de Mitrídates, que se presentaba como un defensor de la cultura griega en contra de los bárbaros romanos, pero, al inicio del siglo I antes de Cristo, muchas de dichas *poleis* desertaron a favor de los romanos. En el preámbulo de esta ley se señala que Mitrídates conquistó *poleis* vecinas en base a su fuerza y a lo repentino del ataque. Similar a lo que ocurría en el caso de la echazón de mercancías, los ciudadanos se reunieron y decidieron que debido a que se trataba de un asunto de guerra, por peligro a los ciudadanos y por seguridad de los mismos y del templo de Artemisa, siguiendo la moción de Asclépidas, se tomaron una serie de decisiones, entre ellas, expulsar a extranjeros, privar de ciudadanía a ciertos individuos, pero, la que tiene que ver con este trabajo, decidieron que por cuestiones de peligro y seguridad, cancelar las deudas civiles y religiosas:

Anyone who has borrowed form a temple, he shall be released form the obligation to repay the loan, apart form those who borrowed on mortgage form association or the representations; in this case the interest will be charged form the following year till the situation of the people improves.<sup>160</sup>

Lo mismo ocurriría en caso de préstamos civiles, como quedó señalado:

And the creditors who have lent money for maritime loans, loan agreements, deposits, mortgages, remortgages, sales, agreements, contracts and installments came to the assembly of the people and happily and deliberately and in agreement with the people absolved the debtors form all debts.<sup>161</sup>

La ley era tan amplia que afectaba incluso materias bancarias:

And regarding bank affairs, those who have deposited money or given or received pledges during the current year, the exaction of the debts shall follow the law. As for deposits or pledges or earlier years, the bankers and depositors shall arrange the

---

<sup>160</sup> Arnaoutoglou, Ilias, *Ancient greek laws*, New York, Routledge, 1998, Kindle, libro electrónico, posición 1987.

<sup>161</sup> Arnaoutoglou, Ibíd.



payment from the following year and for the following ten years and the interest shall be in proportion.<sup>162</sup>

Es singular que la expedición de esta ley, que postergaba o cancelaba el pago de obligaciones pecuniarias, se de con motivo de una guerra. Cosa similar ocurre en el siglo XX cuando se dictan jurisprudencias con ocasión de la Primera Guerra Mundial en el caso alemán o de la Guerra Civil española, donde se reconoce del derecho de las partes a renegociar el contrato. En el caso español, como bien lo indica Salvador Coderch, hubo un abuso en beneficio o perjuicio de los empresarios que estuvieron en uno u otro bando<sup>163</sup>. Sin embargo, la práctica efesia de determinar los eventos imprevistos a través de una ley es recuperada de forma idéntica por la legislación francesa (Ley Failliot de 1918) que, a la vez que reconoce la existencia de un evento imprevisto que afecta el cumplimiento de obligaciones contractuales, es

---

<sup>162</sup> Arnaoutoglou, Ibíd.

<sup>163</sup> Salvador Coderch, Pablo, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, donde señala que El mismo Tribunal Supremo, en alguna Sentencia muy significativa de la postguerra civil, reconoció esta circunstancia. Así, la STS, 1ª, 5.6.1945 rechazó un recurso de casación interpuesto por los demandados, quienes habían sido condenados en ambas instancias, en un caso de arrendamiento celebrado antes de la Guerra, en 1929, de fábrica de chapas y tableros, por doce años de duración y con opción de compra por precio de 286.332 pesetas. La opción fue ejercitada en 1941 y los demandados se habían negado a otorgar escritura de venta. En palabras del Tribunal Supremo: “Aunque esta Sala, principalmente en sus SS de 14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941, ha señalado la conveniencia y no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del derecho vigente, la cláusula rebus sic stantibus (...) si lo demandasen, imperiosa e inexcusablemente, circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido (...) que lo mismo en el CC que en la legislación de emergencia nacida por imposición de situaciones que la guerra y la revolución crearon, hay atisbos, y aun aisladas aplicaciones, se ha cuidado de subrayar, sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al designio de que, por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva anormal generalización de la doctrina, pudiera padecer la seguridad jurídica, sin motivo bastante, o atacarse, sin sobrada razón, la estabilidad de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes; posición esta que conviene traer a capítulo (...) porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida cuidó de subordinarse su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado... así, las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado (...)” Incluso, señala Salvador Coderch: “Hubo, efectivamente, una legislación especial que ajustó el derecho contractual al desenlace de la Guerra Civil. Al efecto, hay que tener muy en cuenta, la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre “contratación en zona roja”. Esta disposición permitía anular los “contratos celebrados en lugar sometido a la dominación roja con posterioridad al 18.7.36, al amparo de disposiciones emanadas de su ilegítimo poder y contrarios al régimen jurídico subsistente en dicha fecha”, así como modificar el precio del contrato de suministro o contrato de obra. Al efecto, se modificó la competencia de los depurados tribunales ordinarios, estableciéndose un “Tribunal Especial radicante en Madrid” compuesto por tres Magistrados que conocería de los recursos de apelación contra las resoluciones de primera instancia, Tribunal “cuyo fallo pondrá fin al pleito”.

decir de la cláusula *rebus sic stantibus*, establece que dicho imprevisto debe ser reconocido por ley. En la Antigüedad Efesos y en el siglo XX, Francia, son dos casos de reconocimiento del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* a través de ley. En las disposiciones de la ley de Efeso, podemos ver sin lugar a dudas la necesidad de intervenir en el principio de obligatorio cumplimiento de los contratos en casos de peligro y/o seguridad de la comunidad (como en el caso de Demóstenes) y en la necesidad de que las partes renegocien sus contratos en el marco de unas muy precisas reglas expedidas por el poder público, como es el caso de los bancos<sup>164</sup>.

### III. Los eventos sobrevenidos en el derecho romano

El objeto de esta sección es analizar la forma en que el derecho romano distribuyó los riesgos en casos de eventos sobrevenidos no imputables a las partes y que provoquen dificultades relevantes al momento de cumplir la obligación. Para ello mostraremos cómo el derecho romano adaptó sus formas arcaicas hasta incluir los contratos consensuales que a través de la *fides bona* y *condicio* incorporaron formas de distribución de riesgos en casos específicos.

El derecho romano no es un cuerpo homogéneo de dictámenes jurisprudenciales ni construcciones teóricas uniformes sobre instituciones jurídica. En su larga evolución, por ejemplo, los *pacta* vieron modificar su fuerza desde la virulencia con la que se exigía su cumplimiento en la época del derecho arcaico hasta el triunfo del consensualismo hacia el final del imperio justiniano.

Antes de empezar propiamente esta sección es necesario hacer dos advertencias. La primera tiene relación con el acceso restringido a las fuentes del derecho romano, a documentos protegidos (papiros y códices) o a anotaciones efectuados por los glosadores, postglosadores y fuentes bibliográficas sobre dichos materiales. La fuente probablemente mas completa es, sin duda, el *Corpus Iuris Civilis* en la traducción de García del Corral que utilizaremos a lo largo de esta sección. Como corolario de esta advertencia es preciso mencionar que el derecho

---

<sup>164</sup> Recordemos, finalmente, que en el Código de Hammurabi, se señalaba: “Si alguien tiene un crédito a interés y una tempestad devasta el campo o destruye la cosecha, o por falta de agua no crece el trigo en el campo, él no deberá entregar trigo por concepto de intereses ese año y el acreedor deberá modificar su tabla de contrato y no pagar intereses ese año.”, Hammurabi, Código, Madrid, Tecnos, 1997, 13 y 103.

romano se basa fundamentalmente en un conjunto de opiniones emitidas por juristas, de modo que la interpretación de opiniones es una herramienta central a la hora de estudiar el derecho romano.

Sin duda alguna, el trabajo más actualizado sobre el derecho romano y los eventos sobrevenidos es la tesis doctoral que el Prof. Chamie Gandur defendió ante la Universidad Tor Vergata<sup>165</sup> y en la cual analiza profusamente las fuentes romanas. A este respecto, y tomando en cuenta dichas dificultades, seguiremos de cerca el trabajo del Prof. Chamie Gandur, separándonos solo en ciertos momentos que distinguen la orientación de la excelente obra del académico colombiano. Lo mismo ocurre con el trabajo del Prof. Castán Pérez sobre las condiciones implícitas en el derecho romano que si bien no es central en este trabajo es sin duda un excelente aporte sobre esta materia y por tanto lo seguiremos frecuentemente.

La segunda advertencia hace relación con la discusión sobre la existencia en el derecho romano del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta idea no es pacífica pues enfrenta la negativa explícita del Prof. Reinhard Zimmermann quien en su “*The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*”, afirma que la cláusula *rebus sic stantibus* como tal fue desconocida en el derecho romano<sup>166</sup>.

Tres explicaciones se podrían adelantar a este respecto. La primera es que efectivamente, la cláusula adopta el nombre de *rebus sic stantibus* solo en la obra de Bartolo de Sassoferrato (siglo XIV)<sup>167</sup>, en consecuencia no es posible encontrarla con ese nombre en la obra recopilada por Justiniano.

La segunda explicación es que no es posible encontrar en el derecho romano principios generales que lo atravesasen transversalmente pues el mismo no fue construido de forma sistemática o expedido por una autoridad omnipresente como sucede con la ley en el sentido moderno.

---

<sup>165</sup> Chamie Gandur, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, De la vis cui resist non potest a las cláusulas del hardship*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Università Tor Vergata, CNR, 2013.

<sup>166</sup> Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, London, Oxford University Press, 1996, 579.

<sup>167</sup> Aunque Bartolo de Sasoferrato prefería denominarla *rebus sic habentibus*. Bartolus A Saxoferrato, *In secundam ff. veteris partem. Cum adnotationibus Alex. Barb. Parisij, Claud. Á Seissel. And. Poma. Ioan. Fran. Roue. Atque aliorum....*, cit., fol. 49, citado por Chamie Gandur, *La adaptación del Contrato*, 101.

En tercer lugar, y como consecuencia de la explicación anterior, el derecho romano fue construido en base de acciones y no de derechos sustantivos o principios generales por lo que en el derecho romano la explicación debe ser hecha en base de acciones concedidas para casos particulares y no de principios generales<sup>168</sup>. El *Corpus Iuris Civilis* es un trabajo de recopilación de opiniones de jurisperitos sobre casuística, el encontrar o no una institución contemporánea en el ropaje del derecho romano dependerá de la concepción que se tenga de dicha institución moderna.

Parecería, en consecuencia, que se trata de un problema de perspectiva; de hecho, respecto de la negativa de Zimmermann, podemos mirar en otro lugar de su obra que analiza profusamente los efectos de la previsión de las circunstancias que rodean la ejecución de un contrato y hace referencia expresa a las normas de equidad natural y los denominados *casos certus* y *casus incertus*<sup>169</sup>.

De otro lado, los estudios de romanistas actuales y pasados, como los de Winscheid, Cardilli y el referido Chamie Gandur, contienen ejemplos concretos sobre la utilización, por parte de los romanos, del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* al punto que Winscheid desarrolló desde la Pandectística su propuesta de las condiciones implícitas, fundamento lejano de las reformas del código alemán de 2001 sobre la alteración de las circunstancias del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

La casuística estudiada por los *peritos* romanos, a las que nos referimos, analiza la incompatibilidad entre la realidad y el contrato<sup>170</sup> mediante el estudio de anomalías que podían o no ser imputables a las partes; para Chamie Gandur, dichas anomalías o incompatibilidades provocaban que se distingan dos tipos de frustración de las expectativas de los contratantes. Ambos tipos de frustración de expectativas y la consiguiente incompatibilidad entre el contrato y la realidad tienen distintas consecuencias:

Las anomalías imputables derivan de la responsabilidad de una de las partes que interrumpe con su dolo o culpa el cumplimiento de un contrato, dando lugar a un incumplimiento imputable y por tanto al resarcimiento de los daños. Las anomalías

---

<sup>168</sup> “The romans lawyer were mainly interested in whether an action was available in a given situation or not; they did not pay too much attention to a neat anaysis of why an action could not be granted under certain circumstances and what further ramifications that entailed”. Zimmermann, *The Law of Obligations*, 679

<sup>169</sup> Zimmermann, *Ibíd*, 829.

<sup>170</sup> Chamie Gandur, *La adaptación del contrato*, 24.

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.<sup>171</sup>

La intensidad de estos eventos irresistibles provocan consecuencias jurídicas distintas. En el caso de una intensidad absoluta ocurre una imposibilidad también absoluta y por ende un incumplimiento no imputable a la parte; en el caso de una intensidad menor o, como la denomina Chamie Gandur, una “dificultad relevante”, ocurre un no-cumplimiento que puede conducir a una distribución del riesgo derivada de dicha dificultad.

En consecuencia, el objeto de esta sección será analizar la forma en que el derecho romano resolvió los casos de incumplimiento no imputables a las partes y que provoquen dificultades relevantes al momento de cumplir la obligación.

### III.I Los pactos en la época arcaica: el *nexum*

En la época arcaica, los *pater familia* se organizaban en *gens*, se suponía que cada *gens* tenía un antepasado común y usualmente ese antepasado era un divinidad. Julio César, por ejemplo, decía descender del héroe Eneas que a su vez descendía de la diosa Venus. La *gens* agrupaba a varias *familia* y se constituía en una suerte de organización de mayor extensión. La familia romana era, ante todo, un organismo político<sup>172</sup> que se define, *proprio iure*, por estar dirigida por un jefe, el *pater familias* cuyo poder es vitalicio y enorme (alcanzando incluso el *ius vitae et necis*) pero que se ejerce dentro de los límites del ordenamiento jurídico familiar; su poder se dirigía sobre ciudadanos y territorio y tenía un carácter marcadamente sagrado<sup>173</sup>. El *pater familia* explotaba un territorio del cual obtenía los medios para su subsistencia. La romana, por ese entonces, era una sociedad formada por pequeños propietarios; con el desarrollo del comercio, la conformación funcional de la misma cambia, pero en un principio, el romano era un hombre libre, característica que estaba reservada, al menos en un inicio, únicamente al *pater familia*. De ese modo, el *pater familia*, limitado por el ordenamiento jurídico familiar, en un cierto sentido “divino” y en

---

<sup>171</sup> Chamie Gandur, *Ibíd.*, 25.

<sup>172</sup> Grosso, *Lezione*, 12.

<sup>173</sup> Grosso, *Ibíd.*

consecuencia libre, solo se obligaba previo el cumplimiento de una fórmula que la ley romana establecía. Cuando el padre tenía por alguna necesidad extrema, que obligarse, entonces los procedimientos que tenían que seguirse para ellos, eran descritos con suma cautela y siempre respetando el rito:

La forma típica di alienazione delle *res Mancipi*, la *mancipatio* avveniva con tutto un formulario che nell'epoca storica rappresentava pura forma di un negozio astratto (di un negozio cioè che produce il suo effetto indipendentemente dalla causa e può rivestire qualunque causa): vi era un *libripens* che reggeva una bilancia, e davanti a cinque testimoni l'acquirente batteva la bilancia con un *raudusculum*, cioè un pezzeto di rame, ed affermava che la cosa era sua, comperata con quell'*aes* e quella bilancia.<sup>174</sup>

La Ley de las XII Tablas muestra claramente este proceso de evolución. En la Tabla VI, 1, se indica que: “Cuando se celebre un *nexum* o un negocio mancipatorio, las palabras pronunciadas tengan valor de derecho.”<sup>175</sup> Sin duda esta cita puede contener el concepto material de las obligaciones puesto que es a través de las palabras, pronunciadas en un rito como el *nexum* u otro negocio mancipatorio, tienen valor de derecho. También en esta tabla, encontramos el antecedente remoto del principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, ese tipo de relación jurídica correspondía a una etapa de desarrollo:

En aquella época en que el crédito no se había desarrollado aún, era en verdad excepcional y a la vez muy duro ser un “*obligatus*”. En una estructura socioeconómica autárquica, endeudarse era considerado extraordinario y poco aceptable, más aun en la *forma mentis* de aquellos primeros romanos, agricultores y guerreros, extraños al comercio y a la industria.<sup>176</sup>

La sociedad romana acepta que este hombre deje de ser libre pues considera que ha tenido el tiempo suficiente para realizar las consideraciones que crea pertinentes y tomando en cuenta que es un ser libre, soberano de su familia y su territorio, autosuficiente, autárquico, responsable, descendiente de dioses y en consecuencia con voluntad permite que el mismo se obligue con una serie de ritos y en presencia de un delegado de toda la comunidad romana, el *libripens*. Ese rito es el *nexum*:

---

<sup>174</sup> Grosso, Lezione, 137.

<sup>175</sup> A.D., *Ley de las XII Tablas*, Madrid, Tecnos, 1996, 13.

<sup>176</sup> Topasio Ferretti, Aldo, *Derecho Romano Patrimonial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, 117.

Para que se entendiera realizado el préstamo bajo el amparo del *ius civile*, debía cumplirse con la formalidad o rito denominado *nexum*, que implicaba una verdadera *mancipatio* (venta ritual) que hace el deudor de su propia persona, *en garantía del crédito que le ha sido otorgado*. De allí entonces que el deudor entre, desde el momento mismo de realizarse el *nexum* (y no desde el incumplimiento), en un estado de pérdida de libertad total que durará hasta que pague lo que debe, normalmente con su propio trabajo, realizado en estado de semiesclavitud.<sup>177</sup>

Por ende, en la *obligatio* primitiva, insiste Topasio Ferretti, el contenido de la misma radica, no en cumplir u ofrecer dar, hacer o no hacer, sino más bien en la *sujeción del cuerpo del deudor al acreedor*, en consecuencia, en el derecho antiguo, la obligación no consiste simplemente en cumplir una prestación a favor de otro, sino más bien en sujetarse, literalmente, al poder doméstico o *manus* del acreedor; esta situación se agrava en caso de incumplimiento del pago:

En caso de incumplimiento de la obligación contraída por el deudor *nexi*, su situación, desde luego, se agrava aún más. Quedaba sometido a la *manus iniectio* (literalmente, “puesta la mano encima”) por parte del acreedor, que permitía a este disponer definitivamente de la persona del deudor, como por ejemplo, venderlo como esclavo. En todo caso, para ello requería la autorización del magistrado, previo juicio ante el *iudex* y previa sentencia condenatoria, en la que se reconocía la obligación incumplida y se autorizaba proceder a la ejecución de la sentencia en el *corpus* del deudor.<sup>178</sup>

Como se observa, en el derecho romano, la obligación nace específicamente como una forma de esclavitud o semiesclavitud en la cual el acreedor “disponía” de la persona, del cuerpo mismo del deudor.

### **La sponsio**

Cuando la presión social frente a esta clase de obligación y a la suerte de quienes se obligaban por dicho medio (interesadamente el sistema fue concebido para *pater familia*, es decir propietarios, pero por el mismo se obligaba también plebeyos, que podían o no ser propietarios) fue excesiva, el derecho romano incorpora una nueva forma de obligación, la *sponsio*, en la cual el acreedor preguntada *¿Spondes?* Y el deudor contestaba *¿Spondeo?*. (¿Prometes? – Prometo).

---

<sup>177</sup> Topasio Ferretti, Derecho Romano, 119.

<sup>178</sup> Topasio Ferretti, Derecho Romano, 120.

En este tipo de obligación, ocurre varios cambios importantes. El primero es que en relación a la responsabilidad:

...se distingue del *nexum* en relación a la *responsabilidad*, pues solo se hace efectiva en caso de incumplimiento del deudor y no desde el momento en que solemnemente se obliga. La *sponsio* da vida a una responsabilidad que solo se hará efectiva en el caso de incumplir la prestación (No somete al deudor a la *manus* del acreedor desde la promesa misma). Institución de carácter religioso – jurídico, la *sponsio* tiene el alto valor que una vieja civilización atribuye a la *palabra dada*. (Énfasis añadido).<sup>179</sup>

Al cambio relacionado con la *responsabilidad*, diría más bien con el momento en que la obligación es exigible, se le suma uno de enorme importancia ya que la *sponsio* no exige que esté presente un *libripens* ni que estén presentes cinco testigos que den fe de los actos de acreedor y deudor. En otras palabras, es realmente con la *sponsio* cuando se da el cambio fundamental en el desarrollo de las obligaciones.

### **La *Stipulatio***

Cuando la *sponsio* se extiende a los peregrinos, aparece la *stipulatio*<sup>180</sup>. Eso no quiere decir que se haya dejado de utilizar el mecanismo de ejecución de la obligación en caso de incumplimiento a través del *nexus*. El *nexus*, de hecho, se sigue utilizando para ejecutar las obligaciones tanto en la *sponsio* como en la *stipulatio* pero únicamente en su fase ejecutiva.

### **El procedimiento judicial arcaico**

Es necesario recordar que en el derecho romano el procedimiento romano se caracteriza por su bipartición; en una primera parte, *in iure*, se define la jurisdicción (*iurisdictio*), se realiza ante el magistrado (usualmente un *praetor*). Y la otra, *apud iudicem* o *in iudicio*, en la que se “dice” el derecho y se realiza ante un *iudex* (o varios jueces, *iudices*) que se encarga de la *iudicatio*<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> Topasio Ferretti, Derecho Romano, 120.

<sup>180</sup> Topasio Ferretti, Ibíd, 121.

<sup>181</sup> En la Ley de las XII Tablas, se decía: Tabla II, 1.a. Se litigaba mediante petición a un juez, cuando la ley mandaba que se hiciera de esta forma respecto de algún asunto, como la Ley de las XII Tablas cuando se reclamaba lo debido en virtud de una estipulación. El asunto era más o menos así: El actor decía lo siguiente: afirmo que me debes dar diez mil sestercios en virtud de una promesa solemne; pido que lo afirmes o lo niegues. El adversario decía que no debía. El actor decía entonces: puesto que lo niegas, a ti pretor, pido que nombres un juez o un árbitro.



Existía un procedimiento general, es decir aquel que se usaba si no existía otra vía para exigir sus derechos, esta acción era la *per sacramentum* y debía su nombre a que simbolizaba un procedimiento agonal o de lucha.<sup>182</sup> En los casos en que el deudor era condenado (*iudicatus*) o ha reconocido la deuda ante un magistrado (*confessio in iure*), la deuda se reviste de dos caracteres, la certeza y la indisputabilidad; “(e)l ejercicio de la *manus iniectio* supone no solo una obligación indudable, derivada de un *iudicium*, una *confessio in iure*, una *damnatio*, una asimilación legal *pro iudicatio* o una simple autorización de la ley de proceder según ella, mas también que la deuda consista en dinero, aunque no sea de monto líquido sino liquidable.”<sup>183</sup>

El procedimiento de esta *legis actio* era el siguiente: el acreedor citaba o conducía al ejecutado *in iure* y, aprehendiéndolo con su mano, recitaba la siguiente fórmula: “Puesto que tú fuiste juzgado a pagar 10.000 sestercios, y no me has pagado, por este asunto pongo la mano sobre ti por un juicio de 10.000 sestercios.”<sup>184</sup>

Guzmán Brito aclara: “(L)a *manus iniectio* supone, pues, una responsabilidad personal en el más estricto sentido de la palabra, vale decir: una afectación del propio cuerpo del deudor al pago de la deuda, y ella se dirige a actualizar dicha afectación, que en lo inmediato queda simbolizada con la postura de la mano.”<sup>185</sup>

Evidentemente el ejecutado no puede separar la mano de sí (*manum sibi depellere*); a menos que pague o que haya un fiador en su favor<sup>186</sup>. Si no se presentaba un *vindex* a favor del deudor o si no pagaba, el magistrado pronunciaba una *addictio* por la cual se atribuía el cuerpo del deudor al acreedor:

Según la ley de las XII Tablas, este puede ser conducido a la casa del acreedor y atado o encadenado. Pero la misma ley disponía algunas normas de protección: las

---

<sup>182</sup> Mediante ese procedimiento, se perseguían cosas corporales en dominio (que en el derecho clásico se llamarán *res vindicatio*), el usufructo (*vindicatio usufructus*) y las servidumbres (*vindicatio servitutis*). También la herencia (*petitio hereditatis*), lo mismo que personas sometidas a una potestas: mujer “*in manu*”, hijos bajo *paria potestas*...personas *in mancipio*, esclavos; incluso las personas sometidas a tutela debieron de poder ser vindicadas, como la demuestra la existencia de una *in iure cessio tutelae*...porque la *in iure cessio* fue configurada a partir de esta acción de la ley. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 114.

<sup>183</sup> Guzmán Brito, *Ibíd.*, 122.

<sup>184</sup> Guzmán Brito, *Ibíd.*, 123: (*Quod tu mihi iudicatus es sestertium decem mila, quandoc non sovisti, ob eam ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio.*)

<sup>185</sup> Guzmán Brito, *Ibíd.*

<sup>186</sup> En cuyo caso se inicia un procedimiento entre ese fiador y el ejecutor. A ese fiador se le llamaba *vindex*. Guzmán Brito señala que una ley de principios del siglo II a. C. estableció la posibilidad del *manum sibi depellere* para todos los deudores excepto para el *iudicatus* y para el deudor principal por quien su *sponsor* pagó la deuda. Guzmán Brito, *Ibíd.*

cadena del detenido no pueden exceder las 15 libras de peso y el acreedor tiene el deber de proporcionarle al menos una libra de pan de harina, si es que este no puede o no quiere mantenerse con sus propios medios. Esta prisión privada no puede exceder de 60 días. En cualquier momento se libera al deudor si sobre su obligación recae un *pascisci* (“hacer la paz, apaciguar”)...Finalizado este lapso, el acreedor todavía debe conducir al deudor al *comitium* durante tres días sucesivos de mercado, y publicar su condición de deudor ejecutado y el monto de lo debido. Si aún así nadie lo libera mediante pago, puede ser ejecutado o vendido como siervo *trans Tiberim*. Cuando los acreedores son varios, la ley los autoriza para repartirse el cadáver.<sup>187</sup>

Este procedimiento fue derogado por la *lex Poetelia Papiria* que forzó el abandono de la práctica de hacer efectiva la deuda en el cuerpo del deudor y que se prefiera los bienes del deudor. Livio cuenta que el origen de dicha ley es el maltrato que *Lucio Papirio* propinó al hijo de *Caio Publilio* que había sido entregado por la deuda de su padre. Primero lo humilló con palabras soeces, luego,

...visto che le orecchie di lui rifuggivano da quella disonestà, ricorse alle minacce, ricordandogli a volte anche la sua condizione servile; e infine, quando vide che il giovanetto pensava più alla sua dignità di uomo nato libero che non alla condizione in cui si trovava, comandò di spogliarlo e fece portare le verghe<sup>188</sup>.

La multitud se arremolinó y exigió a la curia primero, al Senado después, que se prohibiera ese maltrato y se liberara a los presos. Esto es así que los propios romanos no estuvieron completamente de acuerdo con este cambio. En el relato completo, llama la atención una frase de Livio:

Una forte garanzia del crédito fu in quel giorno abolita per la sfrenata malvagità di uno solo: i consoli ebbero l'ordine di proporre al popolo una legge per la quale nessuno potesse essere messo e tenuto prigionero in ceppi, eccezion fatta per quelli riconosciuti rei di delitti comuni.<sup>189</sup>

Para el traductor de la obra citada, Carlo Vitali, evidentemente Livio no ve con buenos ojos la abolición de dicha garantía y menos aún si la misma proviene de la maldad de un solo acreedor<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, 124.

<sup>188</sup> Livio, *Storia di Roma VII – VIII*, Bologna, Zanichelli, 1985, 215.

<sup>189</sup> Livio, *Ibid.* 217.

<sup>190</sup> Livio, *Ibid.*, 261, notas de Carlo Vitali.

Con todo, con la *Lex Poetelia Papiria*, el derecho romano abandona una concepción personal de la obligación en beneficio de una patrimonial.

### **La *bonorum venditio* y la *distractio bonorum***

Sin embargo, la diferenciación continua y el pueblo romano y sus actores legales introducen un nuevo cambio; el *nexum*, que se había mantenido como procedimiento de ejecución también es sustituido. A fines de la era republicana, se sustituye el *nexum* con la *bonorum venditio*, es decir la venta de la totalidad de los bienes del deudor:

Las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tiene en el derecho pretorio, a fines del periodo republicano a través de la *missio in bona*, o entrada en los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en sentencia. La *missio in bona* es el primer trámite del procedimiento de ejecución patrimonial, que conduce a la venta en pública subasta del *entero patrimonio* del deudor en la referida *bonorum venditio*.<sup>191</sup>

Como señala Topasio Ferreti, la desproporción entre el valor debido y la ejecución de los bienes provoca un nuevo progreso, esto es la *distractio bonorum* que significaba la “distracción” de una parte de la totalidad de bienes en beneficio del acreedor, con lo cual se establecen límites a la venta de la totalidad de los bienes, que, por otro lado, dejaba en estado de pobreza absoluta al deudor, que, desde un punto de vista práctico lo conducía a un estado de inanición, la pérdida de su calidad de hombre libre, pues dependía de otros para su subsistencia y probablemente la muerte, con lo cual, al final del día, el *nexum* en su sentido sustantivo producía un efecto similar a la *bonorum venditio*.

### **III.II Los contratos incorporados por el *ius gentium*.**

Cuando comienza la expansión de la República y la consolidación del Imperio, el ciudadano romano entra en contacto pleno con culturas con las que ya mantenía vínculos comerciales o míticos como los griegos, los fenicios, los cartagineses, los egipcios, etc. Estos y los sucesivos cambios producen al interior del derecho romano una mecánica diferenciadora expresada en dos grandes fuentes, el derecho pretoriano y el influjo de las migraciones asiáticas y griegas:

---

<sup>191</sup> Topasio Ferretti, Derecho Romano, 122.

Observemos al respecto lo que enseña el jurista Michel Villey: ‘En la época clásica, las relaciones económicas entre familias se han multiplicado. Los griegos y asiáticos que pululan en Roma han introducido el uso del comercio y sin duda también sus costumbres comerciales. El derecho de gentes, común a todas las naciones, ¿no tiene acaso valor en Roma? ¿No debe acaso ser la guía del pretor en sus creaciones jurídicas? El pretor utiliza incluso las normas de derecho natural. ¿Acaso la naturaleza (la conciencia ético moral del individuo) no impone que toda promesa sea respetada y que también sea guardada la buena fe entre los que negocian?’<sup>192</sup>

Y esas nuevas figuras que aparecen por el influjo de estas corrientes son básicamente la *locatio conductio*, la *emptio venditio*, la *societas* y el *mandatus*. En el caso del depósito, como señala Topasio Ferretti, la amistad y la buena fe exigen que la cosa dada en depósito sea devuelta una vez requerida, pero en defecto de esa amistad o esa buena fe, es preciso que el derecho acuda en ayuda del que entregó la cosa<sup>193</sup>, para que ello se cumpla el pretor crea *actiones* cuyo objetivo es hacer cumplir la palabra dada, cosa similar ocurre con los otros contratos consensuales. Y este efectivamente es el otro gran paso en la diferenciación del derecho, no se requieren más las formalidades rígidas del *nexum* ni de la *sponsio* sino que es suficiente con la palabra dada, con la buena fe que viene a sustituir los rituales de las anteriores formas de obligación. ¿Pero qué se sustituye efectivamente?

Si el *nexum* establece una serie de rituales con el fin de garantizar que el hombre libre se someta, que las prestaciones sean recíprocas y que públicamente declare que ha considerado de forma cuidadosa las consecuencias de someterse a la obligación, parece bastante probable que la buena fe sea un sustituto de todas las condiciones que se materializan en los ritos del *nexum*. Es decir, la buena fe sustituiría las consideraciones que el derecho romano había puesto en manos del rito y la formalidad, como son la presencia del *libripens*, la *consideración* de la obligación, la declaración pública de la deuda, la correspondencia de las prestaciones, etc.:

En este momento es ya perfecta la noción: no es que un individuo deba evitar dañar a otro, sino hacer algo a favor de este para evitar dañar a otro; en otras palabras, hacer

---

<sup>192</sup> Topasio Ferretti, Derecho Romano, 123.

<sup>193</sup> Topasio Ferretti, Derecho Romano, 124, donde cita a Andrea Torrente: “...si todos fuésemos gentilhombres. En caso que la cosa no fuese restituida, el derecho tendrá que acudir en ayuda del que prestó depósito, actuando aquí la norma jurídica como un sustituto de la norma de ‘amicizia’ que no resultó suficiente o, quizá, verdadera.”

una prestación. Este *deber de hacer una prestación terminó por ser llamado obligación*; y el concepto se aplicó incluso al concepto de los delitos, porque también el tener que pagar una pena pecuniaria a que da origen constituye una obligación por cumplir, cuya infracción autoriza finalmente la ejecución patrimonial. (Énfasis añadido).<sup>194</sup>

Este deber de hacer una prestación asume tres formas *dar, facere y praestare*. Para Guzmán Brito, *contrahere* se forma de *trahere*, que significa jalar, arrastrar, tirar y de *cum*, que significa *con*, que implica una mutua atracción sufrida por los atraídos; algo así como jalarsse entre ellos, tirarse entre ellos, arrastrarse entre ellos. En sentido jurídico, por otro lado, Guzmán Brito<sup>195</sup> indica que se lo utiliza en la misma forma que usamos celebrar, ajustar o concluir un acto jurídico siempre que sea bilateral, como por ejemplo, contraer un negocio es *contrahere negotium*, contraer una estipulación es *contrahere stipulatum*, también se usa en el sentido de contraer deudas u obligaciones, como en *contrahere debita* o *contrahere obligationes* e incluso un derecho real, como en *contrahere servitutum*.

En este contexto es fácil concluir que en Roma las relaciones bilaterales pueden clasificarse o como *pacta*<sup>196</sup> derivados del antiguo *ius civile*<sup>197</sup> o como *contractus* incorporados por el *ius Gentium*.

---

<sup>194</sup> Guzmán Brito, Alejandro, Derecho Privado Romano, 675.

<sup>195</sup> Guzmán Brito: “Contractus es el participio de pretérito masculino de *contrahere*, significa, por tanto, contraído; sustantivada dicha forma *contractus* es el acto de contraer. El verbo carece de sentido técnico, como se ve y se usa para expresar bien la relación, bien la celebración de un acto.” *Ibid.*

<sup>196</sup> *Pactum* es el participio pasado de *pasiscor*, *pactum* por ende, es “lo pactado” es decir, “lo acordado para poner fin a las hostilidades”

<sup>197</sup> El *ius civile* consideraba como irrelevantes los pactos, entendidos como mero acuerdo de voluntades, ya que solo producían consecuencias de tipo social: *nudum pactum non parit obligationem*. Solo eran relevantes los siguientes pactos: a) *pactum adiectum*, es decir una cláusula accesoria adscrita a cualquier negocio. b) *pactum legitimum*, es decir un pacto con consecuencias jurídicas otorgadas en base a una *lex*. Las obligaciones *ex pacto*, adquieren relieve cuando el pretor introdujo en el edicto la cláusula denominada *pacta conventa servabo*, es decir, “se respetarán los pactos”. A partir de la introducción de esa cláusula, Beltrani dice que los principales pactos fueron: *Constitutum debiti alieni*: esta acción otorgada por el pretor consistía en la promesa de pagar una determinada cantidad de dinero, en un determinado día a un tercero. El instituto se fundaba en la *fides* ya que tenía como objeto una garantía y si la promesa a la que garantizaba no existía, tampoco existía la garantía. - *Receptum argentari*, el *receptum*, es decir la entrega de una res, implicaba asumir una responsabilidad. El *receptum argentari* consistía en exigir el banquero y por instrucciones de su cliente, una cierta cantidad de dinero de un tercero. Es decir presupone un acuerdo previo entre el banquero y su cliente. - *Receptum arbitri*, era la aceptación de parte de las partes sometidas a una controversia de aceptar la participación de un árbitro para resolver la controversia y aceptar su sentencia. Ya que de parte del árbitro no existía un compromiso, lo que ocurría era una adhesión del mismo a resolver la tarea; una vez aceptado el encargo, la obligación del árbitro a dictar sentencia no se ejercía por una acción sino por un recurso al pretor que podía incluso imponer una multa. -

Por otro lado, la importancia del convenio, que como decía Ulpiano “conduce a la paz” se debe a que de *pax* se derivan dos verbos<sup>198</sup>, *pacere* y *paciscor*, ambos significan hacer la paz, en el sentido de cesar las hostilidades mediante un acuerdo.

En época clásica se identifica con *conventio* y se llega a hablar de *pacta conventum* es decir lo acordado para cesar las hostilidades. Ulpiano definió al *pacta conventum* como un “consenso de dos o más en una misma decisión”:

De los Pactos: Ulpiano, *Comentarios al Edicto*, libro IV.- Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme con la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?

- 1.- Mas dicese pacto, de pacción; de donde también se apellidó el nombre de paz;
- 2.- Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida<sup>199</sup>.

Ello significa que el *consensualismo*, como se lo llama hoy en día, no era suficiente para crear obligaciones en el derecho romano, vale decir, el mero

---

*Receptum nautarum, cauponum et stabuliorum.* Era un pacto para asumir la responsabilidad en caso de pérdida de los objetos del cliente de parte del armador de una nave (*nautae*), de los hoteleros (*caupones*) y de los propietarios de establos (*stabularii*). - *Pactum donationis*, era el pacto por el cual el donante se obligaba a cumplir un acto de liberalidad, es decir la entrega de una atribución patrimonial, sin obtener nada a cambio. Del mismo modo, los pactos innominados obtuvieron ese reconocimiento. Entre las principales figuras constan la permuta, la *aestimatium* (el obligado se encargaba de vender la cosa a un precio determinado, si no lo hacía, pagaba esa misma cantidad estimada), la transacción, el precario y la *datio ad experiendum* -es decir la entrega a prueba de una cosa para posteriormente adquirirla-. (Énfasis añadido)

<sup>198</sup> *Pax*: el hecho de acordar cesar las hostilidades los contendientes. No se refiere a *nemicus* sino a *hostes*. Carl Schmitt que en “El concepto de lo político” dice: “... (l) o político debe residir en sus propias, últimas, diferenciaciones, con las cuales se puede relacionar todo accionar que sea político en un sentido específico. Supongamos que en el dominio de lo moral la distinción última es la del bien y lo perjudicial, o tal vez de lo rentable y lo no rentable. El problema es si existe alguna distinción específica, comparable a esas otras que, claro está, no de la misma o parecida naturaleza independiente de ellas, y autónoma y que se imponga por sí misma como criterio de lo político; y si existe, ¿cuál es? Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo.” Para más adelante concluir: “El enemigo no es, pues, el competidor o el opositor en general. Tampoco es enemigo un adversario privado al cual se odia por motivos emocionales de antipatía. “Enemigo” es sólo un conjunto de personas que, por lo menos de un modo eventual — esto es: de acuerdo con las posibilidades reales — puede combatir a un conjunto idéntico que se le opone. Enemigo es solamente el enemigo público, porque lo que se relaciona con un conjunto semejante de personas — y en especial con todo un pueblo — se vuelve público por la misma relación. El enemigo es el *hostis*, no el *inimicus* en un sentido amplio; el *polemios*, no el *echthros*. El idioma alemán, al igual que otros idiomas, no distingue entre el “enemigo” privado y el político, por lo que se vuelven posibles muchos malentendidos y falsificaciones. El tantas veces citado pasaje “amad a vuestros enemigos” (Mateo 5,44; Lucas 6,27) en realidad dice: »*diligite inimicos vestros*« — *agapate tous echtrous hymon* — y no *diligite hostes vestros*; por lo que no se habla allí del enemigo político.<sup>198</sup> Schmitt, como abogado que era, se vale de la *Política* de Platón (Libro V, Cap. XVI, 470) pero sobre todo del *Corpus Iuris Civilis*, donde Pomponio dice (D. 50.16.118): “Enemigos son los que públicamente nos declararon la guerra, o aquellos a quienes nosotros se las declaramos, los demás son ladrones o depredadores.” En [http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt\\_ElConceptoDeLoPolitico.htm](http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt_ElConceptoDeLoPolitico.htm)

<sup>199</sup> D. 2.14.

consentimiento de dos o más sobre algo no crea obligaciones, en otras palabras “el mero consentimiento entre dos o más no es un principio general del derecho romano”<sup>200</sup>. Esta regla, sin embargo tiene una especificación en sentido técnico: “El mero consentimiento entre dos o más sobre algo no produce efectos, en especial, no crea obligaciones ni puede fundar una acción. Pero cuando su contenido puede ser opuesto negativamente a una acción de la contraparte, entonces constituye un *pactum* en sentido técnico y puede fundar una *exceptio*.”<sup>201</sup>

Para Guzmán Brito, si algunas de estas convenciones imponen sendas obligaciones a las partes, entonces se llaman “contratos consensuales” que dan lugar a obligaciones y excepciones mutuas, tales contratos son la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* y el *mandatus*.

Fuera de estos cuatro contratos consensuales, para que un mero acuerdo produzca obligaciones son necesarios actos reales y solemnes (de solemnidad verbal o escrita).

En el derecho romano, *conventio* y *pactum* son usadas para referirse al “acuerdo de voluntades”; *convenire* significa, como quedó indicado, “venir juntamente a” o “coincidir en un lugar”, “reunirse” de donde por analogía llegó a significar “ponerse de acuerdo”, dice Guzmán Brito.

La convención es en otras palabras una definición genérica, de cualquier negocio se puede decir que implica una convención, pero la convención en sí, es decir el mero acuerdo de voluntades no implica que sirva para crearse obligaciones ya que ello dependerá de la organización y estructura efectiva del acto<sup>202</sup>, por ejemplo, en los negocios reales será preciso que efectivamente se haya realizado la entrega del bien; en los *verbis*, la solemnidad oral; en los escritos, el documento; *solo en los consensuales la convención forma el negocio*, en todos los demás, como dice Guzmán Brito, es el pre-supuesto, no el acto en sí el hecho definidor del negocio jurídico: “De una convención, por lo tanto, lo único que puede decirse es que se trata de un mero acuerdo entre partes respecto a un determinado objeto. Sobre la base de

---

<sup>200</sup> Recordemos que así empezamos esta sección: de los pactos nudos no nace acción, decía Ulpiano.

<sup>201</sup> Guzmán Brito, Derecho Privado Romano, 714.

<sup>202</sup> Guzman Brito, Derecho Privado Romano, 713.

este presupuesto, el derecho se encarga de determinar sus efectos o ausencia de efectos”<sup>203</sup>

### III.III El *solus consensus obligat* y la buena fe.

Las *obligationes consensu contractae* eran las derivadas de los cuatro contratos consensuales reconocidos por el pretor a través de su jurisdicción<sup>204</sup>, la *emptio vendito* (compraventa), la *locatio conductio* (arrendamiento), la *societas* (sociedad) y el *mandatum* (el mandato). En el periodo postclásico, en esta categoría ingresaron muchas otras formas contractuales, o consensuales. Labruna dice que estos contratos tenían como características las siguientes:

- el consenso, bastaba el denominado *consensus in idem placitum*, en los contratos consensuales de colaboración, como el mandato y la sociedad, el consenso además tenía que ser continuado.
- la libertad en las formas, siendo suficiente el *nexus consensus* exteriorizado de cualquier forma.
- la mera obligatoriedad, produciendo únicamente obligaciones entre las partes
- la bilateralidad, ya que entre las partes nacían obligaciones interdependientes aunque no siempre equivalentes económicamente.
- la acción con que se les atribuía esto es, la *actio bona fides*, es decir, al momento de la controversia el juez valoraba la misma en base a la buena fe<sup>205</sup>.

Existían del mismo modo en Roma, los denominados contratos pretorianos y los contratos innominados. De los primeros nacían las *obligationes ex pacto* y de los segundos las obligaciones innominadas.

Dice Labruna:

El concepto de *conventio* – continua Ulpiano citando una ‘elegante’ opinión de Pedio, un jurista de la primera mitad del siglo II d. C. – es a tal punto comprensivo, o si se quiere general, que no hay contrato, no hay obligación que no contenga en sí – casi ontológicamente – una convención, aún si la *obligatio* sea formalmente constituida en *re* (se basa en la transferencia material, el paso de una cosa, de uno a

---

<sup>203</sup> Guzmán Brito, Derecho Privado Romano, 715.

<sup>204</sup> I. 3. 13. 1

<sup>205</sup> Beltrani, Sergio, *Istituzione di diritto romano*, Roma, Esselibri Simone, 1999, 335, claramente esta cláusula es el origen del *pacta sunt servanda*.



otro) o sea constituida en *verbis* (esto es estructurada sobre correspondencia de dos declaraciones verbalmente expresadas)...Incluso la estipulación, el negocio verbal por excelencia no subsiste sin consenso. Sin el encuentro de dos voluntades sobre los efectos de las obligaciones, nos movemos exclusivamente en un ámbito metajurídico.<sup>206</sup>

El consenso del que nacen estos contratos adquiere especial relevancia debido a su origen en el *ius Gentium*, en efecto, la sociedad, es un contrato originado en dicho derecho ya que para los ciudadanos romanos se reservaba el *consortium ercto non cito*. La compra venta tiene el mismo origen; Paulo señala: “Mas la compra es de derecho de gentes, y por eso se perfecciona con el consentimiento; y puede hacerse entre ausentes, y por mensajero, y por carta.”<sup>207</sup>

El consenso, como forma negocial, es rápidamente adoptado por los romanos en su expansión como Imperio y como cultura jurídica. Pero hasta antes del ascenso del ciudadano romano (¿entre sí?), no existía en el rígido sistema de las *legis actiones*, “..un modelo procesal que permitiese la defensa de situaciones jurídicas basadas en el consenso entre las partes. La protección de los contratos consensuales y obligatorios, está estrechamente conectada con la introducción de la *bona fidei iudicia*.”<sup>208</sup> Y de allí el papel del pretor peregrino, que era quien introduce esta institución en su jurisdicción.

Labruna recuerda a Celso para mostrar como se introduce la *bona fidei iudicia* en la compra venta de un objeto: “Si hubiere consistido en el comprador que a él no se le entregase un esclavo, dijeron Sexto Elio y Druso, que por los alimentos puede obtenerse indemnización mediante arbitraje; cuya opinión a mi me parece también muy justa.”<sup>209</sup>

Con el incremento del tráfico mercantil se da un contenido diverso y aumenta la importancia del *oportore ex bona fides*; esta complejidad surge de las relaciones comerciales con extranjeros que surge como una conducta obligatoria y que parece venir a sustituir la ritualidad de la época arcaica. El concepto del *oportere ex fide bona* surge, como quedó dicho no solo como una necesidad procesal, sino que, como señala Javier Humberto Facco: “A partir de entonces el sintagma *bona fides*

---

<sup>206</sup> Labruna, Solus consensus obligat ,210.

<sup>207</sup> D. 18.1.1.2

<sup>208</sup> Labruna, Solus consensus obligat , 214.

<sup>209</sup> D. 19. 1. 38 . 1

significará una característica procesal, una cualidad de ciertas acciones que en la *intentio* de su fórmula se estructuraban en base al *oportere ex fide bona*.<sup>210</sup>

*Oportere* etimológicamente viene a significar “convenir o ser necesario”, lo que Facco atribuye en español a “deber” por ser un significado usual anterior al técnico jurídico. Para Facco, existen tres posiciones fundamentales que explican las implicaciones de “oportere” en el derecho romano:

Ahora bien, acerca del significado técnico preciso del *oportere*, a la luz de las fuentes jurídicas, la doctrina romanista no es pacífica. Una primera posición considera que el *oportere* se concreta en un *obligo di prestare* para representar la condición jurídica del deudor romano; y, así, en el *oportere* la esencia del vínculo obligatorio encuentra su sintética expresión (PUGLIESE). Otra parte de la doctrina ha definido al *oportere* como una "necesidad jurídica teórica" (HÄGERSTRÖM), en el sentido del carácter necesario de la prestación como medio para la liberación del vínculo. La prestación sería, por lo tanto, facultativa para el deudor que de tal modo podría desentenderse de la obligación, representando para el mismo simplemente una carga (imperativo de propio interés). Y según una tercera opinión, el *oportere* constituye una fusión de deber y responsabilidad en una unidad superior, que puede ser calificada como una "responsabilidad en abstracto por un determinado evento" (SEGRÈ)<sup>211</sup>.

La importancia del *oportere ex fide bona* es que, al ser una creación de los juristas, “consiste en el efecto jurídico reconocido a los acuerdos que en el tráfico mercantil comercial venían tipificados con base en determinadas causas económico-sociales (convenciones del *ius gentium* tuteladas por el pretor, i.e., *emptio, venditio, locatio conductio, mandatium, societas*)”<sup>212</sup>.

Recordemos con Facco que el *oportere ex bona fide* es una creación jurisprudencial del III a.C. y fue contemporánea al uso de las *formula* que eran procedimientos en los que originalmente participaban extranjeros, en la jurisdicción del pretor peregrino y en las causas entre ciudadanos romanos en las que no existía una *legis actio*. Facco concluye: “En esta última categoría quedaban comprendidas

---

<sup>210</sup> Facco, Javier Humberto, *Oportere Ex Fide Bona: Una Construcción Decisiva De La Jurisprudencia Romana* en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2305300](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2305300)

<sup>211</sup> Facco, Ibíd. De ese modo, el consensualismo se convierte en la piedra angular del tráfico mercantil mediterráneo y avanza hasta la Edad Media donde los teóricos disputa sobre su validez al punto que debieron explicar que: “Si enim ego et tu consentiamus: puta quod Socrates sit lapis”. Es decir, si el consentimiento no puede convertir a Sócrates en una piedra; no hay que olvidar, de otro lado que los glosadores mantuvieron la distinción entre pacto y contrato, y otorgaron protección mediante *actio*, únicamente a los denominados *pacta vestita*.

<sup>212</sup> Facco, *Oportere*, 4.

aquellas relaciones jurídicas reguladas por el criterio normativo de la buena fe, cuya aplicación era requerida por el magistrado a un juez-árbitro.”<sup>213</sup>

Es en el ámbito de la jurisprudencia sobre contratos consensuales, donde la jurisprudencia romana desarrolla esta concepción y es por esta razón que se puede afirmar que la cláusula *rebus sic stantibus*, incluso entre los romanos es una creación jurisprudencial que la hace nacer del *oportere ex bona fide* como lo mostraremos a continuación.

#### **III.IV La distribución del riesgo en los contratos consensuales.**

En el derecho romano, el vicio originario (provocada por miedo, fuerza o error, por ejemplo) excluía que entre las partes existiera un vínculo obligacional; las anomalías que se verificasen con posterioridad a la celebración del contrato son imputables o no a las partes, las imputables derivan de la responsabilidad de una de las partes que interrumpen con su dolo o culpa el desarrollo del contrato dando lugar a un incumplimiento imputable y por ende a los daños y perjuicios (*damnum*). La anomalía sobrevenida no imputable a la parte, es decir, la ocurrida con posterioridad a la celebración del contrato no desligaba dicho vínculo sino en muy concretas circunstancias (*vis maior*)<sup>214</sup>.

Para Chamie Gandur, las anomalías no imputables, derivan de eventos irresistibles que según su intensidad pueden provocar o una imposibilidad absoluta, esto es un incumplimiento no imputable y por ende la disolución del vínculo o bien una dificultad relevante que requiere una modificación del vínculo, que es de las que nos ocuparemos en esta sección.<sup>215</sup>

Si se trata de un problema de intensidad de los eventos irresistibles que según la misma pueden generar o una imposibilidad absoluta o una relativa, aparece la duda respecto de la naturaleza del remedio; vale decir, la imposibilidad absoluta provoca un incumplimiento no imputable; la relativa, provocaría una imposibilidad relativa que requiere una modificación del contrato pero que para que sea procedente debe

---

<sup>213</sup> *Ibíd.*

<sup>214</sup> Marasco, Gerardo, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, CEDAM; 2006, Serie diretta da Francesco Galgano.

<sup>215</sup> Chamie Gandur, José Felix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

demostrarse que no es imputable, porque caso contrario no pertenecería a la misma naturaleza de la *vis maior* incluso si aceptásemos que se trata de un problema de intensidad, en este caso de intensidad de menor grado.

No parece plausible que puedan pertenecer a la misma naturaleza dos eventos que producen consecuencias distintas y que se diferencian únicamente conforme su grado de intensidad; vale decir, mientras la absoluta provoca la terminación de la vida del contrato, puesto que el contrato deja de ser exigible, la otra, la de intensidad relativa o menor, si se quiere, no provoca su finalización sino más bien su continuación (vía renegociación de las partes o disposición del juez y solo si ello no se alcanza, su resolución), por eso es dudoso que sean de la misma clase y que solo varíen en intensidad.

Para los romanos, la distribución del riesgo por eventos sobrevenidos no estaba sometida a una disciplina (en el sentido de concepción o teoría general) puesto que, como hemos visto, el mismo llegó a nosotros, especialmente, a través de fragmentos que recogen una serie de opiniones de juristas expertos sobre casos particulares, de cuya diversidad no es posible en general desprender una teoría o doctrina sobre casi ningún punto de derecho; existían eso sí, dos figuras que daban cuenta de la gestión del riesgo, el *periculum* y la *vis cui resisti non potest*.

El problema de la gestión del riesgo contractual puede ser visto como un problema de diferenciación del principio *pacta sunt servanda*, ya que, conforme lo ha mostrado Marasco<sup>216</sup>, entre el principio *pacta sunt servanda* y la *clausula rebus sic stantibus* hay solo un conflicto aparente y no uno real, en otras palabras, gracias al proceso de diferenciación del principio *pacta sunt servanda* los romanos llegan a elaborar el de *distribución de la distribución del riesgo por eventos sobrevenidos*.

En el derecho romano podemos encontrar varios casos en que se distribuía el riesgo dependiendo de la ocurrencia o no de hechos sobrevenidos. Para entender la forma en que el derecho romano distribuía el riesgo, es necesario hacer la siguiente precisión ya señalada en este trabajo en secciones anteriores de este mismo capítulo; siendo el derecho romano, un derecho más procesal que sustantivo, es decir, basándose más en acciones (*legis actiones*) antes que en definiciones de derecho

---

<sup>216</sup> Marasco, Gerardo, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, CEDAM; 2006, Serie diretta da Francesco Galgano.

material, las fuentes donde se encuentran la distribución del *periculum* serán acciones que el pretor concedía para uno u otro caso.

En este sentido, la distribución del riesgo, como podrá observar, estaba relacionada casi íntegramente con acciones otorgadas a las partes del contrato, con especial referencia a los contratos consensuales (compra venta, arrendamiento, mandato y sociedad) y al resto de contratos inundados por el consensualismo hacia la época de la codificación de Justiniano. Como indica Zimmermann:

This remedy, in the case of obligations, was always an action in personam: the plaintiff was not asserting a relationship between a persona and a thing (in the sense that he could bring his remedy against whoever was, by some act, denying the plaintiff's alleged right to the object in question –that was the crucial point in an action in rem), but rather a relationship between two persons;...<sup>217</sup>

Tratándose de acciones, en consecuencia, los casos en que se puede aplicar el principio se multiplican casi conforme el número de acciones concedidas en cada caso, de ese modo existe “distribución del riesgo” en casos de todo tipo, desde distribución de *periculum* en casos de fuerza mayor a aquellos casos en que se concedía acciones no por eventos absolutamente irresistibles sino aquellos a los que Chamie Gandur califica de intensidad relativa y que, por tanto, causan una dificultad relevante en el cumplimiento de la obligación.

### III.V. El *periculum*

El término *periculum* tiene varias definiciones que nos pueden resultar útiles<sup>218</sup>. Seguiremos en este caso la opinión de Zimmermann: “*Periculum* refers to

<sup>217</sup> Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, 7.

<sup>218</sup> Chamie Gandur hace un listado de los diversos usos de *periculum* en el derecho romano, para claridad, repetimos la nota: La expresión *periculum* presenta una gran variedad de significados, en general cfr. la voz ‘*Periculum*’ en HEUMANNNS y SECHSEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9ª. Ed., Gustav Fischer, Jena, 1926, 420 y 421: *Periculum*, I) (Gefahr [peligro-riesgo]), a) im allgemeinen [en general]: *Peric. Praesens, instans, imminens, futurum* (ley 4 D. 4,2; leyes 2, 6 y 35 4 D. 49, 6); *peric. Rea suae famitiaris* (ley 8 pr. D. 5, 4); *peric. capitis* (ley 6 pr. 38 pr. D.38, 4); ley 28 48, 19); *adversas periculum naturalis ratio permittit se defendere* (ley 4 pr. D. 9, 2); *peric. esse, ne* etc. (Gai, IV, 98; ley 3, 5 ley 56 D. 7, 4); *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, 62. cfr. 65); b) Nachteil [desventaja], Schaden [perjuicio]: *peric., quod culpa contigit, praestare debere* (ley 5 7 D. 3, 6); *pactus aliquis, ut ex causa depositi omne peric. praestet* (ley 7 5 D. 2, 4); *deposui apud te decem, portea permiso tibi uti transit peric. ad euro, qui mutu, am, rogavit, et poterit ei condici* (ley 9 9 D. 2, 4); *periculum sustinere*; *periculo se subicere*; *peric. pertinet, respicit, spectat ad aliquem* (ley 3 pr. D. 4, 9; ley 5 7 y 4, ley 4 3, 6; ley 4 pr. y ley 4 4, leyes 5, 8 pr. y

the chance or possibility that the object of the sale might be lost, destroyed or damaged.”<sup>219</sup>. Veamos un ejemplo del sentido restringido de *periculum*. Como es conocido, en la compra venta el riesgo le correspondía al comprador *periculum est emptoris*<sup>220</sup>; Mientras la cosa estaba en poder del vendedor y antes de entregarla al comprador, el vendedor respondía no solo por la pérdida o deterioro de la cosa ocurrida por su negligencia sino por custodia, es decir, se liberaba de la responsabilidad y el riesgo pasaba al comprador solo en los casos en los que el objeto hubiese sido destruido o menoscabado por un hecho que nadie (ni el comprador ni el vendedor ni un custodio ideal) hubiese podido prever. En esos casos el comprador debía pagar el precio sin recibir nada a cambio<sup>221</sup>.

En los comentarios a Sabino, Paulo afirma: “Pero el vendedor debe responder de una custodia tal, cual de la que responden aquellos a quienes se dio una cosa en comodato, de suerte que responda de más exacta diligencia, que la que pondría en sus propias cosas.”<sup>222</sup>

---

□6 D. □8, 6; ley □□ □ □2D. 43, 24; ley □4 pr. y □□□ 7 D. 47, 2; ley 9 □ 4 D. 48, □3); *corpora, quae non sunt hereditaria, quorum tamen peric. ad heredem pertinet* (ley □9 pr. D. 5, 3); *peric. navis, mancipiorum, praestare* (ley 62 pr. D. 6, □□□ley□60 □□6 D.□□□□□□□□□□ peric. *nominum, praestare* etc. (ley 36 □□□ D. 3, 5; ley 35 D.□□2, □; ley 3 D. □2, 6; ley 7 □ 6, ley □□□pr. y□□ □□□D.□26, 7; ley 77 □ □8 D. 3□□□□; ley 60 □□ □□D. 36, □; ley 96 □ 2 D. 46, 3); *peric. custodiae subiré, praestare* (ley 40 D. □9, 2; ley □ □ 4 D. 47,5); *periculo alicuius esse* (ley 47 □□□□D. □0, 2; ley 4 pr. D. □2, □; ley 34 pr. D. □7, □□□ley □8 pr. D. 39, 2; ley □4 □□□□□D. 47, 2; ley □□ □2 D. 48, □3); *communi periculo vasa utenda* (ley 2 □ □□□□□□□□□fide et periculo alicuius dare (ley 24 D. 46, □) periculo alicuius credere (ley □2 □□□3 D. □7, □□□□stipulari (ley 45 7 eod.); periculo et inpendiis actoris perferenda res – suis sumptibus et periculo exhibere (ley □□ □ □ D. □□, 4 cfr. ley □2 □□□□D. □6,3); periculo suo rem habere (ley 4 pr. D. □2,□), *exactionem nominum facere* (ley 4□ D. 26,7),□*constituere* audiutorem tutelae, *nominare* collegam (ley□□3 □□□□D. 26, □; ley 28 D.26, 5; *in una tutela dúplex 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.□□□□34), *creationis* (ley □□eod.) *nominati successoris* peric. *Fideiussorem nominantis non tenet* (ley □7 □□□4 D. 50,□□); *varietate status non mutabitur periculi causa* (ley □9 □□□□D.□□□□□□□□□□□□□□□□Bericht [informe] (ley 3 C.Th □2,7).- 3) richterlicher Antwort [respuesta judicial], Konzept [concepto]: *sententiae ex periculo recitandae* (rubr. C.7,44); *ex periculo promatur* sententia (ley 2 C.Th. 4, □7).

<sup>219</sup> Zimmermann, The Law of Obligations, 281. Este peligro puede ocurrir entre la conclusión del contrato y la transferencia de propiedad. Se trata del principio contenido en la máxima *res perit domino* (La cosa perece para su dueño) o *casum sentit dominus* (el dueño soporta el accidente).

<sup>220</sup> Gayo en las *Instituta*: “Cum autem emptio et venditio contracta sit...periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tamesti adhuc ea res emptori tradita non sit.”

<sup>221</sup> Zimmermann, Ibíd, 287. A pesar de que esta es la regla general, el propio Zimmermann ofrece ejemplos en los cuales el riesgo permanecía con el vendedor, como es el caso de expropiación (D.19,2,33) y actos de autoridad pública con el fin de mantener la seguridad vial (D. 18,6,13 y 15). Zimmermann, de otro lado, señala que en casos de *casus minor* (caso fortuito) el vendedor, sin embargo, pagaba daños por incumplimiento.

<sup>222</sup> D. 18, 6, 3., citado por Zimmermann, The Law of Obligations, 287.

Zimmermann indica que siendo la *exactissima diligentia* propia de la custodia, de la cual sólo es posible liberarse de responsabilidad por fuerza mayor, interpreta el pasaje de Paulo en el sentido de solo en caso de *vis maior* la responsabilidad pasa al comprador, insistimos, antes de la entrega de la cosa al comprador si la cosa se pierde por *vis maior* el comprador aún debe el precio; en el resto de casos, *casus minor*<sup>223</sup>, el vendedor será responsable por el no cumplimiento de la obligación. Pero oponerse a un hecho irresistible pronto fue rechazado por los juristas romanos.

Si bien Celso señalaba que: “(e)s nula la obligación de cosas imposibles”<sup>224</sup>, la verdad es que los textos sobre compra venta o arrendamiento no cuadran con este texto; si bien el derecho romano no planteó teorías o instituciones porque simplemente no conocía o rechazaba dichas formas epistemológicas, al haber sido expresado en forma casuística, ofrecía soluciones a múltiples problemas de la vida real, lo cual a su vez provocaba un sistema que podría irritar a juristas contemporáneos<sup>225</sup>, la razón de esa falta es que, como recordamos, el *ius honorarium* intervino el *ius civile* en el sentido de que muchas acciones otorgadas bajo este último, con la intervención del pretor eran negadas (*denegatio actionis*) o se incorporaba una excepción a la acción concedida por el *ius civile*; por supuesto, como afirma Zimmermann la distinción entre *ius honorarium* y *ius civile* es intrascendente para juristas contemporáneos<sup>226</sup>. Sin embargo, lo que ocurrió con la imposibilidad es uno de los casos en que las fuentes del *ius civile* fueron intervenidas por el *ius honorarium* y en consecuencia existe un grado de confusión a la hora de tratar el tema.

---

<sup>223</sup> Las Partidas lo ponían de forma clara: “Casus fortuitus tanto quiere decir en romance como ocasión que acaesce por ventura, de que no se pude ver antes.”, citado por Medina Crespo, Marinao, *La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil*, disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>

<sup>224</sup> D. 50, 17, 185.

<sup>225</sup> Zimmermann añade: “The romans lawyer were mainly interested in whether an action was available in a given situation or not; they did not pay too much attention to a neat anaysis of why an action could not be granted under certan circumstances and what further ramifications that entailed”. Zimmermann, *The Law of Obligations*, 679

<sup>226</sup> Un derecho basado en acciones se complica más si tenemos en cuenta el reemplazo de dichas acciones; para Zimmermann el procedimiento formulario clásico fue reemplazado por el procedimiento imperial denominado *cognitio extra ordinem*, cfr. Zimmermann, *ibídem*.

Empecemos con Ulpiano que señala: “Es verdad que ni pactos, ni estipulaciones, pueden suprimir un hecho; porque lo que es imposible no puede ser comprendido ni en pacto, ni en estipulación, de modo que pueda producir una acción útil o un hecho.”<sup>227</sup>

Para Ulpiano, lo imposible no brinda acción alguna pues se considera que “lo imposible” no está incluido en pacto o estipulación alguna; y por ello, Celso afirma que es nula la obligación de lo imposible (*Impossibilium nulla obligatio est*, D. 50, 17, 185), es decir, lo imposible no tiene acción ni produce obligación; sin embargo, se deben hacer tres distinciones: a) la imposibilidad de concluir un contrato; b) la imposibilidad de ejecutar un contrato<sup>228</sup>; y, c) la capacidad para alegar incumplimiento por imposibilidad.

Respecto de la hipótesis contenida en a), la misma hace referencia a la imposibilidad anterior a la conclusión de un contrato mientras que la imposibilidad contenida en b) es la imposibilidad superviniente que se acerca más al objeto de nuestro trabajo.

Sobre el último punto, c), se plantea que es posible alegar imposibilidad cuando alguien prometía lo que no podía pero un tercero si ejecutaba la obligación: “Si yo hubiera estipulado de uno que no pudiera hacer, siéndole posible a otro, escribe Sabino que la obligación se hizo con arreglo a derecho.”<sup>229</sup>

Por eso, se estableció que lo que meramente convenía o no al contratante, no era una causa de imposibilidad:

Se ha de ver si el que prometió dar ciento se obligará inmediatamente, o si dejará de haber obligación hasta que pueda entregar el dinero. Luego ¿qué se dirá si ni lo tiene en su casa, ni encuentra al acreedor?. Mas estas cosas se apartan del impedimento natural, y se refieren a la facultad de dar. *Mas la facultad es conveniencia o inconveniencia de la persona, no de las cosas que se prometen; y de otra suerte, si alguno hubiere prometido dar el esclavo Stico, preguntaremos dónde está Stico, de modo que así no parezca que importa mucho que él lo haya de dar en Efeso, o que prometa dar lo que se halle en Efeso, estando él mismo en Roma; pues esto se refiere también a la facultad de dar, porque tanto respecto al dinero como a Stico hay esto de común, que el prometedor no puede dar de presente. Y en general, la causa de la*

---

<sup>227</sup> D. 50, 17, 31.

<sup>228</sup> Zimmermann, *The Law of Obligations*, 687.

<sup>229</sup> D. 45, 1, 137, 5.



dificultad se refiere a incomodidad del que promete, no a impedimento del estipulante, de suerte que no se comience a decir que tampoco puede dar el que hubiere prometido un esclavo ajeno, que su dueño no vendiera<sup>230</sup>.

Si el que prometió dar, no da por una conveniencia, no se trata de una imposibilidad (*impedimentum naturale*) porque lo conveniente o no se encuentra en la facultad de esa persona y por ende en su voluntad que ya ha sido comprometida

De allí que la imposibilidad debía ser objetiva, no subjetiva, por eso el principio *impossibilium nulla obligatio est* solo cubría situaciones objetivas como la venta de cosas que no existen en la naturaleza o que ya no existen y por tanto se refieren a situaciones previas a la celebración del contrato, es decir, en ese caso se trata de imposibilidad antecedente.

De otro lado, en los casos en que se ha concluido el negocio jurídico, la imposibilidad tiene algunas consideraciones, en primer lugar aquella referida a la *exactissima diligentia* que se le exige al deudor y, por otro lado, la necesidad de que el prestación no sea distinta de aquella a la que se contrató; por ejemplo en el comodato<sup>231</sup>, si bien es un contrato *in re*, Gayo, en los *Comentarios al Edicto principal*, dice que la diligencia que se espera del comodatario es la misma de un muy diligente padre de familia excepto en los casos de *vis maior* y siempre y cuando la cosa no se haya usado con otro destino del acordado:

Respecto a las cosas dadas en comodato se ha de prestar tal diligencia, cual pone en sus propias cosas un diligentísimo (sic) padre de familia de suerte que tan solo no responda uno de aquellos accidentes, que no pueden resistirse, por ejemplo la muerte de los esclavos, que sobreviene sin dolo ni culpa de él, las acometida de ladrones y enemigos, las asechanzas de piratas, un naufragio, un incendio y la fuga de esclavos que no suelen ser custodiados. Más lo que hemos dicho respecto de ladrones y piratas y al naufragio, lo entenderemos, por supuesto de este modo; si la cosa hubiera sido dada alguien para esto, para que consigo lleve de viaje aquella cosa<sup>232</sup>; de otro modo, si yo hubiere dado a alguien en comodato un servicio de plata, porque él dijese que había de invitar amigos a una cena, y se lo hubiere llevado consigo de

---

<sup>230</sup> D. 45, 1, 137, 5.

<sup>231</sup> Y hacemos la analogía por cuanto el comodato, al ser un préstamo de uso gratuito, guarda cierta semejanza con el arrendamiento que no es gratuito sino oneroso.

<sup>232</sup> Este principio ya fue adoptado en el juzgamiento del caso *Contra Lácrilo* en el cual Demóstenes se opone a que se aplique el remedio por cuanto Lácrilo se comprometió a llevar los bienes por una ruta y lo hizo por otra.

viaje, sin duda alguna que debe responder también del accidente de piratas, de ladrones y de naufragio.

En consecuencia, el grado de responsabilidad que se exige en cada obligación y el momento de la “imposibilidad” complejizan la comprensión del tema, porque si la imposibilidad aparecía antes de ejecutarse un contrato, una compra venta, por ejemplo, dicho contrato no era válido ya que era posible alegar error (si el bien desaparecía antes de concluido el contrato); lo mismo ocurría si la imposibilidad aparecía durante la ejecución del contrato pero siempre y cuando el deudor no haya tenido culpa y no haya violado su deber de custodia; de modo el momento en el que se halle la relación entre las partes, la culpa tenía una importancia fundamental a la hora de determinar la imposibilidad de cumplimiento y la consecuente atribución de la responsabilidad.

Con ese objeto es necesario responder sobre la naturaleza de la *exactissima diligentia*; como sabemos, al *pater familia* se le requería una diligencia ordinaria, pero dependiendo del momento de la ejecución del contrato, se le requería ser más diligente que el más diligente<sup>233</sup> que es la diligencia que se requería en la custodia.

En la custodia, se exigía, en consecuencia una responsabilidad que solo el más diligente de los diligentes podía incorporar. Este es un tema fundamental puesto que como vimos anteriormente, en el caso de la echazón, al capitán del barco que decidía arrojar por la borda ciertas mercancías por peligro y para seguridad de la nave se le exigía un cierto grado de experiencia.

El capitán debía reaccionar de forma mesurada ante el peligro y poder distinguir el peligro atroz del simple recelo, entre la imposibilidad y la dificultad relevante. Esta diligencia, en consecuencia dependía del hombre y solo se excusaba a un hombre que gozaba de la misma.

En el caso de la custodia la exigencia de una *exactissima diligentia* no se refiere a la capacidad de ese *pater familia* de enfrentar el peligro o el miedo o las circunstancias de la vida con una diligencia que le permita evaluar el tipo de amenaza y tomar la mejor decisión. Los juristas romanos entendían que no siempre es posible para un ser humano enfrentar esos peligros imprevisibles o aquellas

---

<sup>233</sup> Zimmermann se pregunta si es posible ser más diligente que el mas diligente y observa que de seguir ese modo de pensar se podría llegar al absurdo de requerir de humanos conductas no alcanzables para humanos, *Ibid*, 192.

fuerzas irresistibles, razón por la cual concibieron una serie de circunstancias en las cuales se exculpaba la responsabilidad del *pater familia* en el caso de enfrentar ese peligro. Gayo en D. 13,6,18 da una serie de ejemplos al respecto:

Respecto a las cosas dadas en comodato se ha de prestar tal diligencia, cual pone en sus propias cosas un diligentísimo padre de familia de suerte que tan solo no responda uno de aquellos accidentes, que no pueden resistirse, por ejemplo la muerte de los esclavos, que sobreviene sin dolo ni culpa de él, las acometida de ladrones y enemigos, las asechanzas de piratas, un naufragio, un incendio y la fuga de esclavos que no suelen ser custodiados.

Zimmermann agrega una serie de caos contenidos en D. 44,7,1,4 cuyo autor es el mismo Gayo:

Ciertamente que también el que recibió una cosa en mutuo, si por algún accidente hubiere perdido lo que recibió, permanece no obstante obligado. Pero el que recibió una cosa para usarla está exento, si por fuerza mayor, a la cual no puede resistir la debilidad humana, por ejemplo, por incendio, ruina o naufragio, hubiere perdido la cosa que recibió; pero por lo demás es compelido a guardar la más exacta diligencia para custodiar la cosa; y no le basta poner la misma diligencia que pone en sus cosas, si otro pudiera custodiarla con más diligencia. Pero aún en los casos de fuerza mayor queda obligado, si mediara culpa suya.

Como se ve, en este comentario de Gayo, se hace hincapié en que no basta poner la misma diligencia que pone en sus cosas, *si otro puede custodiarla con más diligencia*, lo cual hace ver que el grado de responsabilidad en el caso de la custodia no es la que el buen padre de familia pone en sus cosas propias sino el que en general, *el mejor de los hombres* puede poner en dicha cosa.

Con lo que Zimmermann concluye que la custodia es una obligación de resultado: “Custodia therefore contained a guarantee to provide a certain result – namely to keep the object safe- which was tacitly implied in certain types of obligation (as, for instance, commodatum), but could also be expressly undertaken in others.”<sup>234</sup>

La custodia y el tipo de responsabilidad exigida en ella, la *custodiam praestare* principios fundamentales a la hora de decidir el grado de responsabilidad en cuanto a *vis maior* se refieren y son válidas en cuanto nadie puede ser responsable por los daños producidos por un terremoto por cuanto eso es imposible y por eso,

---

<sup>234</sup> Zimmermann, The Law of Obligations, 194.

como indica Zimmermann, la responsabilidad por custodia no presupone falta porque el sujeto no tiene relación alguna con el evento imprevisible o irresistible pero si el daño ocurre por falta de ese deber de *custodiam praestare* evidentemente el sujeto si es responsable; como vimos en la cita de Gayo si el comodatario, por ejemplo, dedica la cosa a un objeto no previsto en el contrato, el *furtum usus*, entonces si será responsable, en ese caso, como dice Zimmermann, el comodatario soporta el *periculum rei* por cuanto en realidad rompió el contrato.

Por otra parte, este estándar podía ser libremente negociado por las partes conforme lo enseña Ulpiano<sup>235</sup>:

Cierto contratos admiten solo dolo malo, y otros, dolo y culpa; solamente dolo, el depósito y el precario; dolo y culpa, el mandado, el comodato, la venta, en recibimiento en prenda, la locación y también la dación en dote, y de tutela y la gestión de negocios. La sociedad y la comunión de bienes, admiten así el dolo como la culpa; *pero esto es así si no se convino expresamente alguna cosa, o más o menos en cada contrato porque se observará lo que se dijo al principio*; pues dio la ley del contrato, excepto lo que opina Celso que no es válido, si se hubiera respondido que no se responda de dolo porque es contrario al juicio de buena fe y así lo observamos. Más de los accidentes de los animales, y de las muertes que sobrevienen sin culpa, de las fugas de los esclavos que no suelen estar custodiados, de las rapiñas, tumultos, incendios, avenidas de agua y acometida de ladrones no se responde por nadie. (Énfasis añadido).<sup>236</sup>

*El principio general, en consecuencia era que el riesgo se podía distribuir de forma contractual; el dolo, por su lado, no podía “distribuirse” por cuanto atentaba al principio de buena fe.*

En consecuencia, la responsabilidad por la custodia no era de ningún modo obligatorio ni definida<sup>237</sup> pues podía ser distribuida y siempre y cuando no se asuma lo imposible. Este principio es importante a la hora que analicemos la distribución del riesgo ya no en el caso de fuerza mayor sino en aquellos en que el peligro no es “acostumbrado” y la forma en que distribuía en la locación. La carga de este riesgo seguía la regla de la culpa y la custodia explicada más arriba, a menos que las partes hubiesen decidido distribuir el *periculum* conforme lo explicó Ulpiano en

---

<sup>235</sup> Zimmermann, *The Law of Obligations*, 196.

<sup>236</sup> D. 50, 17, 23.

<sup>237</sup> “...and thus the custodia liability of the borrower was by no mean mandatory”, Zimmermann, *The Law of Obligations*, 197.

D.50.17.23<sup>238</sup>. Para presentar la forma en que se distribuía el *periculum*, postulamos que dicha distribución se hizo a través de la *condicio*, por lo que analizaremos brevemente el contenido de la *condicio* entre los romanos.

### III.VI La *condicio*

El derecho romano diseñó varios mecanismos a través de los cuales distribuir el *periculum* en los contratos. El principal era el mecanismo conocido como *condicio* aplicado inicialmente en el contrato de dote y, cuando el pretor incorporó contratos provenientes del *ius Gentium* y extendió la *sponsio* a los gentiles, la *condicio* se adaptó a los nuevos contratos de *locatio conductio*, *emptio venditio*, *societas* y *mandatum* puesto que originalmente implicaba la idea de pacto. Cuando el pretor permite el uso de la *sponsio* a los gentiles, se adapta a la *stipulatio* que inicialmente era un contrato unilateral pero al incorporar condiciones a la misma, se utilizó para construir los contratos recién aceptados por el pretor<sup>239</sup>; la utilización que se hizo de la condición es fundamental puesto que a través de ellas el derecho romano adoptó una de sus características fundamentales, esto es el de ser un derecho en movimiento, recordemos que no trataba con caracteres teóricos sino más bien con acciones<sup>240</sup>, al incorporar las condiciones: “The law of contract thus provides the parties with a convenient tool to change their existing position; but it must also concerned with the protection of reasonable expectations. A party to a contract may therefore, to this dismay, find himself bound, even though events have not taken the expected turn.”<sup>241</sup>

De allí que para tratar con el cambio de circunstancias, la condición se convirtió en una herramienta fundamental; como veremos al analizar los contratos donde claramente hubo distribución del riesgo por eventos sobrevenidos no imputables a las partes, la condición se convirtió en la institución legal por excelencia. Para Ernout<sup>242</sup>, la *condicio* se deriva de *dicio* que significa palabra,

---

<sup>238</sup> “...pero esto es así si no se convino expresamente alguna cosa, o más o menos en cada contrato porque se observará lo que se dijo al principio...”

<sup>239</sup> Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations*, 716.

<sup>240</sup> Chiovenda decía que la acción era el derecho en movimiento.

<sup>241</sup> Zimmermann, *Ibíd.*

<sup>242</sup> Citado en Castán Pérez, Santiago, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, *Las condiciones implícitas en el derecho romano privado*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2006, 21.

autoridad, poder y de *cum*, con, que introduce la idea de reciprocidad. *Conditio* en consecuencia significa acuerdo, pacto<sup>243</sup>. En otras acepciones *condicio* se refiere a una situación personal incluyendo el matrimonio; en el plano estrictamente jurídico, hace referencia a una declaración añadida, por el cual las partes, según Castán Pérez, se refieren al *acontecimiento futuro e incierto* del que hacen depender efectos jurídicos.

Para Ernout, cuando *condicio* se va alejando de su significado original de pacto, se acerca al de *condere* (derivado a su vez de algunos nombres abstractos derivados de *tio* derivado de las raíces *do* (dar) y *dhe* (poseer). Castán Pérez dice que para Ulpiano la *conditio* era lo derivado de la propia naturaleza de la cosa y que en las fuentes romanas, la *condicio* era utilizada con las palabras “*si*” (en caso de), “*nisi*” (ni uno ni otro), “*cum*” (con), “*ita*” (igual) o “*ut*” (para que).

La naturaleza jurídica de la condición provoca que los contratantes complejicen su relación: “...siendo la condición un elemento accidental del negocio, pasa a convertirse, sin embargo, en parte intrínseca e inseparable de éste en cuanto es agregada, de forma que no solo se trata de un elemento accesorio o añadido por el deseo de las partes, sino que en realidad afecta a todo su contenido dándole un carácter particular.”<sup>244</sup>

De allí que la condición de elemento accesorio pasa a ser elemento particular del contrato, incluso antes del cumplimiento del hecho al que se denominada *spes*, esperanza. Para los romanos, la *condicio* formaba parte, de hecho, de los elementos accesorios del contrato, juntamente con el *dies* y el *modus*. La *condicio* en definitiva, solo podía afectar lo que estaba en poder de las partes, por ello, para el derecho romano al igual que para muchas legislaciones contemporáneas no podía establecerse *condicio* en caso de situaciones absolutas, como el caso del estado de las personas o que nacían de una ley o eran solemnes, de ese modo para Castán Pérez, ni la *mancipatio* ni la *aditio hereditatis*, por ejemplo, podían ser sujetas a condición, por ello se dice que la *condicio* en derecho romano debía referirse a un acontecimiento futuro, incierto, posible y voluntariamente establecido por las partes o la ley.

---

<sup>243</sup> Para Pérez Castán, “condicio designa el intercambio de fórmulas orales, de carácter solemne, jurídico y religioso, que fijan los términos de una convención pactada entre dos contratantes en situación de igualdad.”, *Ibíd.*

<sup>244</sup> *Ibíd.*

Para explicar la naturaleza de la *condicio* romana en el tema que nos ocupa es útil recurrir a la distinción que se hace entre *condicio iuris*<sup>245</sup> y la *tacita*<sup>246</sup> *condicio*.

Como señala Castán Pérez, el Digesto solo en dos momentos habla de *condicio iuris* y ambos se refieren a dos casos concretos (dilucidar el valor de las compras hechos por esclavos dados en usufructo y sobre la naturaleza de una herencia realizada por quien duda de su estatus jurídico)<sup>247</sup>, en cambio, cuando se refiere a las *tacito condicio*, la variedad de uso de giros lingüísticos relativos a la misma es abundante<sup>248</sup>, por lo que concluye que desde el punto de vista terminológico se refiere a “...cláusulas no expresas pero que se sobre entienden en el acto jurídico realizado”<sup>249</sup>. Para diferenciar ambas formas, Castán Pérez, siguiendo la tradición romanista, clasifica las *condicio iuris* como una condición impropia (es decir aquella a la que falta alguno de los elementos del acontecimiento, que sea futuro, incierto, posible y voluntariamente establecido por las partes) mientras que la *tacita condicio* es calificada como *condición tácita propiamente dicha*. Lo importante de la distinción, basada en un análisis de fragmentos atribuidos a Juliano y Paulo en el que no entraremos por ser ajenos a este trabajo, es que:

...la *condicio iuris* no depende en absoluto de la voluntad de las partes sino que directamente ha sido establecida por el Derecho. Quiérase decir que en determinados negocios la eficacia depende de la producción de un acontecimiento incierto y futuro que procede de una especial disposición del Derecho, generalmente basada en la misma causa o naturaleza del negocio celebrado. Cuando la condición ha sido arbitrariamente establecida por los sujetos, es decir, cuando se trata de una determinación introducida por la voluntad de las partes, se habla entonces de *condicio facti*, o de lo que hoy se denomina ‘condición propia o verdadera’.<sup>250</sup>

La característica común de ambas condiciones es que las dos provocan un “estado de pendencia”, es decir, los negocios jurídicos condicionales se hallan sometidos a la verificación de un acontecimiento futuro e incierto, como dice Castán

---

<sup>245</sup> Introducidas en el derecho romano por D. 35.1.21 y D. 21.1.43.10.

<sup>246</sup> Castán Pérez indica que entre las diferentes acepciones de *tacitum* se incluya aquella que significa “lo que no es necesario expresas por ser conocido por todos.”

<sup>247</sup> D. 21.1.43.10 y D.35.1.21, respectivamente.

<sup>248</sup> Castán Pérez se refiere a “veluti quod sub conditione adentum est...”; “...conditio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur.”; “habere in se conditionem...quamvis non sit expressa conditio...”, etc. Para un listado completo, revisar , Castán Pérez, “Conditio Iuris” y “Tacita Conditio”, 34.

<sup>249</sup> Castán Pérez, “Conditio Iuris” y “Tacita Conditio”, 35.

<sup>250</sup> Castán Pérez, “Conditio Iuris” y “Tacita Conditio”, 38.

Pérez, sea, introducidos en el contrato por voluntad de las partes o por disposición del Derecho. En el caso de las *condicio iuris* ocurre que el estado de pendencia se produce por un hecho futuro e incierto, mientras no se de el estado de pendencia, se trata de un “presupuesto” o de una “condición necesaria”. La *condicio iuris*:

...se encuentra ligada al negocio por *la misma naturaleza de su causa o por un nexo objetivo de lógica subordinación* generalmente establecido por principios jurídicos imperantes, independientemente de la mención que las partes pudieran hacer de ella...como no proviene de la voluntad de las partes, siendo ésta el motor de todo negocio, puede decirse que la *condicio iuris* es una determinación exterior, una circunstancia extraña al negocio. (Énfasis añadido)<sup>251</sup>.

Como se ve, a pesar de ser extrañas a las circunstancias del negocio, sin embargo, siguen dependiendo de un acontecimiento futuro<sup>252</sup>. Un aspecto importante para nuestro propósito es el tema de la presencia de la *condicio iuris* en el negocio jurídico entre las partes. La pregunta es si al tratarse de condiciones predeterminadas para la validez del negocio y como tales deben cumplirse (o no, puesto que se trata de condiciones), ¿la mención de la misma, se pregunta Castán Pérez, se torna superflua? La jurisprudencia romana no consideraba que la condición se encuentre escrita en el negocio pues al ser una circunstancia que el Derecho consideraba para su validez, no era preciso escribirla pues se tornaba implícita. Castán Pérez señala el caso de la dote en la cual se encuentra presente la condición de futuras nupcias, no siendo necesario expresarla de forma expresa: “Se trata de condiciones que, sin ser expresadas, son, sin embargo, suficientemente deducibles, conocidas o indicadas por las circunstancias del acto en que intervienen, esto es, por la naturaleza jurídica del negocio tipificada por el Derecho objetivo.”<sup>253</sup>

Sin embargo, el hecho de que la condición sea establecida desde fuera, no convierte a negocio en condicional (puesto que es el Derecho objetivo el que lo exige), pero si existe una situación de pendencia, cual es la verificación de la condición establecida por el derecho por lo que la mayoría de romanistas consideran que aquellos negocios jurídicos donde existía una *condicio iuris*, no había

---

<sup>251</sup> Castán Pérez, “Condicio Iuris” y “Tacita Condicio”, 40.

<sup>252</sup> Castán Pérez señala el caso de la dote, “...el (futuro) marido no adquiere la propiedad de los bienes dotales...” mientras no se produzca el matrimonio. *Ibid.*

<sup>253</sup> Castán Pérez, “Condicio Iuris” y “Tacita Condicio”, 41.



propriadamente una condición<sup>254</sup>. Por ello, juristas como Papiniano consideraban que la inclusión de la *condicio iuris* en el texto de un negocio jurídico, convertía dicha condición en *condicio facti* y provocaba la nulidad del mismo, al menos en el caso de variación de dicha condición<sup>255</sup>.

Importante así mismo es la relación entre condición y presupuestos. Talamanca, el jurista romano, señala que en el derecho romano no existía el concepto de presupuesto (cuyo origen atribuye a una desafortunada traducción de la voz “*Voraussetzung*”). Castán Pérez lo aclara así: “El mismo término “presupuesto” ...es una traducción poco afortunada del vocablo “*Voraussetzung*” empleado por los pandectistas. Para estos, había presupuesto<sup>256</sup> cuando la eficacia del negocio, sin una cláusula expresa, estaba supeditada a la existencia de un hecho pasado o presente<sup>257</sup>, o a la verificación de un acontecimiento futuro”<sup>258</sup>.

Castán Pérez hace una distinción adicional entre *condicio iuris* y condición necesaria. Los juristas romanos hablan de “*condicio quae omnimodo exitura est*” y de “*condicio quae non potest non existere*”. La condición necesaria, como su nombre lo indica, es una condición que necesariamente ha de cumplirse, lo que muestra que la misma carece del requisito de “incertidumbre” de la condición propia que, como sabemos, es un hecho incierto y futuro. La condición necesaria debe cumplirse y por ende se trata de una cuestión cierta y no se la entiende usualmente como condición pues le falta este requisito, por ello es que según Castán Pérez, los

---

<sup>254</sup> *Ibíd.*

<sup>255</sup> Castán Pérez indica que en ese caso, se trataría de *actus legitimi* y que la exposición general del mismo está en D. 50.17.77, Castán Pérez, *Ibíd.*

<sup>256</sup> Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 45. Al ser una elaboración moderna, no se puede confundir el concepto de presupuestos con el de condición; adicionalmente se debe considerar que mientras la condición se refiere a un estado de pendencia de un hecho incierto y futuro, los presupuestos hacen referencia a condiciones de validez del negocio jurídico, estructurales como dice Castán Pérez y en consecuencia, anteriores, como son la capacidad de los intervinientes, la ratificación, etc.: “...la *condicio iuris* origina un estado de pendencia de los efectos negociales, mientras que de los presupuestos no nace ninguna situación de expectativa: lo que sucede sencillamente es que mientras no se den todos los requisitos está en juego la validez del negocio.”

<sup>257</sup> *Ibíd.*

<sup>258</sup> En otras palabras, los presupuestos deben cumplirse al momento de celebración del negocio y la condición, como hemos visto, es un hecho futuro e incierto. Por ejemplo, en la celebración de un contrato en que una de las partes no tiene la capacidad legal para suscribirlo, se trata de un tema de validez, de presupuestos; la condición, por otro lado, se refiere a un hecho incierto que ocurrirá (o no) en el futuro, una vez celebrado el contrato. Los romanos no denominaba a este hecho, la falta de capacidad como “presupuesto” entendido este como una elaboración teórica. Para ilustración, podemos remitirnos a los casos del tutor de menores, en los que Castán Pérez incluye los siguientes fragmentos: D. 26,8,9,5; D. 26,8,1,1; y, D. 35,1,21.

juristas hablaron más bien de “término” (*dies certus*) antes que de condición<sup>259</sup>. Si bien, como vimos antes, tanto la *condicio iuris* como la *tacita condicio* pertenecen a las denominadas condiciones implícitas<sup>260</sup>, la *tacita condicio* se refiere a aquellas que las partes han incorporado, pues “se deducían de la interpretación de la manifestación de la voluntad”<sup>261</sup> es decir, dependían de la voluntad de los contratantes. En el derecho romano, es infrecuente encontrar la expresión *tacita condicio*<sup>262</sup>, pero se

---

<sup>259</sup> Ejemplos de casos en que no existe condición, a pesar de la similitud con la figura, Castán Pérez encuentra en los ejemplos del depósito (en el cual no encuentra posible que haya condición porque en el caso de gastos para el depositario producidos para garantizar la custodia de la cosa, no existe condición puesto que forma parte de los elementos fundamentales del negocio jurídico); también hace una diferencia importante entre manifestación tácita de la voluntad en la que a través del silencio, una de las partes manifiesta una posición, una opinión o en todo caso no manifiesta una disidencia de lo que dice la otra parte, mientras que la *tacita condicio* requiere una manifestación expresa de la voluntad para existir. Lo mismo ocurre con los pactos tácitos y la *tacita condicio*. Castán Pérez, citando a Betti, señala que originalmente, los *pactum*, al igual que *pacere* y *pacisci* “...acuerdos concluidos entre dos personas en el que una se encuentra vinculada a la otra con el objeto de disolver o transformar un vínculo jurídico.” O se referían a *pactum* o *pacta* cuando mencionaban las mismas cláusulas accesorias contenidas en dichos *pactum*, por lo que al ser una cláusula accesorias requerían de la existencia de un cuerpo principal; vale decir que los *pactum* o eran acuerdos expresos entre partes para disolver o transformar un vínculo o, también, eran cláusulas accesorias de esos *pactum*, en todo caso se trataba de manifestaciones expresas. La *tacita condicio* por su parte, se trataba de comportamientos que inequívocamente hacían presuponer que esa era la voluntad de las partes. Castán Pérez, “Condicio Iuris” y “Tacita Condicio, 69 y 70. Especial mención merecen el caso de los denominados *fideicomissum tacitum* que era una disposición de “una última voluntad peculiar” por la que se rogaba, no ordenaba, enfatiza Castán Pérez, un deseo concreto de última voluntad, manumitir a un esclavo, por ejemplo, pero esta institución fue siempre considerada un fraude por los juristas, al punto que se emitieron *leges* y *senata consulta*s para impedirlos. Pero tampoco tiene que ver con la *tacita condicio* ya que ésta no era ruego y tampoco tenía una finalidad fraudulenta. Finalmente, en el caso del mutuo, ocurre que, como se sabe, en el derecho romano era una figura ligada a la amistad, los deberes de caballero o la ética, por ende no se trataba de un negocio jurídico pues era un hecho gratuito; incluso los intereses, que se fijaban en documento anejo, no en el mismo, tampoco se consideraban como una *tacita condicio* por ser accesorios a uno gratuito pero sobre todo porque para que obligaran, debían ser estipulados de forma expresa. Tampoco el denominado mutuo marítimo (el griego *fenus nauticum* o *pecunia traiecticia*) ya que en el mismo se estipulaba de forma expresa cuál sería el interés que se debía al mutuante en caso de éxito de la operación.

<sup>260</sup> Castán Pérez, “Condicio Iuris” y “Tacita Condicio”, 51.

<sup>261</sup> *Ibíd.*

<sup>262</sup> Castán Pérez señala tres lugares: D. 23.3.68 (Pap. 10 quaest.): “Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consenserit, quum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat”. D. 40.1.15 (Marcell.23 dig.): “Mortis causa servum manumitti posse, non est dubitandum. Quod non ita tibi intelligendum est, ut ita liber esse iubeatur, ut, si convaluerit, dominus, non fiat liber, sed, quemadmodum si vindicta eum liberaret absolute, scilicet quia moriturum se putet, mors eius expectabitur; similiter et in hac specie in extremum tempus manumissoris vitae confertur libertas, durante scilicet propter mortis causa tacitam conditionem voluntate manumissoris; quemadmodum quum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieri accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate”. D. 36.2.25.1 (Pap. 18 quaest.): “Heres meus Titio dato, quod mihi Seius debet; si Seius pupillus sine tutoris auctoritate numus accepisset (nec) locupletior factus esset, et petitor ad praesens debitum verba retulit, quia nihil eius debet, nullius momento legatum erit; quodsi verbo bediti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, inteim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus as si ita dixisset: Titio dato, quod pupillus solverit, vel si legasset: quod ex Arethusa natum erit, vel: fructus, qui in illo fundo nascentur. Contrarium non est, quod, si medio tempore legatarius moriatur, et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, heres legatarii petitionem habet;

consideraba existente cuando la misma podía desprenderse de la voluntad de las partes:

...la *tacita condicio* se daba en todos aquellos casos en que junto a las cláusulas o previsiones expresadas por las partes se deducía la existencia de la subordinación de los efectos del negocio a un hecho futuro e incierto a través de una interpretación de la intención de las partes en función de la naturaleza del negocio celebrado.<sup>263</sup>

Por lo que se asume que existía una *tacita condicio* en los casos en que de la interpretación que se hiciera de la voluntad de las partes y/o de las circunstancias del acto, se desprende, efectivamente que de forma tácita las partes establecieron dicha condición. De allí que mientras las *condicio iuris* era establecida de forma extrínseca por el derecho objetivo, la *tacita conditio* es establecida de forma interna por la voluntad de las partes, aunque dicha voluntad no se halla expresada de forma manifiesta,. Por otra parte, la *condicio iuris* es propia de actos que no hacen relación con actos contractuales, como por ejemplo, el caso de cautiverio de guerra del *paterfamilias* en relación a los bienes adquiridos por los hijos o esclavos<sup>264</sup>, donde cabe necesariamente una *condicio iuris*; mientras que la *tacita condicio* se aplica, solamente a actos entre dos partes pues es una voluntad presunta.

Se trata, así, de una suerte de voluntad no expresada: “*quae non expressa, tacite inesse videatur*”, apostilla Castán Pérez, por ello, al tratarse de una voluntad no expresada, es necesario recurrir a una interpretación ya que, como señala Papiniano, lo que depende de la voluntad no puede hacerse nunca sin un conocimiento cierto: “*In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.*”<sup>265</sup>

---

namque diez legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit”. Respecto del primero de ellos, aclara que se trata en realidad de una *condicio iuris* antes de que de una *tacita condicio* ya que el requisito para la validez de la dote, son necesariamente, como vimos, que efectivamente existan nupcias lo cual es una condición establecida por el derecho y no por la voluntad de las partes; sin embargo en dicho párrafo si se utiliza la expresión *tacita condicio*. Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 51.

<sup>263</sup> Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 53.

<sup>264</sup> También en otros casos unilaterales, como por ejemplo, la muerte del donante, la manumisión testamentaria en fraude de acreedores, la aceptación del heredero, etc. Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 64.

<sup>265</sup> El texto es de Papiniano, se encuentra en D. 50, 17, 76 y es citado por Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 56 y podría ser traducido así: “Todo acto que tiene un propósito fijo, es incompleto a menos que sea ejecutado con conocimiento completo y cierto.” Este principio recuerda a Séneca cuando señalaba que el hombre sabio no puede retractarse de su decisión pues la ha tomado considerando los pros y contra de la misma y por ende no le es lícito retractarse de una promesa de beneficio a menos que ocurran circunstancias no contempladas al momento de tomar su decisión, cfr, con la sección sobre Séneca más arriba.

Por ello, la mayoría de romanistas, incluyendo Castán Pérez, hace un tránsito entre la conocida distinción entre *verba* y *voluntas*, es decir, entre lo expresado en las palabras de los contratantes, *verba*, propio del derecho clásico romano y lo expresado por los actos de los contratantes, la *voluntas*, propio del derecho romano Justiniano.

En concreto, podemos encontrar diversas formas de expresión de la *condicio*. Especial mención merece el caso de la *stipulatio* que consistía en una pregunta que se hacía a un probable deudor respecto del cumplimiento de una obligación patrimonial. Como era un negocio *verbis*, es decir que se celebraba de palabra y por ende solo podía ser expreso, parecería imposible que existiera una condición no expresa, sin embargo, como observa Castán Pérez, el hecho de que se manifestara por palabras no impedía que existieran condiciones tácitas; de hecho, el espíritu de las condiciones tácitas se refiere a que por más que no hayan sido expresadas, “manifiestan” la voluntad de las partes. Castán Pérez cita a Ulpiano: “Como bien decía Ulpiano, cuando las palabras de una estipulación eran ambiguas, lo más práctico era interpretarlas para procurar los efectos del negocio previsto por las partes.”<sup>266</sup>

Con el apareamiento de la escritura, la oralidad cayó en desuso junto con la expresión de la voluntad a través de la *stipulatio* y pasó a formar parte los elementos del contrato, y, como bien señala Castán Pérez, al no ser parte de los denominados *actus legitimi*, lo que ocurría es que la *stipulatio* podía ser sujeta a cualquier tipo de condición, menos, por supuesto, las imposibles.

### **III.VII. Casos concretos registrados de distribución de riesgos**

En definitiva, encontramos que en la dote, “...cuando el condicionamiento se encontraba implícito pero derivado de una disposición jurídica o de la naturaleza de la *stipulatio* celebrada, los juristas reconocían sin titubeos su naturaleza condicional y la suspensión de los efectos jurídicos hasta que se verificara la *condicio*.”<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> Ulpiano en D.45.1.1, señala que: “La estipulación no se puede hacer sino hablando una y otra parte; y por esto ni el mudo, ni el sordo, ni el que está en la infancia pueden contraer estipulación, ni tampoco el ausente porque deben oír recíprocamente. Así, pues, si alguno quisiera obligarse mande, y quedará obligado por cuanto mandó.” Sin embargo, Gayo opina lo contrario pues considera que las estipulaciones incluso pueden hacerse entre ausentes o por carta, es de entender que el propósito de Ulpiano era excluir a quienes no podían entender lo que se les preguntaba y por ende no tenían capacidad para obligarse.

<sup>267</sup> Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 115.

Los compiladores del *Corpus Iuris Civilis*, ubican bajo el título general “*De la condición de lo dado por causa que no se verificó*” (D. 12, 4) el análisis que Neracio hace del comentario de Servio. El comentario es el siguiente:

Lo que escribe Servio en el libro de las dotes, que si se hubiere contraído nupcias entre personas de las cuales una aún no tuviera edad legal, puede repetirse lo que entretanto se hubiera dado a título de dote, se ha de entender de ese modo, que si sobreviniera el divorcio antes que ambas personas tengan edad legal, haya la repetición de aquel dinero; pero que mientras permanezcan en el mismo estado de matrimonio, no pueda repetirse esto, no de otra suerte que lo que la esposa hubiere dado al esposo a título de dote; mientras subsista entre ellos la afinidad; porque de lo que se da por esta causa no habiéndose consumado todavía el matrimonio, como quiera que se dé para que se llegue a constituir la dote, no hay la repetición mientras pueda llegar a constituirse<sup>268</sup>.

Como vemos se trata claramente de la manifestación de una condición que establece que “mientras permanezcan en el mismo estado de matrimonio”, la dote pertenecerá al cónyuge, lo cual es efectivamente una condición implícita pues no es posible que se perfeccione la entrega de la dote sin que se perfeccione posteriormente el matrimonio y en ese caso se trata de una *condicio iuris* pues no es incorporada por la voluntad de las partes sino por necesidades del ordenamiento jurídico (como vimos en D. 23, 3, 2).

Cosa similar ocurre en el caso de que se estipule herencia sobre quien ha sido tomado como esclavo, como no se sabe si el hombre libre tomado como esclavo volvería o no (el *captivus* dicen las fuentes), la estipulación se mantiene en suspenso, señala Castán Pérez.

Se presenta en este caso como una *tacita conditio*, el mantenimiento de la causa. Riccardo Cardilli, señala que la fuente sobre la que los canonistas, de Baldo a Bartolo construyeron la hipótesis de la cláusula *rebus sic stantibus* es este pasaje de el Africano, contenido en D.46,3,38:

Cuando alguno hubiere estipulado que se le de a él o a Ticio – Juliano – dice que es más cierto que se ha de decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Mas si se

---

<sup>268</sup> Cardilli expone esta tesis en Cardilli, Riccardo, “Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico”, en Schipani, Sandro, ed., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, *Ibíd*, 253 y sigs.

hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o él se le hubiere puesto interdicción de agua y fuego, o se le 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 la misma causa’.

En el texto latino se escribe *si in eadem causa maneat* que es la forma que adoptó según Cardilli en principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* pues se expresa en forma de condición. Con esto queda demostrado que la dinámica consensual del derecho romano contempló la existencia del principio *si in eadem causa maneat*.

Es necesario finalmente aclarar que lo que distinguió la *condicio iuris* de la *tacita condicio* es que mientras la una fue claramente aceptada por los juristas romanos, la segunda, la *tacita condicio* no lo fue puesto que se consideraba que la *stipulatio* al ser expresada en palabras era difícil considerar que alguna de las declaraciones que se hicieron verbalmente estaba *sub condicione* salvo, señala Castán Pérez en el caso de estipulaciones futuras en las cuales, se establecía un plazo para que pueda cumplirse con dicha condición, por lo que Paulo (D. 45, 1, 73) afirmaba que:

A veces una estipulación pura admite dilación en virtud de la misma cosa, por ejemplo, si uno hubiere estipulado lo que estuviese en el claustro materno, o frutos futuros, o que se edifique una casa; porque la acción comienza entonces cuando por la naturaleza de las cosas puede darse aquella. Así, el que estipula que se dé en Cartago, estando en Roma, se considera que tácitamente comprende el tiempo necesario para que se pueda llegar a Cartago. Así mismo, si alguno hubiera estipulado de un liberto servicios, no vence el término de éstos antes que se hayan impuesto y no hayan sido prestados.

En otras palabras, solo nace acción “...cuando ya pueda cumplirse la obligación, esto es, cuando se verifique la existencia de lo estipulado.”<sup>269</sup> Es por ello que en el caso del *captivus* se trata de una *tacita conditio* pues se adapta a la definición de Paulo. En definitiva, la cláusula *si in eadem causa maneat* fue una condición expresada tanto como *condicio iuris*, en el caso de la dote del menor como de *tacita conditio* en el caso del hombre que es capturado y convertido en cautivo.

---

<sup>269</sup> Castán Pérez, “Condicio Iuris” y “Tacita Conditio”, 116 donde además, el autor indica que en las estipulaciones de género de cosas futuras encontramos el criterio común que atestigua la existencia de condiciones tácitas en la *stipulatio*.

Por otro lado, en el caso de la compra venta que, como habíamos visto, es modelo de las reglas de derecho que rigen el arrendamiento<sup>270</sup>, vemos que la condición se prestaba a la naturaleza del mismo. Como era un negocio consensual, que no requería de formalidades, solo generaba obligaciones recíprocas entre las partes, es decir, no por la compra venta se hacía uno dueño de lo que se compraba, pues la transmisión de la compra venta se realizaba mediante *traditio* o mediante *mancipatio* o *in iure cesio*, si los bienes eran *res nec mancipi* o *res mancipi*, respectivamente<sup>271</sup>, lo que generaba una importante consecuencia, es decir, no era necesario que como *condicio iuris* los bienes fueran de propiedad del vendedor porque el régimen jurídico de la *emptio venditio* garantizaba al comprador el régimen de la evicción con lo que era suficiente garantía para que el comprador hiciese valer sus derechos.

La regla general en la *emptio venditio* es que el *periculum est emptoris*, es decir el riesgo le pertenece al comprador; así lo establece Gayo en Inst. 3, 23, 3 y como lo señala Zimmermann se hace referencia al periodo entre el acuerdo de la compra y la transferencia del bien.

Sin embargo, en el tema que discurre, es decir en el de las *condicio iuris* en la *emptio venditio*, y con el afán de ejemplificar la forma en que la misma actuaba, es necesario observar la venta de cosa futura, es decir que al momento de celebración del contrato, la cosa no existía. En Roma vemos dos modalidades, ambas útiles para mostrar el efecto de las condiciones en las obligaciones. La primera especie de compra venta de cosa futura es la *emptio rei speratae* que es la compra de un bien que no existía pero que se esperaba que exista y solo generaba obligaciones en el caso de que no existan por un acto del vendedor; se consideraba venta de cosas futuras a la venta de los hijos de una esclava o la venta de los frutos de una plantación o un animal. En este caso, “...la *condicio* no es un elemento accidental sino absolutamente esencial<sup>272</sup>”, evidentemente, esta condición, si se expresaba en el

---

<sup>270</sup> Para Gayo, las reglas de derecho que rigen a la *locatio conductio* son las mismas que regulan a compra venta porque ambas se celebran al momento de decidirse sobre el precio o el canon, respectivamente:

“La locación y conducción es semejante a la compra venta y se apoya en las mismas reglas de derecho. Porque así como la compra y venta se celebra, si se hubiere convenido sobre el precio, así también se entiende que se celebra la locación y conducción, si se hubiere convenido sobre el alquiler”, en D. 19,2,2,1.

<sup>271</sup> Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 144.

<sup>272</sup> Castán Pérez, “*Condicio Iuris*” y “*Tacita Condicio*”, 147.

contrato no podía ser tácita, sin embargo, como lo expresaron más tarde glosadores, la misma podía ser entendida como una *subintellecta condicione*<sup>273</sup> por la cual, y esto es lo importante, siempre que las partes no expresen concluir su negocio contra todo riesgo, se entendía que “...la *emptio rei speratae* está sometida a una *tacita condicio*...”<sup>274</sup> Otro caso es la denominada *emptio spei* o simplemente venta de la esperanza:

Pomponio; *Comentarios a Sabino, libro IX*...1.- Pero a veces, aún sin cosa se entiende que hay venta, como cuando se compra así como el azar; lo que sucede, cuando se compra la cogida de peces, o de aves, o de las cosas que se tiran; porque se realiza la compra, aunque nada se haya cogido, porque la compra es de una esperanza, y si se hubiere reivindicado lo que en este caso se cogió lo que en este caso se cogió como cosas arrojadas, no se contrae con este motivo obligación por causa de la compra, porque se entiende haberse tratado esto.<sup>275</sup>

La “compra de una esperanza” como la denomina Pompeyo, tiene un importante componente de eliminación de riesgo y de compra absoluta de azar. En el caso de la venta de cosas futuras, el riesgo era de quien compraba la cosa: “Al vender el trigo que estaba en la planta, dijiste que si algo hubiese sucedido por fuerza o temporal, tú lo pagarás; las nieves estropearon el trigo; si fueron demasiados y en contra de lo ordinario de la estación, podrá ejercitarse contra ti la acción de compra.”<sup>276</sup>

La compra del azar, en consecuencia, era absolutamente válida y era un mecanismo a través del cual se atribuía completamente el riesgo a uno de los contratantes<sup>277</sup>, señalamos antes que Ulpiano es quien recopila la regla de la transferencia del riesgo en D. 50, 17, 23 (“pero esto es así si no se convino expresamente alguna cosa, o más o menos en cada contrato porque se observará lo que se dijo al principio”).

El hecho de que se transfiera en su totalidad los riesgos a uno de los contratantes muestra al menos dos características, la primera que el riesgo podía transferirse de forma completa, esto es el *periculum* le correspondía *in integrum* a uno de los contratantes porque así lo había decidido y convenía a sus intereses; el

---

<sup>273</sup> Castán Pérez, *Ibíd.*

<sup>274</sup> Castán Pérez, “*Conditio Iuris*” y “*Tacita Conditio*”, 148.

<sup>275</sup> D. 18, 1, 8, 1 citado por Castán Pérez, *Ibíd.*

<sup>276</sup> D. 18, 1, 78, 3 citado por Castán Pérez, *Ibíd.*

<sup>277</sup> D. 50, 17, 23



segundo, es que en esos casos, no era posible efectuar la distribución del riesgo puesto que si la parte había aceptado correr con todos los riesgos, no había consecuencias de los hechos no previstos o a los que no pudo resistirse puesto que no había riesgos no previstos en el sentido de que el contratante los asumía todos; por eso es que ciertas legislaciones, como la italiana, excluyen de forma expresa la aplicación de la excesiva onerosidad sobrevenida en contratos aleatorios.

Una vez que hemos expuesto el mecanismo de la *condicio* para distribuir el riesgo en los contratos consensuales y en otros como la dote, analizaremos algunos de los mecanismos usados en dichos contratos. La doctrina está de acuerdo, en forma casi unánime que los hechos sobrevinientes que excusan de responsabilidad al obligado se encontraban sobre todo en un tipo de contrato consensual especial que es el contrato de arrendamiento. En esta sección analizaremos los denominados casos de ejecución incómoda producida por un hecho sobrevenido dentro del contexto de los casos de imposibilidad producidos por *vis*.

### **La *locatio conductio*, la ejecución incómoda**

La *locatio conductio* es un contrato consensual y por lo tanto es uno de los contratos introducidos por el pretor provenientes del *ius Gentium* por lo que Paulo en D. 19,2,1, dice que locación es *natural*<sup>278</sup> y *común a todas las gentes*. La similitud entre la compra venta y el arrendamiento, lleva a que Gayo discorra sobre el trabajo del artífice. Si se pregunta si es compra y venta o locación y conducción, será difícil discernir de forma externa. Gayo se pregunta,

si yo hubiera convenido con un orífice que con oro suyo me hiciera anillos de cierto peso y forma y que el recibiere, por ejemplo, trescientos, ¿será acaso compra y venta o locación y conducción? Pero parece bien, que es un solo negocio, y que más bien es compra y venta. Pero su yo le hubiere dado el oro habiéndose convenio retribución por si trabajo, no hay duda que será locación y conducción.<sup>279</sup>

En ese contexto, es entendible que se hayan asimilado las reglas de la compra venta a las del arrendamiento y, conforme lo señala Chamie Gandur, se haya reducido el ámbito de aplicación de la responsabilidad por hechos sobrevenidos a la *locatio rei* ya que tanto en la *emptio venditio* como en la *locatio operarum*, se

---

<sup>278</sup> Es decir guiados por la razón natural antes que por las reglas del *ius civile*, lo cual es una aclaración que permite que en el análisis sea introducida la lógica y la razón. Otro problema es que esa razón sea originada en Dios, dioses o en la razón al modo de la Ilustración. Las tres fuentes provocan distintas orientaciones en el *ius naturale*.

<sup>279</sup> D. 19,2,2,1.

seguiría la regla general de que el riesgo sigue al acreedor en la *emptio venditio* y al dueño o ejecutor de la obra en la *locatio operarum*. Para analizar la repartición del riesgo en la *locatio rei* y otros contratos, Chamie Gandur propone seguir las pautas fijadas por Betti<sup>280</sup> quien propone los siguientes estadios o diferenciaciones:

1. La responsabilidad contractual típica de la relación obligatoria en cuestión
2. La extensión pactada de dicha responsabilidad
3. La extensión automática de dicha responsabilidad
4. Repartición del riesgo contractual, el *periculum* en sentido técnico.

Chamie Gandur, siguiendo al maestro italiano, puntualiza que el *periculum* puede definirse a la luz de una observación meticulosa de la repartición del riesgo: cuando se incumple la obligación, se da un incumplimiento imputable al deudor, y cuando las consecuencias de ese incumplimiento por imposibilidad sobrevenida debe ser asumida por una de las partes, más allá de la culpa o dolo, hablamos de *periculum*; en la actualidad podemos decir que más que asumir el *periculum* por una sola de las partes, el mismo, es en los hechos asumido por ambas (el *commodum* al que nos referimos antes).

El autor colombiano menciona que se habla del binomio *periculum* y/o *commodum* cuando la obligación tiene por objeto una *cosa individualmente considerada* y resulta importante verificar si la carga de riesgo a la cual está sujeta a una obligación contractual (*periculum*) y el derecho de aprovechar el aumento o el decrecimiento que ella produce (*commodum*) aprovecha al deudor o al acreedor, por ello en el derecho romano se habrían establecido según Chamie Gandur tres reglas:

1.- El *commodum* corresponde a quien tiene el *periculum* (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

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. I. 6; Inst 3. 23. 3). Ello ocurre así puesto quien “soporta el riesgo por la pérdida de una

---

<sup>280</sup> Betti, Emilio, *Periculum*. Problema del rischio contrattuale, en *Studi in onore de Pietro de Francisci*, vol. 1, Milano, 1956, citado por Chamie Gandur, *op. cit.*, pag. 31.

cosa es quien tiene derecho a obtener los beneficios de ella, acorde con la regla *commodum eius debet, cuius est periculum.*”<sup>281</sup>

Sin embargo, la referencia no es del todo adecuada ya que en el derecho romano no siempre es correcto afirmar que el *periculum* se deriva del *commodum*, conforme el mismo Chamie Gandur consigna diciendo que en el caso de riesgo contractual, se procede a establecer la afectación del patrimonio de una de las partes (a la manera en que se hace con el incumplimiento, en el caso de riesgo por pérdida de la cosa debida) ya que dicho desplazamiento no deriva de la responsabilidad por incumplimiento que pueda imputarse al deudor sino de la necesidad de restablecer el equilibrio contractual.

Por eso es necesario estudiar, como lo hicimos en el numeral anterior, la prestación del deudor frente al acreedor que inicialmente estaba ligada a la regla de los *veteres* de la *perpetuatio obligationis*, aplicable con relación a obligaciones de *dare* un bien de especie cuando el incumplimiento se debía a un *factum promissoris* calificable como culpa, por eso, cuando resulta que al deudor no le es imputable la imposibilidad sobrevenida surge necesariamente el problema de la repartición de riesgos<sup>282</sup>.

Como señalamos antes, Chamie Gandur encuentra la regla de distribución por hechos sobrevenidos no imputables al deudor, en varios lugares a lo largo del *Corpus Iuris Civilis*: cuando el arrendador que en calidad de *dominus* responde incluso si se daña la cosecha provocado por caso fortuito (D. 19.2.15.2); la pérdida de mercaderías transportadas en naufragio (D. 19.2.31) y el caso de pérdida de la cosa prendada en caso del acreedor prendario (D. 13.7.30), el arrendamiento de cosas, *locatio rei*, descrito por Ulpiano en D. 19, 2, 9, 1, la distribución voluntaria de riesgos incluso en caso de fuerza mayor (D. 19, 2, 9, 3)

### **La intensidad del *periculum*, el ánimo sereno del colono.**

Veremos a continuación los casos en que si bien el hecho sobrevenido no impide el cumplimiento del contrato, si desplaza el gravamen del cumplimiento a una de las partes. En el libro X de los *Comentarios al Edicto Provincial*, Gayo hace este comentario:

---

<sup>281</sup> Chamie Gandur, *Ibíd.*, pag. 33; tanto al enumeración como la cita corresponden a esta referencia. La cita la obtiene Chamie Gandur de D. 23,3,33.

<sup>282</sup> Chamie Gandur, *La adaptación del contrato*, 34.

La fuerza mayor, que los griegos llaman fuerza de Dios, no debe ser perjudicial al arrendatario, si hubiesen sido lesionados los frutos más de lo que es tolerable; de otra suerte, el daño moderado debe soportarlo con ánimo sereno el colono, al cual no se le quita la inmoderada ganancia. Pero es claro que hablamos del colono que tomó en arrendamiento por dinero contado; de otro modo, el colono aparcerero comparte con el dueño, como por derecho de sociedad, así la pérdida como la ganancia.<sup>283</sup>

En este comentario de Gayo podemos encontrar la causa que distingue la *vis maior* es decir los hechos sobrevenidos e irresistibles de los hechos que si son resistibles a pesar de que provocan daños. Este comentario contiene el principio general de que los hechos irresistibles de forma absoluta, es decir los provenientes de actos de dios, deben ser soportados por el arrendatario, mientras que los hechos que si son soportables deben ser soportados por el colono.

En el mismo orden de cosas, el contrato obliga *si in eadem causa maneat* por lo que si las circunstancias varían pero no en la intensidad que produzcan una imposibilidad de ejecutar el contrato, se debe establecer una distribución del riesgo correspondiente. En el caso que analizaremos a continuación, vemos una forma clarísima de distribuir los riesgos dependiendo de la intensidad de los daños propia del contrato de arrendamiento y se refiere a la distribución de los hechos sobrevenidos relativos, es decir aquellos que no hacen imposible la obligación sino que la hacen solamente más gravosa, en el caso de hechos tolerables, el riesgo es del deudor.

Este mismo criterio relacionado con la intensidad del riesgo, se ve en el caso de la habitación, en la cual, la incomodidad no necesariamente absoluta sino leve, es soportada por el habitador. En ese caso se comprueba la existencia de un evento sobrevenido (la demolición de una parte del cenáculo) y una distribución del riesgo (el habitador carga con la incomodidad) y es en este pasaje de Alfeno donde podíamos encontrar así lo indica Alfeno, en Digesto, dice:

Si los habitadores usasen de alguna parte de un cenáculo con poca menos comodidad, no deben hacer desde luego descuento de la pensión, porque el habitador lo es con la condición de que si hubiese sobrevenido alguna contrariedad, por la cual el dueño debiese demoler algo, *soportaría alguna pequeña parte de la incomodidad*, pero no

---

<sup>283</sup> D. 19.2.25.6

de suerte que el dueño hubiese abierto aquella parte del cenáculo en la que habitador tuviera la mayor parte de su uso.<sup>284</sup>

En ambos casos, es decir en el del ánimo sereno del colono como en el del cumplimiento incómodo, podemos aplicar el test sugerido por Betti:

1. La responsabilidad contractual típica de la relación obligatoria en cuestión: en el caso de la *locatio rei* le corresponde a propietario sufrir el gravamen de un hecho sobrevenido.
2. La extensión pactada de dicha responsabilidad, si existe un pacto sobre la responsabilidad por hecho sobrevenido, se aplica dicho pacto.
3. La extensión automática de dicha responsabilidad: no existe distribución automática puesto que no existe una norma general, por principio.
4. Repartición del riesgo contractual, el *periculum* en sentido técnico, en el caso del colono Gayo señala que se debe analizar si se trata de una sociedad entre las partes o si se pagó en contante, si es así, el colono debe soportar el gravamen con ánimo sereno. En el caso de Alfano, se señala que la mera incomodidad no impide la ejecución del contrato y que le corresponde al habitador sufrir el gravamen por el hecho sobrevenido, la demolición obligada de una parte del cenáculo.

Finalmente, cuando el contrato no se cumple por el temor meramente, el mismo Alfeno indica: “De nuevo se le preguntó (se refiere a Alfeno), si alguno hubiera emigrado por causa de temor, ¿debiera, o no, la pensión? Respondió que si hubiera habido causa para que temiese un peligro, aunque verdaderamente no hubiese habido peligro, no debe, sin embargo, la pensión; pero que si la causa de temor no hubiese sido justa, la debe no obstante.”<sup>285</sup>

### **La *lex rhodia***

Para Guzmán Brito, otro caso de transferencia de riesgo que ocasiona distribución de pérdidas es el de *periculum commune* contenido en la ya mencionada *lex rhodia*.

---

<sup>284</sup> D. 19.2.27

<sup>285</sup> D. 19.2.27.1.

Paulo en el libro II del *Sententiarum* dice: “Dispónese en la ley Rhodia, que si para aliviar una nave se hizo alijo de mercancías, se resarza a contribución de todos, el daño que en beneficio de todos se causó.”<sup>286</sup>

Sobre la figura de la *lex Rhodia* expusimos ya cuando tratamos el principio de la distribución de riesgos por hechos sobrevenidos en Aristóteles y los griegos y es justamente esta la razón de hallar en Aristóteles el origen del principio. Para Guzmán Brito, en la navegación marítima el barco puede sufrir diferentes riesgos, como tempestades o asaltos de piratas y que para evitarlos hay que realizar ciertos gastos o sufrir ciertas pérdidas; por ejemplo se puede arrojar cierta mercadería por la borda (es lo mismo que dice Aristóteles) a eso se le llama *levandae navis gratia* y se dice *iactus mercis*; o la provocación de algún daño a la nave o el trasbordo de mercaderías a otro navío o litoral; o el pago de una cantidad a los asaltantes. Si se trata de un peligro común (*periculum commune*) que afectaba a las naves y a sus mercaderías y la nave se salva (*salva nave*), la pérdida y gastos pasan a ser distribuidos entre todos los favorecidos, es decir entre todos aquellos a quienes interesó que se hiciera el daño o gasto salvadores<sup>287</sup>, así se dispone en D. 14.2.2 donde el mismo Paulo dice:

Si peligrando una nave se hizo alijo, los dueños de las mercancías perdidas si habían arrendado el transporte de las mercancías, deben ejercitar contra el patrón de la nave la acción de locación; y después puede ejercitar contra los demás cuyas mercancías se salvaron, la acción de conducción, para que se reparta a proporción el perjuicio. Servio respondió ciertamente, que debía ejercitar contra el patrón de la nave la acción de locación para que retenga las mercancías de los demás pasajeros hasta que paguen la parte del daño. Aún más, aunque el patrón retenga las mercancías, ha de tener desde luego contra los pasajeros la acción de locación, porque, ¿qué, si hubiera pasajeros que no tuvieran carga alguna? Verdaderamente es más cómoda retenerlas si las hubiere. Pero si no, y hubiere tomado en arrendamiento toda la nave, ejercitará la acción de conducción, así como los pasajeros que tomaron en arrendamiento sitios en la nave; porque es muy justo, que le perjuicio se haga común de los que, por haber perdido las mercancías de los otros, consiguieron tener a salvo sus propias mercancías.

Guzmán Brito indica que eso es lo que se llama hoy avería común o gruesa; se supone que frente al peligro cada interesado en conservar la nave debe soportar una

---

<sup>286</sup> D. 14, 2, 1

<sup>287</sup> Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, 178.

pérdida proporcional a la cosa; pero como en situaciones de peligro no hay racionalidad, lo que ocurre es que se arroja por la borda lo primero que aparezca (aunque Demóstenes no pensaría igual, como vimos antes); en consecuencia todos corren con el riesgo pero una vez pasado el peligro, se debe restablecer el equilibrio entre los sacrificados y los beneficios derivados del daños mediante la repartición del riesgo o pérdida<sup>288</sup>.

Paulo indicó que si pese al gasto, la nave pereció, entonces no hay que distribuir pues es pérdida para todos; si el daño es particular, la pérdida la afronta el afectado como cuando en el asalto los piratas se llevan solo algunas mercaderías y obtienen rescate por otras o se incendia la nave o naufraga, pero si se reencuentran las mercaderías lanzadas, se prescinde de la contribución al respecto. Los daños no deliberados de la nave o los hechos después para rearmarla son de cuenta del transportista.

No se trata de hacer una distribución igual de los gastos sino que se hace una distribución equitativa de los gastos, esta es la clave para la aplicación del riesgo por eventos sobrevenidos no imputables al obligado. El ejemplo de Guzmán Brito es el siguiente:

Supóngase una nave, que vale 500, la cual transporta mercaderías de Ticio por 200, de Cayo por 200 y de Mevio por 100 (según su precio de venta en el puerto de desembarque); y que en una tempestad resulta averiada la nave en 250, alijadas todas las mercaderías de Ticio, las de Cayo deterioradas en 50 y las de Mevio indemnes. La repartición consiste en esto: (i) calcular el valor total de las mercaderías y la nave (activo): 500 más 200 más 200 más 100 igual 1000; (ii) el valor total de las pérdidas (pasivo): 500; y, (iii) establecer una proporción del valor total del activo al del pasivo, por un lado, con el valor del activo de cada contribuyente a la cuota de pérdida que debe corresponderle (que es la incógnita), por otro. De ese modo el dueño de la nave contribuye con 250; Ticio con 100, Cayo con 100 y Mevio con 50. Como el dueño de la nave tuvo una pérdida de hecho de 250, nada se le debe y nada debe; por su parte Ticio había perdido 200 debiendo haber perdido solo 100, por lo que resulta acreedor de tal suma; como Cayo perdió 50 debiendo haber perdido 100, debe la primera cantidad; y puesto que Mevio nada perdió debiendo haber perdido

---

<sup>288</sup> Guzmán Brito, *Ibíd.*

50, entonces debe ese monto. Por tanto Cayo y Mevio son deudores cada uno por 50 a Ticio.<sup>289</sup>

Para Guzmán Brito, estas acciones son ejercidas a través de las acciones de arrendamiento: si la relación entre los dueños de la mercadería y el *magister navis* es una *locatio conductio operis*, entonces los dueños de la mercadería perdida ejercen la *actio locati* contra el armador para obtener el valor proporcional de la pérdida y este la *actio conducti* contra los demás cargadores para pedirles su retribución. Si en cambio se trata de una *locatio conductio rei* los que perdieron la mercadería deben entablar una *actio conducti* contra el magister (porque se arrendó una cosa, no un servicio) y este la *actio locati* contra el resto de cargadores para pedirles su contribución. El *magister navi* puede retener la mercadería salvada hasta que sus cargadores hagan la contribución que les es debida<sup>290</sup>.

#### **IV.La distribución del riesgo en el derecho medieval.**

En la presente sección comentaremos la forma en que el derecho canónico y lo glosadores y post glosadores medioevales utilizaron para definir primero la fuerza obligatoria de los contratos y la denominada cláusula *rebus sic stantibus*; posteriormente mostraremos cómo el pensamiento de San Agustín y Santo Tomás afrontaron el tema y finalmente el mecanismo que cierra la discusión con Hugo Grocio.

##### **IV.I. El principio *pacta sunt servanda* y el derecho canónico**

No es este el lugar para hacer una exposición dogmática del principio *pacta sunt servanda* puesto que no es ese el objeto de este trabajo. Sin embargo resulta interesante evidenciar el origen medieval de la formulación de ambos principios.

La formulación actual del principio conocido como *pacta sunt servanda* tendría origen en el Derecho canónico, primero con un valor moral y luego jurídico. Como señala Supiot, para la Iglesia Católica, el juramento y la palabra dada eran una cuestión de fe y en consecuencia quien no mantenía su palabra actuaba contra la Verdad. Para Supiot, la formulación inicial del principio *pacta sunt servanda* se da en un pleito de límites entre dos obispos; la resolución ocurrió en el concilio de

---

<sup>289</sup> Guzmán Brito, Derecho Privado Romano, 173

<sup>290</sup> Chamie Gandur, Derecho Privado Romano, 175.



Cartago, 348, donde se dictó el canon *Antigonus* que al resolver el pleito estableció: “Que realice lo convenido o que esté sujeto a la disciplina eclesiástica” pues para la asamblea: “*Pacta serventur, pacta custodiantur*”<sup>291</sup>.

Esta obligación moral se transformó en obligación jurídica en 1212 cuando el *Decreto Graciano* le dio dicha fuerza<sup>292</sup> al dictaminar en su *Glossa Ordinaria* el principio *ex nudo pacto oritur actio*, que es exactamente el contrario al que el *ius civile* sostenía: *nudo pacto actio non nascitur*. Esta inversión de términos probablemente tenga su origen en el carácter marcadamente religioso con el que el Derecho canónico asumió el valor de la promesa ante la Verdad, es decir Dios.

Este principio, junto con la reformulación ilustrada del Derecho romano que tuvo lugar en el siglo de las codificaciones, fue heredado por los códigos de entonces y en algunos sigue vigente en su formulación dieciochesca. Es interesante subrayar que la crítica a la concepción del contrato como intercambio de bienes y servicios sustentada por Maurizio Lazzarato<sup>293</sup> observa justamente esta concepción sobre la base de un texto de Deleuze y Guattari<sup>294</sup> que asume la crítica que Nietzsche hizo en la *Genealogía de la Moral*<sup>295</sup> en cuya segunda parte Nietzsche se pregunta sobre el juicio que debe existir sobre una sociedad cuyo objetivo sea criar un animal al que le sea lícito prometer. Cuando estudia la historia de la responsabilidad, no duda en hacer coincidir el concepto moral de culpa con el concepto jurídico de deuda.

De modo que aceptar el razonamiento planteado por Supiot de identificar el valor de la promesa como un asunto religioso, puede fácilmente conducir a un razonamiento como el de Nietzsche; sin embargo, ese es un asunto que el propio Lazzarato no se ha animado a desarrollar, haciendo falta una exposición completa de su teoría de contratos basada en el intercambio de subjetividades, como es la que propone en su texto de 2012.

De todos modos, desde el punto de vista jurídico, parecería que no es posible disentir de la hipótesis planteada por Supiot sobre el origen canónico del principio

---

<sup>291</sup> Supiot, Alain, *Homo Juridicus*, México, Editorial Siglo XXI, 144.

<sup>292</sup> Supiot hace esta cita del Decreto Graciano: C. 22, qu. 5, “c. iuramenti, glose distantiam: Ex nudo pacto oritur actio.”

<sup>293</sup> Lazzarato, Maurizio, *The Making of the Indebted Man*, Amsterdam, Agence litteraire Pierre Astier & Associates, 2012, 39.

<sup>294</sup> Deleuze Giles et Guattari, Felix, *Anti Edipo, Capitalismo y Esquizofrenia*, disponible en <https://libcom.org/files/Anti-Oedipus.pdf>, consultado por última vez, diciembre de 2015.

<sup>295</sup> Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la Moral*, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/211756.pdf>, consultado por última vez en diciembre 2015.

hoy conocido como *pacta sunt servanda*; de todos modos, esta referencia sirve solo para fijar la contemporaneidad del desarrollo de ambos principios, el *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*, como veremos de forma ulterior.

San Agustín, el Agustín de Hipona que escribió la *Ciudad de Dios*, incluye el ejemplo de la espada de Cicerón, tratado previamente, en un tratado de los salmos donde señala que “it would be evident (*manifestum*) that due to the changed mental condition of the despositor the sword would have to be kept at the depository”<sup>296</sup> razonamiento que fue incorporado en el *Decretum Gratiani* también conocido como “Concordia de las discordancia de los cánones” y redactado en el 1140 o 1142.

Johannes Teutonicus introduce en la *Glossa Ordinaria* del *Decretum Gratiani* la regla de que todo contrato debe mantenerse siempre y cuando se mantengan las circunstancias: “*Ergo semper subintelligentiur haec conditio, si res in eodem statu manserit...Et est hic arg(umentum) quod propter novum casum datur auxilium*” (Énfasis añadido)<sup>297</sup>.

El Derecho romano durante la Edad Media mantuvo una enorme influencia especialmente a a partir de su “descubrimiento” casi trescientos años después de Carlo Magno, en el llamado Renacimiento del Siglo XII<sup>298</sup>. Las circunstancias históricas que incentivan dicho redescubrimiento exceden los motivos de esta recensión pero cabe señalar sobre todo el hecho de que en Pavia, ya en la mitad del siglo XII existía una escuela jurídica de gran renombre. Según Luig<sup>299</sup>, hacia el 1080, existía en Boloña, un maestro conocido como Pepo que enseñaba las Instituta para que sus alumnos se preparasen para la administración pública. Fue determinante sin duda el descubrimiento del Digesto a fines del S. XI que en la actualidad reposa en la Biblioteca Laurenciana en Florencia. Influencia notable en el desarrollo del Derecho romano tuvo igualmente la redacción del *Corpus Iuris Canonici* a partir del 1140 cuya característica más importante fue sin duda la constitución de una unidad doctrinaria denominada *ius utrumque*, es decir, de los dos

---

<sup>296</sup> Citado por Hondius Ewoud and Grigoleit Hans Christoph, *Unexpected circumstances in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 17.

<sup>297</sup> Citado por Hondius, *Unexpected circumstances*, 80. Hondius luego alega la regla establecida por el Papa Inocencio III respecto de la promesa de matrimonio “siempre y cuando se mantenga el comportamiento correcto de la esposa.”

<sup>298</sup> Para una historia del Derecho Romano: Giuseppe Grosso.

<sup>299</sup> Luig, Klaus, “Principi giuridici non codificati in un diritto codificato: l’esempio della clausula rebus sic stantibus”, en *Roma e America. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, No. 8, 1999, 19-45.

derechos. No cabe duda, sin embargo, que el impulso definitivo del conocimiento del derecho romano y de los principios generales del derecho fue el surgimiento de una nueva figura profesional: el jurista. Bajo Irineo, profesor de la Universidad de Boloña, se desarrolló con notable importancia la enseñanza del derecho romano. Alumnos de Irineo son los denominados cuatro doctores: Bulgaro, Martino, Jacopo y Ugo. El modelo de enseñanza y de administración de justicia boloñés se esparció por toda Europa y con ella la aparición de los glosadores. Los doctores escribían sus explicaciones al margen de los textos las cuales en lo posterior eran transmitidas a los alumnos<sup>300</sup>, por esa razón, el profesor enseñaba a sus alumnos la *ratio decidendi*, incluso si no estaba expresamente enunciada en el texto. La lección continuaba con una exposición de los *pro et contra* y de los *sic et non* y finalizaba con la exposición de casos paralelos.

La explicación del principio *rebus sic stantibus*, según Luig, y del complementario según en todo contrato se encontraría contenida una cláusula *rebus sic stantibus* nace de la ya referida cita de Africano, la cual pretendía limitar pormenorizadamente los casos en que se aplicaba dicha estipulación; el texto paralelo está contenido en la siguiente cita de Neracio contenida en el Digesto:

D. 12,4,8 **NERACIO; Pergaminos, libro II.-** Lo que escribe Servio en el libro de las dotes, que si se hubieran contraído nupcias entre personas de las cuales una aun no tuviera edad legal, puede repetirse lo que entretanto se hubiera dado á título de dote, se ha de entender de este modo, que si sobreviniere el divorcio antes que ambas personas tengan la edad legal, haya la repetición de aquel dinero, pero que mientras permanezcan en el mismo estado de matrimonio, no pueda repetirse esto, no de otra suerte que lo que la esposa hubiere dado al esposo á título de dote, mientras subsista entre ellos la afinidad; porque de lo que se dá por esta causa no habiéndose consumado todavía el matrimonio, como quiera que se dé para que llegue á construir la dote, no hay la repetición, mientras pueda llegar á constituir<sup>301</sup>.

---

<sup>300</sup> Es importante tener en cuenta que los alumnos procedían de la alta burguesía o de la nobleza. Los nobles ejercían sus funciones en virtud de la herencia pero poco a poco los doctores en derecho fueron ganando posiciones a tal punto que en el Reglamento de la Corte Imperial de Espira, Alemania de 1495, se dispuso que el cuerpo de los jueces debía estar integrado en partes iguales por nobles y por doctores en derecho, de donde procede, según Luig, que el título de doctor haya tenido en ese momento el mismo valor que un título nobiliario. Luig, *Ibíd.*, pag. 25 y sigs.

<sup>301</sup> **NERATIUS** libro II. *Membranarum.*- Quod Servius in libro de dotibus scribit, si Inter eas personas, quarum altera nondum iustamaetatem habeas, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeas, sit eius pecuniae repetitio; donec autem in eodem habitu matrimonii

La *ratio decidendi* de este caso, en la interpretación de Luig, es que si una cosa es transferida a título de dote en espera de un evento sucesivo (como por ejemplo que un matrimonio inicialmente inválido adquiriera eficacia o que se entregue lo ofrecido en una promesa de matrimonio), no puede darse la restitución mientras “sea posible” el evento<sup>302</sup>.

Accursio glosó la cita de Neratio, de la siguiente forma:

Como afirman los dialécticos, si esto “es posible” se extiende hasta el momento en que ambos están vivos, incluso una vez divorciados no cabría la repetición; en efecto, siempre es posible que un matrimonio se realice. Sin embargo, nosotros no efectuamos tal extensión sino que nos referimos al momento presente y hablamos como si las cosas permanecieran así como hoy están.<sup>303</sup>

Con lo cual Accursio subrayaba el hecho de que la repetición estaba excluida solo *rebus sic se habentibus*, es decir solo si las cosas permanecían en el curso de los acontecimientos originalmente programados por lo que, si ocurría una separación la dote debería devolverse por más que existiese la posibilidad de que el matrimonio se concluya en el futuro.

El debate sobre el origen medieval de la regla ha sido amplio y reconocido. La regla *si res in eodem* (si la cosa se mantiene en el mismo estado) se aplica para los casos en que las partes hubiesen establecido reglas para el comportamiento futuro y que no hubiesen podido ser previstas<sup>304</sup> y se atribuye, usualmente, como fundamento de la regla *rebus sic stantibus* en el derecho medieval. De otro lado, el comentario de Neracio sobre Servio (contenido en los *Pergaminos* del primero e incluido en el Digesto bajo el párrafo “*De la condición de lo dado por causa que no se verificó*”), donde el jurista romano Neracio comenta que si en el caso de dote entregada respecto del matrimonio de menores de edad, si sobreviene el divorcio antes que hubiesen alcanzado mayoría de edad, la dote debe ser repetida<sup>305</sup> contiene el principio que es recogido por los glosadores del derecho romano. Según Hondius,

---

permaneant (2), non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos affinitas; quod enim ex ea causa nondum coïto (3) matrimonio datar, quum sic detur tanquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est. Justiniano, *Ibid*, 703

<sup>302</sup> Luig, *Ibid*, 27.

<sup>303</sup> Luig, *Ibid*.

<sup>304</sup> Hondius, *Unexpected circumstances*, 81.

<sup>305</sup> Neracio sobre Servio en D. 12.4.8

la regla creada por la glosa de Accursio fue aplicada por Bartolo a dos casos para luego ser utilizadas en todos los casos de promesas<sup>306</sup>;

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 alguna renuncia en cualquier situación a todo derecho que tiene o pueda tener, esto debe ser entendido *rebus sic 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.<sup>307</sup>

Finalmente, siguiendo a Benítez Caorsi, se le atribuye a Bartolo la fórmula *rebus sic stantibus* relacionada con los contratos de tracto sucesivo y largo plazo. Bartolo habría expresado dicha formulación en el siguiente párrafo: “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”<sup>308</sup>

Ambos textos<sup>309</sup> sirvieron para que los glosadores medievales entendieran que en todo contrato existe de forma tácita el principio del *rebus sic stantibus*. Este entendimiento fue recogido posteriormente por otro jurista medieval, Philippus Decius que señaló como regla general que un contrato obliga bajo las circunstancias en las que fue contraído y que en consecuencia, el mismo puede dejar de obligar si un evento superviniente ocurre (*ex causa supervinienti*)<sup>310</sup>.

#### IV.II. El cambio de circunstancias en Santo Tomás de Aquino

El tratamiento que da Santo Tomás de Aquino a este tema se relaciona con la investigación sobre la justicia. Al preguntarse si la *epikeia* es una virtud y si es o no parte de la justicia, Santo Tomás señala que quienes objetan ese carácter afirman que la *epikeia* no puede ser una virtud por cuanto ninguna virtud puede alejarse de otra,

<sup>306</sup> Hondius, Unexpected circumstances, 18.

<sup>307</sup> Bartolus A Saxoferrato, *In secundam ff. veteris partem. Cum adnotationibus Alex. Barb. Parisij, Claud. Á Seissel. And. Poma. Ioan. Fran. Roue. Atque aliorum...., cit., fol. 49*, citado por Chamie Gandur, *La adaptación del Contrato*, 101.

<sup>308</sup> Benítez Caorsi, Juan, *La Revisión del Contrato*, Bogotá, Temis, 2010, 372. A su vez, Benítez hace la cita de Voirin, Pierre, *De l'imprevision dans les rapports de droit privé*, Nancy, Vagnes, 1992, 46.

<sup>309</sup> Otros textos adicionales señalados por Luig son el texto de la espada y el del juramento de matrimonio dado a esposa legítima, el cual fue incluso confirmado por un Decreto de Inocencio III del 1207 en el cual se establecía que si un hombre ha jurado a su esposa, en el momento del matrimonio que la trataría como legítima esposa, ese hombre no puede repudiarla por un adulterio cometido en forma previa, pero, dice el Decreto, la puede repudiar, sin obstáculo alguno del juramento, por un adulterio cometido con posterioridad, porque en el juramento estaba contenida la condición que ella no cometería pecado contra las reglas del matrimonio. Luig, *Ibíd*, 27.

<sup>310</sup> Hondius, *Ibíd*.

en este caso el cumplimiento de la palabra dada, y que cuando la equidad deja de lado la ley, lo que “es” de acuerdo a la ley, la misma se opone a su severidad. En la segunda objeción, Santo Tomás cita a San Agustín quien afirmaba que con relación a estas leyes terrenales, que los hombres las usan para juzgar y que aparentemente la equidad emite juicios sobre la ley cuando los hombres creen que la ley no debe ser observada en ciertos casos y por lo tanto, la equidad es un vicio antes que una virtud. En la tercera objeción, Santo Tomás señala que aparentemente hace parte de la *epikeia* el considerar la intención del legislador; pero solo le corresponde al legislador y al soberano el decir que ha querido decir cuando emitió una ley<sup>311</sup> y en consecuencia, un acto de interpretación de la ley dada por el legislador, es un vicio y no una virtud. La conclusión a la que llega Santo Tomás es que cuando se trata de leyes, ya que “...las acciones humanas están compuestas por contingentes singulares y son innumerables en su diversidad...” es imposible redactar leyes que se apliquen a cada uno de los casos. Santo Tomás dice:

Legislators in framing laws attend to what commonly happens: although if the law be applied to certain cases it will frustrate the equality of justice and be injurious to the common good, which the law has in view. Thus the law requires deposits to be restored, because in the majority of cases this is just. Yet it happens sometimes to be injurious, for instance, if a madman were to put his sword in deposit and demand its delivery while in a state of madness, or if a man were to seek the return of his deposit in order to fight against his country. In these and like cases it is bad to follow the law, and it is good to set aside the letter of the law and to follow the dictates of justice and the common good.<sup>312</sup>

El argumento de Santo Tomás se fundamenta en que la *epikeia* no deja de lado lo que es justo en sí mismo sino lo que ha sido ordenado por la ley, ni se opone a la severidad en el cumplimiento de la misma cuando debe ser servida ya que, seguir la letra de la ley cuando no debe ser seguida es cometer un pecado<sup>313</sup> e invoca, para su soporte la siguiente cita del Codex: “Sin duda, transgrede la ley quien se adhiere estrictamente a su letra para vencer el espíritu del legislador”<sup>314</sup> Concluye Santo

---

<sup>311</sup> Es seductor aparejar este criterio a la solución francesa de emitir una ley en lugar de permitir al juez pronunciarse sobre casos particulares, nos referimos a la *Loi Failliot*.

<sup>312</sup> Santo Tomás, Question 120, Of Epikeia or Equity, en Aquinas, Thomas, *Summa Theologica*, libro electrónico, posición 63275.

<sup>313</sup> Aquinas, *Summa Theologica*, pos. 63299.

<sup>314</sup> Aquinas, *Summa Theologica*, pos. 63301.

Tomás que la interpretación es admisible en casos de duda donde no es posible separarse de la ley sin la interpretación del soberano, pero en los casos en que no hay dicha necesidad es necesario ejecutar y no interpretar<sup>315</sup>.

La posición de Bartolo de que todos los contratos tendrían incorporada una cláusula *rebus sis se habentibus* fue negada de forma absoluta por Hugo Grocio quien consideró que dicha cláusula obligaba únicamente en el caso de que la condición tácita “*si res manea quo sunt loco*” fuera la razón fundamental de la promesa, es decir, siguiendo a Cardilli, “...circunscribiendo...el cambio sobrevenido de las circunstancias a la hipótesis de *rationis cessatio*...siempre que se demostrase que la permanencia de las circunstancias iniciales al momento de la promesa era la única razón que había motivado al *promisor* a vincularse.”<sup>316</sup> Y a esta teoría se la conoce con el nombre de *rebus sic stantibus*, es decir, aquella que incorpora una hipótesis de *rationis cessatio*<sup>317</sup>.

#### **IV.III. Los códigos *ius naturalistas***

Los códigos iusnaturalistas incorporaron dicha cláusula en sus textos y definieron los requisitos necesarios para que se la pudiera invocar. El *Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis* de 1794, por ejemplo, estableció tres requisitos para que pudiera efectivamente aplicarse y dejando libertad al juez para o bien terminar la relación o modificarla:

- 1.- La ausencia de culpa
- 2.- La imprevisión del cambio de circunstancias; y,
- 3.- Su relevancia objetiva según el parecer de una persona neutral<sup>318</sup>.

De su parte el *Allgemeines Landrecht* establecía que no era posible liberarse de una obligación fuera del caso de una verdadera imposibilidad, pero si por una variación imprevista el “fin último de ambas partes”, declarado de forma manifiesta o derivado de la naturaleza del contrato, no era posible alcanzarlo, el mismo podía ser dejado sin efecto por las partes<sup>319</sup>.

---

<sup>315</sup> Aquinas, *Summa Theologica*, pos. 63304.

<sup>316</sup> Chamie Gandur, *La Adaptación del Contrato*, 105.

<sup>317</sup> Chamie Gandur, *Ibíd.*

<sup>318</sup> Chamie Gandur, *La Adaptación del Contrato*, 106.

<sup>319</sup> Chamie Gandur, *Ibíd.*

Como se ve, tanto la posición adoptada por el *Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis* como por el *Allgemeines Landrecht* reflejan de forma general las dos posiciones que en la actualidad rigen este principio, la del *Codex Bavaricus*, en términos generales la solución adoptada por códigos que siguen la línea de la legislación italiana, y la del *Allgemeines Landrecht*, la teoría de la presuposición, más cercana a la norma alemana actual, a pesar de que el *Allgemeines Landrecht* incorpora ya criterios objetivos que son el sustento de lo que la legislación contemporánea utiliza en el caso de la *rebus sic stantibus*. Como señala Chamie Gandur, el abandono de la cláusula por parte de la Pandectística se debió en parte a dar un énfasis excesivo a las intenciones de las partes; como lo veremos cuando analicemos la escuela alemana, la *rebus sic stantibus* se percibió como el resultado de: “...establecer los instrumentos necesarios para garantizar la relevancia de las intenciones de los contratantes aún cuando no se expresaran”<sup>320</sup> lo cual, como el mismo autor señala, solo hubiera sido posible en un momento de exaltación de la voluntad de las partes, es decir, solo en un contexto en que se consideraba a los efectos de la voluntad como la fuente de los efectos del acto, sería posible el desarrollo de una teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Como señala Chamie Gandur, eso fue lo que ocurrió en parte con la tradición alemana que pasó de la *presuposición* al *cambio de la base negocial* y con la francesa que consideró a la *rebus sic stantibus* como una derivación de la *force majeure*<sup>321</sup>. En otras palabras y siguiendo a este autor, la relevancia absoluta de los eventos sobrevenidos frente al cumplimiento de la prestación, se afianzó en la tradición jurídica occidental, y solo se percibió el dogma romano de *impossibilium nulla obligatio est*, distinto de aquel que distinguía la imposibilidad propiamente dicha de la *difficultas*, contenida en D.45.1.137.4. Y esta diferencia, entre la imposibilidad absoluta y la relativa y la imposibilidad o no de negociar un contrato afectado por la dicha imposibilidad relativa lo que caracteriza en la actualidad la problemática occidental del *rebus sic stantibus*.

---

<sup>320</sup> Chamie Gandur, La Adaptación del Contrato, 107.

<sup>321</sup> Chamie Gandur, *Ibíd.*



## Capítulo Segundo: Jurisdicción y *rebus sic stantibus*

En este capítulo analizaremos la forma en que el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* se ha diferenciado en cada una de las jurisdicciones analizadas. Hemos preferido dejar de lado el concepto de *sistemas* o de *familias* legales fundamentado en su momento por David<sup>322</sup> o Zweigert<sup>323</sup>. Dichos conceptos sostenían que cada derecho constituye un sistema puesto que en su interior era posible encontrar ciertas instituciones legales comunes a la vez que formaban un todo cuyas partes se explicaban unas a otras; los conceptos de sistemas o familias fueron objetados sobre la base de que las legislaciones de cada país no pueden ser observadas de forma aislada<sup>324</sup> pues dicha visión partiría de supuestos equivocados, uno de ellos sería la presunción de la existencia de un espíritu único y propio de cada pueblo o *Volke*, que en su poder soberano e ideal sería capaz de reflejar el *Zeitgeist* o, por otro lado, la presunción de Savigny cuando fundó su Escuela Histórica del Derecho, lo que le permitiría gozar, a dichos sistemas legales, de una idiosincrasia única.

El académico italiano Rodolfo Sacco<sup>325</sup> al observar esta aproximación al derecho internacional comparado, la rechaza y habla de la influencia que el derecho a nivel global sufre de parte de ciertos *formadores* (instituciones, conceptos y reglas) que pasan de una nación a otra dejando en cada una un contenido diverso<sup>326</sup> y que alimentan ese sistema o familia con influencias externas.

En el tema que nos ocupa, es significativo que al interior de un mismo “sistema”, el derecho civil, dos jurisdicciones afronten un mismo problema de forma tan distinta como ocurre con la *Störung der Geschäftsgrundlage* que en tiene una antigua y respetable tradición mientras que en Francia, la *Imprévision* se supuso rechazada por siglos; Gordley considera que esa omisión probablemente se debió a

---

<sup>322</sup> David, Rene, *Les grands systèmes de droit contemporaine*, Paris, Dalloz, 1992.

<sup>323</sup> Zweigert, Konrad & Koetz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, New York, Clarendon, 1998.

<sup>324</sup> Gordley, James, “Legal history”, en Reimann, Mathias & Zimmermann, Reinhard, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006, 763.

<sup>325</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law”, en *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 1-35; 343-400, disponible en <http://www.uni-heidelberg.de/institute/fak2/mussnug/historyoftaxdocuments/schrifttum/aufsaeetze/AUFS00030.pdf> consultada enero 2015.

<sup>326</sup> Gordley, *Ibid.*

un accidente histórico ocasionado por el poco tiempo que Napoleón concedió para la entrega de la codificación o porque Pothier y Domat no la tomaron en cuenta, pese a que muchos de sus contemporáneos aceptaban como excusa la doctrina del cambio de circunstancias<sup>327</sup>.

Del mismo modo, veremos que al interior del “sistema” anglosajón, la jurisprudencia inglesa entiende la *frustration of purpose* de forma distinta a la forma en que es aceptada por la jurisprudencia norteamericana y autores como Brunner<sup>328</sup> consideran que, de hecho, la versión inglesa de la *frustration of purpose* es el reverso de la *impracticability* norteamericana; más contradictorio aún es el reconocimiento del profesor Gunther Treitel de que en materia de *impossibility*, la jurisprudencia alemana está abandonando el “sistema” del derecho civil para aproximarse al *common law*<sup>329</sup>.

Finalmente, en el caso de América Latina, el fenómeno del derecho tiene complicaciones adicionales; Diego López estudia la recepción de las doctrinas legales en el continente y el resultado tampoco es muy satisfactorio, comenta así lo ocurrido:

...(el) envilecimiento de lo mimético contamina así los productos iusfilosóficos de América Latina: al comienzo de nuestra vida republicana cuando nuestros ideales de derecho y estado imitaban cercanamente los de la República Francesa, éramos simplemente reproducciones imitativas de acontecimientos europeos. Y ahora, a comienzos del siglo XXI, cuando nuestros ideales de derecho y estado imitan cercanamente la “República comercial” de los norteamericanos, nuestra iusfilosofía parece una pálida sombra de nuevos autores y argumentos. Éramos, en un principio copias europeas y ahora, quizás copias norteamericanas<sup>330</sup>.

En el caso de Ecuador, respecto de la recepción de las figuras legales o doctrinarias, la situación no es distinta, al igual que el resto de países sudamericanos parecería que seguimos copiando modelos con ese ímpetu por adoptar y no adaptar que tanto criticaban Guzmán Brito<sup>331</sup> o José María Castán Vázquez<sup>332</sup> y que ha

---

<sup>327</sup> Gordley, *Ibíd.*

<sup>328</sup> Brunner, Christopher, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, 428.

<sup>329</sup> Treitel, Gunter, *Frustration and Force Majeure*, London, Sweet and Maxwell, 2014, 3.

<sup>330</sup> López Medina, *Ibíd.*, 13.

<sup>331</sup> Guzmán Brito, Alejandro, “La función del derecho romano en la unificación jurídica latinoamericana”, en Schipani Sandro, *Derecho Romano y Unificación del Derecho*, Roma, Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’, 1999, 129.

opacado la investigación jurídica por un ánimo que se mueve entre el parricidio y el complejo académico.

Respecto del tema de la cláusula *rebus sic stantibus*, en América Latina, dos textos son de especial relevancia. El primero de Chamie Gandur, ya citado, es un análisis desde la dogmática y por tanto estudia independientemente los principios que subyacen bajo la legislación y jurisprudencia de cada país. De su parte, el trabajo de Benítez Caorsí<sup>333</sup> analiza las teorías que existen en cada uno de los sistemas. Uno y otro afrontan problemas de doctrina y teoría, y por ende, son trabajos enfocados en distintos puntos de vista aunque con un método similar, el análisis caso por caso de los países estudiados. Ambos trabajos, sin embargo, son imprescindibles y han contribuido de modo excepcional al estudio de la materia en este continente.

En consecuencia, existen cuatro mecanismos de trabajo sobre el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*:

a) El estudio por país, cuyo ejemplo más importante es el trabajo de Treitel en el derecho inglés y el de Farnsworth<sup>334</sup> en el derecho norteamericano.

b) La investigación que realiza Brunner en la cual analiza la práctica del *hardship* desde la práctica arbitral internacional.

c) Los recientes estudios país por país de académicos como Zimmermann<sup>335</sup> y Hondius<sup>336</sup> que afrontan el estudio de la institución del cambio de circunstancias y el de la buena fe, respectivamente, desde el análisis de casos, vale decir, se plantean un caso y exponen cómo lo resolvería hipotéticamente cada jurisdicción.

d) Los análisis desde la doctrina y la teoría como los de Chamie Gandur y el de Rodríguez Caorsí.

En español, sin embargo, no existe la posibilidad de realizar un análisis como el de Treitel o el Farnsworth puesto que la jurisprudencia de los países latinoamericanos es limitada por lo que existen trabajos parciales en forma de artículos o monografías. En el ámbito del arbitraje internacional, el trabajo de Brunner es actualizado y están disponibles fuentes del denominado *soft law* a las que

---

<sup>332</sup> Castán Vázquez, José María, “La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas”, en Schipani Sandro, *Ibíd*, 65.

<sup>333</sup> Caorsí Benítez, *La Revisión del Contrato*, Bogotá, Temis, 661.

<sup>334</sup> Farnsworth, Allan, *Contracts*, New York, Aspen Publishers, 2004.

<sup>335</sup> Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>336</sup> Hondius, Ewoud & Grigoilet, Christoph, *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

nos hemos remitido en abundancia. No existe, en cambio, en español un relato de porqué las distintas jurisdicciones han llegado al lugar donde están; es decir, para poder llevar a cabo un estudio como el de Zimmermann o el de Hondius, a través del estudio y resolución hipotética de casos, previamente es necesario contar con la literatura previa, es decir, aquella que explica cómo y porqué se aplica el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* de forma tan distinta pero similar en cada jurisdicción.

La jurisdicción, el trabajo de los jueces, prové las herramientas para efectuar de modo comprensible la *diacrisis*, es decir un juicio que separa, que diferencia, el *distingo*.

Este capítulo tendrá tres partes, la primera que contiene las jurisdicciones anglosajonas donde repasaremos principalmente la jurisprudencia inglesa y la norteamericana.

Posteriormente, pasaremos revista a las jurisdicciones del derecho civil con especial referencia a las soluciones italiana, alemana, francesa y el caso sudamericano y español.

En la tercera parte, estudiaremos la forma en que el *softlaw* plantea el problema del *hardship* y la forma en que los tribunales internacionales han resuelto el problema.

Finalmente es preciso subrayar que al ser este un trabajo centrado principalmente en las relaciones entre privados, dejaremos de lado los casos de aplicación de *rebus sic stantibus* en el derecho internacional público<sup>337</sup>, las relaciones contractuales atravesadas por las leyes de defensa del consumidor, seguros, derecho marítimo y las resoluciones de los tribunales de arbitraje de inversiones puesto que, por lo general, los casos surgidos en esos ámbitos responden a criterios distintos al protegido por el *pacta sunt servanda* y en consecuencia están sometidos a disciplinas un tanto diversas. Solo haremos referencia a algunos casos especiales que por su importancia vale la pena tener en mente.

---

<sup>337</sup> Para ello nos remitiremos, ocasionalmente, a la obra de Cheng, Bin, *General Principles of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, ya que si bien contiene un importante número de resoluciones de tribunales internacionales de derecho público, también hace una recensión de decisiones que involucran a privados.

## I. Las jurisdicciones anglosajonas

### I.I. Diferencias conceptuales entre el Common Law y el Civil Law

La historia del derecho inglés primero y del norteamericano posteriormente es desconocida en la mayor parte del continente; la opinión común los muestra como compartimientos estancos alejados completamente del derecho civil<sup>338</sup>; sin embargo, si miramos de cerca, y respecto del tema de la *impossibility*, las diferencias parecen ser meras apariencias<sup>339</sup>.

Es preciso, por ello, contextualizar el tema de la cláusula *rebus sic stantibus* en el sentido de que es preciso subrayar las siguientes diferencias fundamentales entre ambos derecho, que Treitel las sintetiza así:

En primer lugar, el derecho inglés a diferencia del continental no reconoce de forma absoluta la denominada teoría de la imposibilidad, aquella contenida en la regla romana de *impossibilium nulla obligatio* y que significa *a modo grosso* que nadie puede ser obligado a lo imposible. El derecho inglés sostiene desde el año 1706 la tesis expresada por el juez Holt, quien afirmaba que “when a man will for a valuable consideration undertake to do an impossible thing, though it cannot be performed, yet he shall answer in damages”<sup>340</sup>; e igualmente, en el derecho moderno encontramos casos en los que los jueces se han pronunciado sobre la imposibilidad de ejecutar una prestación de ese tipo. Sin embargo, como lo afirma Treitel, esta imposibilidad no se refiere a la imposibilidad sobrevenida sino solamente a aquella que existía de forma previa a la celebración del contrato. Las causas aparecidas con posterioridad a la suscripción del mismo siguen, al igual que en el derecho civil, una disciplina distinta

En el derecho inglés la disciplina relativa a las causas sobrevenidas es distinta del derecho civil debido a que en este, el remedio principal para el caso de incumplimiento es la ejecución forzosa que resulta inapropiado en el caso de que ello fuera imposible. En el caso del derecho inglés, por otro lado, no existe como remedio *a priori* la ejecución forzosa sino el pago de una cantidad de dinero y, como nunca se considera que el pago de una cantidad de dinero es imposible, la acción

---

<sup>338</sup> Para una aproximación del derecho inglés, cfr., James, Philip, *Introducción al derecho inglés*, Bogotá, Temis, 1996.

<sup>339</sup> Treitel, Gunter, *Frustration and Force Majeure*, London, Sweet & Maxwell, 2014, 3.

<sup>340</sup> Treitel, *Ibíd.*, 2.

cuyo objetivo sea el pago de una indemnización por incumplimiento de contrato, no puede resistirse bajo dicha consideración<sup>341</sup>. Para Treitel la analogía más cercana al principio de derecho civil de que los contratos que contemplan la ejecución de una prestación imposible se consideran nulos, es la regla de equidad (*rule of equity*) de que la corte no puede obligar a nadie a ejecutar una acción imposible, pero, aclara el mismo magistrado inglés, ello no obsta para que el obligado pague la indemnización.

El segundo rasgo característico del derecho inglés que le permite diferir respecto de la forma en que se aplica el remedio de la *rebus sic stantibus*, es la forma en que se concibe la responsabilidad. La regla general en el derecho inglés es el sistema de la *strict liability* es decir, se consider un contrato incumplido aunque dicho incumplimiento no se haya debido a la falta de diligencia o cuidado de su parte, conocida como “concepción neutral del incumplimiento”; en consecuencia, la regla general es que si ocurre un evento que haga la obligación más onerosa, el obligado no puede aplicar el remedio de la *frustration* para liberarse de su obligación de pagar daños. De modo que, en casos en que la única fuente de aprovisionamiento de un bien desaparezca, como podría ser un puerto, el obligado no se libera de su obligación de cumplir el contrato (ver *Rainieri v. Miles*<sup>342</sup>), o en casos en que el transportista no puede transportar la mercancía acordada debido a que los espacios disponibles han dejado de estarlo, tampoco libera al deudor de su obligación (ver *Lewis Emanuel & Son Ltd. v. Sammut*<sup>343</sup>). Para explicar este punto, Treitel recurre al ejemplo contrario, el relativo a la destrucción del puerto designado que desaparece a causa de un terremoto: “The distinction between the two situations can be explained by saying that the sellers undertakes to obtain shipping space, but that neither party undertakes that the port will continue to exist.”<sup>344</sup>

En este caso, la partes adquirieron una obligación cuyo objetivo era transportar una mercadería, pero de ninguna manera garantizar que el puerto continuaría existiendo, que es una presuposición en base a la cual el contrato entre las partes fue suscrito.

---

<sup>341</sup> Treitel, *Ibid.*, 3.

<sup>342</sup> *Rainieri v. Miles*, [1981] AC 1050, [1980] 2 All ER 145, resumen disponible en <http://swarb.co.uk/rainieri-v-miles-hl-1980/> consultada en agosto 2014, citado por Treitel, *Ibid.*

<sup>343</sup> *Lewis Emanuel & Son Ltd. v. Sammut*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 629, disponible en <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=145176>, consultado en agosto 2014, citado por Treitel, *Ibid.*

<sup>344</sup> Treitel, *Ibid.*, 4.

El tercer elemento importante de la distinción entre el derecho inglés y el continental, es el papel que la responsabilidad contractual basada en la culpa tiene en la aplicación del remedio. Si bien la regla general en el sistema inglés es la *strict liability*, al igual que en el derecho norteamericano aparecen en el inglés *pockets of fault* que determinan la aceptación o no del remedio. Existen casos en el derecho inglés donde no se puede imputar incumplimiento al obligado si ha actuado usando un *cuidado razonable* o si ha tenido la *debida diligencia* al momento de llevar adelante la prestación del servicio: “If the party complies with that standard, but the result specified or expected by the other party is not achieved, the former party is not in breach.”<sup>345</sup>

Otro rasgo característico es la diferenciación que se hace en el derecho inglés entre los eventos sobrevenidos y los antecedentes. En el derecho inglés, son conocidos los casos en que se declararon liberados los deudores cuando se cancelaron los festejos por la coronación de Eduardo VII, la corte de apelaciones excusó a los deudores por considerar que se había frustrado el propósito del contrato. En casi todos los “casos de la coronación” se aplicó tal doctrina<sup>346</sup>, sin embargo, en uno de ellos, *Griffith v Brymer*, se liberó al obligado en base a la doctrina del error (*mistake*) debido a que al momento de la suscripción del contrato, la celebración ya había sido cancelada.

Con esas diferencias en mente, pasaremos a explicar la jurisdicción inglesa y la norteamericana por separado.

### **I.II. Inglaterra, la frustration of purpose**

*Non haec in foderam veni*<sup>347</sup>

La jurisprudencia inglesa, en general no aceptaba que la imposibilidad en el cumplimiento del contrato libere al deudor de su obligación porque, al concebir el contrato como un *intercambio de promesas recíprocas*, el mismo solo se extingue mediante el cumplimiento de las mismas de forma exacta y puntual y en consecuencia los contratantes están sujetos de forma inexorable al principio de

---

<sup>345</sup> Treitel, *Ibíd*, 5.

<sup>346</sup> Los *coronation cases* son: *Chander v. Webster*; *Krell v. Henry*; *Clarck v. Lindsley y Blackey v. Muller*, además del mencionado *Griffith v. Brymer*.

<sup>347</sup> “No es esto lo que he contratado”, palabras de Lord Radcliffe en *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*.

santidad de los contratos (*rule as to absolute contract*)<sup>348</sup>; la española Martínez Velencoso coincide con Treitel en el sentido de que el sistema de responsabilidad del derecho inglés es distinto al establecido en el continente europeo porque en dicho derecho el incumplimiento siempre lleva consigo la obligación de pagar daños y perjuicios es decir, una determinada suma de dinero que siempre será posible de ser pagada y no contempla el cumplimiento forzado de la obligación como en el derecho civil.

En el año 1647 se dicta la jurisprudencia que marca claramente el principio de santidad absoluta de los contratos. El sistema inglés se regiría, a partir de ese momento, por el principio establecido en *Paradine v. Jane*<sup>349</sup> según el cual un contratante queda vinculado por el contrato incluso en caso de imposibilidad objetiva a menos que la misma haya estado prevista en el contrato y, de no suceder así, se obligaba del mismo modo puesto que era de responsabilidad del deudor el haberlo previsto<sup>350</sup>; en dicho caso, el príncipe alemán Rupin invade los terrenos que Jane tenía arrendados a Paradine quien ante la falta de pago, demanda a Jane ante la Corte que, efectuando una distinción entre fuerza mayor en casos de obligaciones reguladas por ley y aquellas reguladas por contratos, resuelve que la *fuerza mayor solo se aplica en casos amparados por la ley* y no por contratos; en consecuencia, según ese caso, el deudor es responsable a menos que existe una cláusula específica de exención en el contrato. Este principio, como se recordará es el mismo que aplicaba la ley de Efesos y el que aplicará la *Loi Failliot* en Francia<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Chamie Gandur, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia – Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università “Tor Vergata”, 2013, 275.

<sup>349</sup> *Paradine v. Jane*, 1647, disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1647/J5.html>

<sup>350</sup> La sentencia del King’s Bench dice: “As in the case of waste, if a house be destroyed by tempest, or by enemies, the lessee is excused. Dyer, 33. a. Inst. 53. d. 283. a. 12 H. 4. 6. so of an escape. Co. 4. 84. b. 33 H. 6. 1. So in 9 E. 3. 16. a supersedeas was awarded to the justices, that they should not proceed in a cessavit upon a cesser during the war, but when the 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 by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract. And therefore if the lessee covenant to repair a house, though it be burnt by lightning, or thrown down by enemies, yet he ought to repair it. Dyer 33. a. 40 E. 3. 6. h. Now the rent is a duty created by the parties upon the reservation, and had there been a covenant to pay it, there had been no question but the lessee must have made it good, notwithstanding the interruption by enemies, for the law would not protect him beyond his own agreement, no more then in the case of reparations; this reservation then being a covenant in law, and whereupon an action of covenant hath been maintained (as Roll said) it is all one as if there had been an actual covenant”.

<sup>351</sup> Ver el capítulo sobre la distribución de riesgos en la práctica legal griega y el capítulo dedicado a Francia.



En el derecho inglés, como vemos, la responsabilidad del deudor no depende de la culpa puesto que todas las cláusulas y promesas que el deudor ha hecho se encuentra garantizadas por el principio de santidad de los contratos y sus excepciones en la ley, por ello el deudor solo se liberaría introduciendo una cláusula específica de exención de esa obligación específica (se considera que este principio es resultado del caso *Paradine*).

Esta doctrina, se vio relativizada por *Taylor v. Cadwell* de 1863<sup>352</sup>, sin embargo, según Farnsworth, se presentaron tres notables excepciones antes de dicho caso:

1.- Cuando el contrato es declarado de forma ulterior como ilegal. En *Westminster v. Claerke* (1536), se liberó al vendedor que se había comprometido en enviar un cargamento de trigo a un país extranjero, pero antes de que llegue el día en que se había obligado a enviar el cargamento, se expide una ley que establece que es ilegal realizar ese tipo de exportaciones.

2.- Cuando la persona que tenía que realizar la prestación muere antes de hacerlo. En *Hyde v. Dean of Windsor* (1597) se estableció que si se requiere una prestación de un contratante y esa persona muere antes de la ejecución, no se concede acción por dicho incumplimiento.

3.- Cuando no se puede prestar la obligación por un acto de Dios. En *Williams v. Lloyd* (1629) se estableció que si un guardián tiene la obligación de devolver un caballo y el mismo muere por un acto de Dios, no se concede acción contra dicho guardián.

Con el tiempo, en *Taylor v. Cadwell* (1863), se reconocería lo que pasó a denominarse *frustración de propósito*<sup>353</sup>. La doctrina de la frustración tiene como objeto descargar a la parte del futuro cumplimiento del contrato, aunque este efecto

---

<sup>352</sup> Farnsworth, Allan, *Contracts*, New York, Aspen, 2004, 619. Los tres casos son citados por el autor norteamericano.

<sup>353</sup> Para muchos estudiosos esta doctrina es la otra cara de la doctrina norteamericana conocida como *commercial impracticability* porque mientras, según Martínez Velencoso, en la doctrina de la frustración de propósito el evento sobrevenido ha hecho imposible el cumplimiento del contrato, en la *frustration of contract* no existe imposibilidad sino que el deudor alega que el evento ha producido un incremento de costos de tal naturaleza que se debe poner fin al contrato mientras Brunner, sostienen que ambos son similares variando solamente el sujeto que alega una u otra, como se verá más adelante, opinión que es sostenida del mismo modo Chamie Gandur para quien el criterio usado en la doctrina de frustración del propósito es en realidad una extensión de los criterios usados para regular los efectos de la imposibilidad en general .

general ha sido modificado por la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943<sup>354</sup> que permite que exista una compensación equitativa entre las partes.

### **I.II.1 La relativización del principio de santidad de los contratos**

La doctrina que da paso al principio *rebus sic stantibus* en el derecho inglés fue introducida en el caso *Taylor v. Caldwell* que se refiere a la destrucción física del objeto materia de la obligación y que evolucionaría en el derecho inglés hacia un concepto de frustración de la aventura comercial como lo explicaremos con Treitel más adelante. Esta doctrina es la que incorpora en la jurisprudencia inglesa el “efecto imprevisible”, lo explicamos a continuación.

El caso *Taylor v. Caldwell*<sup>355</sup>, de 1863, surgió cuando Caldwell arrienda un salón para espectáculos, el *Surrey Gardens & Music Hall* a favor de *Taylor & Lewis* por cien libras esterlinas al día para ser usado durante cinco días en sendos meses empezando el 17 de junio<sup>356</sup>. El teatro se incendió antes de esa fecha y Taylor demandó la resolución o rescisión del contrato y el pago de indemnización por los gastos incurridos. El juez Colin Blackburn resolvió que no correspondía el pago de ninguna indemnización por cuanto no encontró responsabilidad de la parte ya que en el contrato suscrito (sentencia que, por cierto, terminaba con la frase “God’s will permitting”) se había establecido una condición implícita<sup>357</sup> que era la existencia del *Surrey Gardens & Music Hall* que había desaparecido por un hecho imprevisible.

En este caso, el juez Blackburn sostuvo que:

The parties when framing their agreement evidently had not present to their minds the possibility of such a disaster, and have made no express stipulation with reference to it, so that the answer to the question must depend upon the general rules of law applicable to such a contract...There seems no doubt that where there is a positive contract to do a thing, not in itself unlawful, the contractor must perform it or pay damages for not doing it, although in consequence of unforeseen accidents, the

---

<sup>354</sup> Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1> , consultada en octubre 2014.

<sup>355</sup> *Taylor v. Caldwell*, [1863] EWHC QB J1 122 ER 309;3 B. & S. 826, disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html> , consultada en octubre 2014.

<sup>356</sup> El propósito del arrendamiento era la presentación de John Simms Reeves, un tenor famoso en la era victoriana

<sup>357</sup> Esta condición implícita se refiere a que las partes habían considerado que era una condición no escrita y sobreentendida de las partes que el teatro continuaría existiendo al momento de ejecutar el contrato.

performance of his contract has become unexpectedly burthensome or even impossible....But this rule is only applicable when the contract is positive and absolute, and not subject to any condition either express or implied: and there are authorities which, as we think, establish the principle that where, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that, when entering into the contract, they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor”.<sup>358</sup> (Énfasis añadido)

El juez Blackburn pone la siguiente premisa de su argumento sobre la distribución de riesgos: “and have made no express stipulation with reference to it”. En este caso, el juez Blackburn introduce una de las premisas más importantes en la doctrina inglesa, el hecho de que la doctrina se aplicará no en contratos positivos, de hacer algo de modo indefectible, sino en contratos que contengan una cláusula implícita.

Con posterioridad la jurisprudencia inglesa continúa aplicando este principio a casos donde se destruye el objeto del contrato. En *Appleby v. Myers*<sup>359</sup>, el demandante se comprometió a construir cierto tipo de obras en el edificio de propiedad de Myers que incluían la instalación de cierto tipo de maquinarias y pactaron un precio unitario por la obra. Antes de la conclusión de la misma, el fuego destruye la obra y los insumos que Appleby había depositado en la obra para instalarlos posteriormente. El juez analiza si se podía considerar como prematuro el depósito de dichos materiales en la construcción y si había responsabilidad de una de las partes, concluyendo que no, por lo que ordenó que no había posibilidad de compensaciones mutuas. Posteriormente, ocurren una serie de casos que ayudan a precisar el contenido de esta excusa en el derecho inglés, ello ocurre a raíz de lo que se conoció como los *coronation cases*.

---

<sup>358</sup> Taylor v. Cadwell, *ibidem*.

<sup>359</sup> Treitel, *Ibid*, 23.

## I.II.2. Los coronation cases

En el derecho inglés, son conocidos los casos en que se declararon liberados los deudores cuando se cancelaron los festejos por la coronación de Eduardo VII y la reina Alexandra debido a una apendicitis imprevista que sufrió aquel. Dado que parte de los festejos tendrían lugar mediante una regata por el río, se alquilaron habitaciones con balcón desde donde se podía observar el paso de las naves. Al haberse cancelado la celebración, la corte de apelaciones liberó a los deudores por considerar que se había frustrado el propósito del contrato. En todos los casos se aplicó dicha doctrina<sup>360</sup>, sin embargo, en uno de ellos, *Griffith v Brymer*, se liberó al obligado en base a la doctrina del error (*mistake*) debido a que al momento de la suscripción del contrato, la celebración ya había sido cancelada.

En *Krell v. Henry*<sup>361</sup>, otro *coronation case*, la Corte se preguntó si como resultado de este caso se habría introducido en la jurisprudencia inglesa el principio propio del derecho civil de que las partes sabían desde el principio que el contrato solo les obligaba si las circunstancias en las que firmaron el contrato se mantenían<sup>362</sup> y sentenció que la cancelación de la ceremonia liberaba a las partes del contrato porque la procesión era la esencia del contrato<sup>363</sup>; desde otro punto de vista, para Hondius, la decisión se basaba en el argumento de Grocio de que la fuerza

---

<sup>360</sup> Los *coronation cases* son: *Chander v. Webster*; *Krell v. Henry*; *Clarck v. Linsdsley y Blackey v. Muller*, además del mencionado *Griffith v. Brymer*.

<sup>361</sup> *Krell v. Henry*, 1903, el juicio tuvo lugar a raíz de un contrato de arrendamiento para los días 26 y 27 de junio de 1902, en los cuales el futuro rey Eduardo VII sería coronado; el arrendador fue informado que tendría una vista magnífica del proceso de coronación. En ese caso, el juez Romer señaló: With some doubt I have also come to the conclusion that this case is governed by the principle on which *Taylor v Caldwell*[1] was decided, and accordingly that the appeal must be dismissed. The doubt I have felt was whether the parties to the contract now before us could be said, under the circumstances, not to have had at all in their contemplation the risk that for some reason or other the coronation processions might not take place on the days fixed, or, if the processions took place, might not pass so as to be capable of being viewed from the rooms mentioned in the contract; and whether, under this contract, that risk was not undertaken by the defendant. But on the question of fact as to what was in the contemplation of the parties at the time, I do not think it right to differ from the conclusion arrived at by Vaughan Williams L.J., and (as I gather) also arrived at by my brother Stirling. This being so, I concur in the conclusions arrived at by Vaughan Williams L.J. in his judgment, and I do not desire to add anything to what he has said so fully and completely. El caso se halla disponible en [http://www3.uninsubria.it/uninsubria/allegati/pagine/1438/priv\\_comp2.pdf](http://www3.uninsubria.it/uninsubria/allegati/pagine/1438/priv_comp2.pdf) consultado por última vez en agosto de 2014.

<sup>362</sup> Orduña & Martínez, *Ibíd.*, 59.

<sup>363</sup> Hondius, *Ibíd.*, 29

obligatoria del contrato se suspendía por un evento razonable y cesaba debido a un evento sobrevenido<sup>364</sup>.

El efecto imprevisto, como vemos se incorporó a la práctica legal inglesa a través de la existencia de una condición que las partes implícitamente habían considerado para ejecutar el contrato y que por un hecho imprevisible había cesado de existir, como el caso del incendio del teatro o la enfermedad del príncipe heredero.

### **I.II.3. Precisión conceptual.**

Haremos aquí un paréntesis para explicar una cuestión conceptual importante, en el sentido de que el derecho inglés utiliza varias expresiones que pueden ser confundidas. Nos referiremos a *frustration of contracts*, *frustration of the adventure*, *frustration of purpose* y a la *frustrating breach*.

Para Treitel, la *frustration of contract* se refiere a la doctrina general de remedio en caso de circunstancias sobrevenidas, en ese sentido, el contrato es *frustrated* si ocurre la destrucción del objeto del contrato, por una indisponibilidad temporal, por la frustración del propósito propiamente dicha o por una ilegalidad superviniente. Señala que el uso de la frase *frustration of contract* es en sí una expresión elíptica ya que lo que se frustra es el propósito comercial o práctico del contrato sin embargo, tanto la jurisprudencia como la legislación vigente se decantan por el uso corriente de *frustration of the contract*<sup>365</sup>. *Taylor v. Caldwell* sería entonces un caso de *frustration of contract*.

De su parte, *frustration of the adventure* se refiere a un propósito mucho más acotado: mientras *frustration of contracts* se refiere a los efectos legales de los hechos sobrevenidos, *frustration of the adventure* se refiere a un tipo especial de causa de liberación de la obligación; vale decir, un contrato puede ser frustrado por eventos supervinientes como la destrucción del objeto materia del mismo (*frustration of the adventure*) pero sería repetitivo decir que el contrato se frustra por *frustration of the adventure* por lo que sería impropio utilizarlo en ese sentido. La forma más

---

<sup>364</sup> Hondius, *Ibid.*

<sup>365</sup> Treitel, *Ibid.*, 64. Treitel cita estas palabras que son de Lord Wright en la sentencia del caso *FC Shepherd & Co Ltd. v. Jerrom* y la ley a la que se refiere es la *Frustrated Contracts Act* de uso generalizado en muchas legislaciones del *common law* como la de British Columbia de 1996, de New South Wales de 1978 y la australiana de 2012 y la inglesa de 1943.

común de uso de esta frase es cuando la imposibilidad sobrevenida no es permanente sino meramente temporal<sup>366</sup>.

La frase *frustration of purpose* se refiere a casos donde no existe *impossibility* ya que en estos casos, la parte puede perfectamente cumplir la obligación que tomó en el contrato, como en los denominados *coronation cases*; en esos casos, el impedimento fue temporal ya que eventualmente el rey fue efectivamente coronado, pero los *coronation cases* van más allá de una demora en la prestación de la obligación ya que en ciertos casos, la duración del impedimento en la prestación es intrascendente desde el momento en que la falta de prestación en un momento determinado vuelve inútil la misma para la parte afectada. En los *coronation cases* la demora pudo haber sido de una o dos semanas pero el texto del contrato implicaba que el alquiler de los balcones para la observación de la procesión real se realizarían en días previamente determinados, por tanto el punto importante en dichos casos no es que haya habido una tardanza sino que no pudo ejecutarse el contrato en los días en que debían estar disponibles dichos espacios<sup>367</sup>.

La última precisión conceptual que hace Treitel sirve para diferenciar el denominado *frustrating breach* que se refiere al hecho de que el incumplimiento sea lo suficientemente serio como para justificar la rescisión del mismo en el sentido de que da al acreedor la opción de rehusar, debido al incumplimiento, de cumplir su propia parte del contrato y de rechazar el cumplimiento adicional de su deudor; evidentemente esta doctrina no puede ser invocada por la parte cuyo *default* provoca el incumplimiento<sup>368</sup>.

#### **I.II.4 La frustration of purpose, test, efectos e ilegalidad sobrevenida.**

Sin embargo, las denominadas *condiciones implícitas* a las que se refiere el juez Blackburn en *Taylor v. Cadwell* fueron posteriormente rechazadas y el grueso de la jurisprudencia inglesa siguió los parámetros establecidos en *Davis Contractor Ltd. V. Fareham*<sup>369</sup>, en ese caso la *House of Lords* rechazó igualmente el hecho de

---

<sup>366</sup> Treitel, *Ibíd.*, 65.

<sup>367</sup> Treitel, *Ibíd.*

<sup>368</sup> Treitel, *Ibíd.*, 66. En este caso Treitel se refiere a los casos donde la parte no puede alegar el incumplimiento de la otra para justificar el suyo propio.

<sup>369</sup> Este caso surge de un contrato de construcción en el cual el actor se comprometió a cumplir la obra en un plazo determinado; para ello tenía que aportar con los trabajadores y material necesario; la mano de obra y el material escaseó, razón por la cual solicitó un pago extra; la corte se lo negó.

que el contrato se haya frustrado debido a una imprevista escasez en mano de obra por la cual la obra tomó veintidós en lugar de ocho meses con la consecuente elevación de costo de la obra, de GBP 94,000 a GBP 115,000<sup>370</sup>. Davis solicitó se declare la frustración del contrato y que en consecuencia, tendría derecho al pago extra por la elevación del costo de la obra. La Corte rechazó su pretensión. Este caso es importante por cuanto, a raíz de su expedición se iniciaron tres discusiones fundamentales en el derecho inglés, el test de aplicación de la *frustration of purpose*, sus efectos y la ilegalidad sobrevenida.

En *Davis Contractor Ltd. vs. Fareham*, la corte estableció el test para determinar ese cambio radical de la obligación que se requiere en el derecho inglés para aplicar la norma rechazando al mismo tiempo la existencia de las denominadas condiciones implícitas<sup>371</sup>; dicho rechazo se fundamentó en el hecho de que el juez no puede agregar o crear dichas condiciones implícitas sino limitarse a lo que las partes acordaron dependiendo de la naturaleza del contrato, de las condiciones que rodearon el mismo y conforme el entendimiento de un hombre justo y razonable.

El objeto del test es verificar que el cambio de circunstancias provocó un cambio radical en la naturaleza de la obligación a ser cumplida, para ello los pasos a seguir son los siguientes:

1.- La corte debe buscar, a la luz de la naturaleza del contrato, mediante un procedimiento de “construcción de los términos contractuales” y a la luz de las circunstancias relevantes existentes al momento de celebración del contrato, el alcance de la obligación original; con ello, la corte puede determinar lo que las partes deben o deberían hacer para cumplir lo pactado.

2.- La corte debe entonces analizar la situación luego de la ocurrencia de los hechos materia del contrato y determinar cuál sería la obligación con las nuevas circunstancias y si el contrato continuase vigente.

---

<sup>370</sup> *Davis Contractors Ltd. V. Fareham Urban District Council*, [1956] UKHL 3, disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html> consultada por última vez en agosto de 2014.

<sup>371</sup> El Vizconde Simmons, en dicho caso, señaló: “I do not propose to revive the controversy about the juridical basis of the doctrine of frustration. If it rests on an implied term of the contract to the effect that the parties will not be bound if a certain event happens or does not happen, I can see no ground for saying that such a term must be implied in this contract.”

3.- Debe comparar, finalmente, ambos resultados, ambas obligaciones y determinar si ha existido un cambio radical o fundamental en las obligaciones a raíz de las nuevas circunstancias.<sup>372</sup>

En *Davis Contractor Ltd. V. Fareham*, la Corte consideró que, a la luz de la forma en que fue construido el contrato, la naturaleza del contrato, las circunstancias que lo rodearon y en entendimiento de un hombre justo y prudente, no existió un cambio radical en las obligaciones a raíz de las nuevas circunstancias.

Desde este punto de vista, el riesgo está claramente determinado en el contrato y si las partes no lo determinaron de forma expresa, los jueces pueden recurrir al estudio de la naturaleza del contrato y la forma en que un hombre justo y prudente actuaría en el mismo. En este caso, vemos que la distribución de riesgos le corresponde exclusivamente a las partes en el contrato.

### **I.II.5 Frustration e ilegalidad, la singularidad inglesa**

Además del test referido, el vizconde Simmons, en *Davis Contractor Ltd. V. Fareham*, señaló:

Equally, if, as is held by some, the true doctrine rests not on an implied term of the contract between the parties but *upon the impact of the law* on a situation in which an unexpected event would make it unjust to hold parties to their bargain, I would emphasise that in this aspect the doctrine has been and must be kept within very narrow limits<sup>373</sup> (Énfasis añadido).

De ese modo, la jurisprudencia inglesa de la *frustration* agregó otro elemento central en su análisis, la relación entre impracticabilidad e ilegalidad:

(f)rustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which the performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken in the contract. *Non haec in foedera veni*. It was not this that I promised to do.<sup>374</sup>

De ese modo, la *frustration* debe ser reconocida por la ley y no desprenderse de elementos implícitos, en esos casos y solo en esos casos, es claro que las partes

---

<sup>372</sup> El test es descrito por Brunner en *Ibíd*, 90.

<sup>373</sup> En <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html> consultada por última vez en agosto de 2014.

<sup>374</sup> *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*, 1956, disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html>



pueden alegar *non haec in foedera veni* ya que ley reconoce que no es posible cumplir una obligación por el cambio de circunstancias, entonces:

The extra expense to be incurred by that party in taking those precautions may then be regarded as a kind of impracticability, leading to discharge, but this result will, more significantly, be based on the special consideration on public policy on which discharge is based in cases of supervening illegality: in other words, it does not follow that the contract would be discharged if the same amount of extra expense were occasioned simply by commercial factors, without any element of supervening illegality.<sup>375</sup>

La jurisprudencia inglesa, en consecuencia, parece estar más dispuesta a aceptar la *frustration of purpose* en casos de ilegalidad superviniente, es decir, en casos en que cierto tipo de política pública afecte el cumplimiento de un contrato y no en meras razones comerciales.

Brunner critica esta posición ya que no parece haber razón manifiesta para aceptar los cambios producidos por la puesta en vigencia de una ley y no por un desastre natural, por ejemplo ya que en ambos casos el obligado solo puede ser excusado del cumplimiento solo si el mismo puede ser razonablemente superado<sup>376</sup>. Para Brunner, la doctrina de la *frustration of purpose* es un caso particular de estudio bajo la cláusula general del *hardship*<sup>377</sup>.

La razón de este argumento es el siguiente: en los casos de imposibilidad, por la naturaleza del derecho inglés, la obligación del proveedor siempre podrá ser ejecutada, por ello, en este tipo de casos, el proveedor usualmente es quien arguye que el costo del cumplimiento se ha incrementado; de otro lado, en el caso de *frustration of purpose* usualmente es el destinatario quien arguye que el valor de la prestación recibida por la otra parte ha perdido su valor, es decir, la defensa de *impracticability* estaría a disposición de la parte que paga mientras que la *frustration of purpose* estaría a disposición de la parte que ejecuta una prestación. Por ello, la *frustration of purpose* es mirada como un “*mirror image of impracticability*” por lo que aparecería que existe una suerte de rechazo paradójico de la misma.

Para Treitel, este análisis no es aceptable ya que en los casos de *frustration of purpose* usualmente es el “destinatario” o mejor dicho el comprador quien puede

---

<sup>375</sup> Treitel, *Ibíd.*

<sup>376</sup> Brunner, *Ibíd.*, 411.

<sup>377</sup> Brunner, *Ibíd.*

alegar esta doctrina en el caso de que haya acordado pagar una suma de dinero por la provisión de un producto o servicio y que arguya que no debe ser obligado a pagar la totalidad del precio porque el propósito por el cual acordaron dicha entrega ya no puede ser alcanzado.

Al respecto Treitel señala:

At first sight, it is paradoxical that English law, which first recognized the doctrine of frustration of purpose in the coronation cases, should have maintained its reluctance to recognize the doctrine of impracticability. The paradox is all the more striking in that the former doctrine, being generally available to a buyer of goods, services or facilities, present a weaker case for relief than the latter doctrine: in the normal frustration of purpose case, *the buyer's loss, if he has to perform the contract, will not exceed the contract price, while the seller's loss in case of impracticability is theoretically infinite*. The paradox is, at least largely, resolved if one has regard to the development of the doctrine of frustration of purpose. English cases provide no illustration of discharge by pure frustration of purpose since the coronation case; while American cases do show a number of such applications. This development is consistent with the judicial attitude in the two countries towards impracticability. It shows that certainty and the sanctity of contracts are values which have been regarded as more important by the English than by the Americans<sup>378</sup> (Énfasis añadido).

El rechazo de Treitel y la jurisprudencia inglesa a la doctrina norteamericana de la *impracticability* y su preferencia por la *frustration of purpose* se basa en el hecho de que en la *impracticability* la pérdida que sufre el comprador (a la que se aplica fundamentalmente) se limita al precio del contrato mientras que la pérdida del vendedor podría ser potencialmente infinita y en consecuencia, plantea un escenario injusto<sup>379</sup>.

La característica fundamental del derecho inglés en este punto es que importa más la consecuencia del hecho superviniente, imprevisible y extraordinario que el hecho en sí. Para el derecho inglés, la consecuencia es que dicho hecho

---

<sup>378</sup> Brunner, *Ibid.*

<sup>379</sup> Como veremos más adelante, esta crítica ha sido recibida por la doctrina y jurisprudencia norteamericana con desigual valor, mientras hay cortes que aceptan que la *impracticability* sea planteada por las dos partes, hay otras cortes que la rechazan; incluso una reforma de los *Restatement of Contracts* en este sentido ha sido dejada de lado.

superviniente, imprevisible y extraordinario provoca un cambio de tal entidad que las partes pueden alegar perfectamente que no fue eso lo que contrataron.

### I.II.6 Tipos generales de *frustration of purpose*

Para Brunner existen tres grupos de casos que han delineado la forma en que el derecho inglés afronta la *frustration of purpose*. Los tres grupos son:

1.- Imposibilidad, entre los cuales se encuentran casos relacionados con la destrucción de una cosa en particular, muerte<sup>380</sup> o incapacidad<sup>381</sup> en caso de contratos “personales” (*intuitu personae*), disponibilidad de las fuentes de acceso a un determinado recurso e imposibilidad del método de cumplimiento (por ejemplo cuando se establece que una nave determinada deberá entregar un cargamento en un puerto determinado en una fecha determinada pero la nave, por circunstancias ajenas a la voluntad del deudor, no puede llegar a ese puerto en esa fecha, como son los casos del Canal de Suez.). El caso que se cita con mayor frecuencia en el tipo de destrucción de la cosa es *National Carriers Ltd. Respondents v Panalpina (Northern) Ltd.*<sup>382</sup> Este caso surge del contrato de arriendo por diez años de una bodega cuyo único medio de acceso, una carretera es cerrada por las autoridades por 20 meses. En ese caso, los jueces aceptaron que el cierre de la carretera cambiaba fundamentalmente la naturaleza del contrato y aceptaron el remedio. En ese caso Lord Simon of Glaisdale señaló lo siguiente:

---

<sup>380</sup> El caso paradigmático es *Cutter v. Powell*, KBD 9 JUN 1795; en este caso, Cutter trabajaba para Powell como marino en una embarcación de este; durante el viaje Cutter fallece y su viuda solicita se le entregue el valor adeudado, la Corte señala dos cuestiones importantes, la primera es un contrato escrito, por tanto el contrato habla por si solo; la segunda, el contrato se hizo para el cumplimiento de todo el viaje, como ello no ha ocurrido, el empleador no adeuda nada al trabajador. Un resumen del caso se halla disponible en <http://swarb.co.uk/cutter-v-powell-kbd-9-jun-1795/> consultado en abril 2014.

<sup>381</sup> Un caso de incapacidad es *Parker v Arthur Murray Inc*, 295 N.E. 2d 487, 1973. En noviembre de 1959, Parker, un profesor de 37 años pide a Murray se le ofrezcan tres clases gratis de baile otorgadas por un cupón al que tuvo acceso. Murray accede y durante las clases convence a Parker de que se halla excepcionalmente dispuesto para convertirse en un gran bailarín. Parker contrata los servicios de Murray a través de horas de baile prepagadas fundadas en contratos que contenían la frase “contrato no cancelable”. En septiembre de 1961, cuando tenía prepagadas cerca de 2.700 horas de baile y adeudados cerca de 24.000 dólares, Parker sufre un accidente que le impide continuar con sus clases, demanda y el juez acepta el pedido. Un resumen del caso se halla disponible en [http://www.prenhall.com/divisions/bp/app/phblaw/html/cases/cases\\_html/CASE15\\_5.html](http://www.prenhall.com/divisions/bp/app/phblaw/html/cases/cases_html/CASE15_5.html), consultado en abril 2014.

<sup>382</sup> *National Carriers Ltd. Respondents v Panalpina (Northern) Ltd.*, HL 11 DEC 1980, caso disponible en <http://www.nadr.co.uk/articles/published/CommercialLawReports/National%20Carriers%20v%20Panalpina%201980.pdf> consultado abril 2014.

Frustration of a contract takes place when there supervenes 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 onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance<sup>383</sup>.

Esta sentencia, de los años ochenta del siglo pasado, significó el abandono definitivo de la tesis de las cláusulas implícitas establecida por el juez Blackburn a favor del principio de la desaparición del fundamento del contrato que había sido ya expuesto por Lord Radcliffe en *Davis Contractors: non haec in foedera veni*.

2.- Cuando existen cambios legales posteriores a la firma del contrato y en consecuencia sobreviene la denominada “ilegalidad sobrevenida”. Los casos de ilegalidad sobrevenida tienen del mismo modo en el derecho inglés una ilustre trayectoria. Los casos clásicos son aquellos en que se prohibía comerciar con el enemigo; en la *Trading With The Enemy Act* de 1939, se prohibía ese tipo de contratación en virtud de una norma de interés público. En el caso *Dennis Mott and Dickinson, Ltd., v. James B. Frazer and Co. Ltd.*<sup>384</sup>, de 1944, se prohibió a las partes alegar *frustration* ya que habían violado una ley de orden público y por tanto, amparada por la presunción de que la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento. Otro caso de ilegalidad sobrevenida se dictaminó en *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*, litigio surgido de un contrato suscrito el 12 de julio de 1939, por el cual la compañía británica Fairbairn acordó con la polaca la construcción y envío de una máquina tejedora de lino en un periodo de tres a cuatro meses y a un costo de GBP 4.800; la compañía polaca canceló GBP 1.000 pero el 1 de septiembre Alemania invadió Polonia, Inglaterra declaró la guerra a Alemania y el consejo de ministros inglés declaró a Polonia territorio enemigo y en consecuencia prohibió a compañías inglesas comerciar con polacas. La Corte, aplicando la misma ley de 1939, declaró frustrado el contrato por ilegalidad sobrevenida.<sup>385</sup>

---

<sup>383</sup> *National Carriers Ltd. Respondents, Ibíd.*

<sup>384</sup> *Denny, Mott & Dickson Ltd v James B Fraser & Co Ltd* [1944] AC 265. Al igual que en *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*

<sup>385</sup> Hujo, *Ibíd*, pos. 450. El caso se halla disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/4.html>, consultada por última ocasión en agosto 2014.

3.- Frustración del propósito; ocurre cuando siendo el propósito compartido por las partes resulta frustrado si eventos sobrevenidos reducen el valor de la prestación de forma tal que el acreedor no está obligado a aceptarla o a pagar un precio por el mismo<sup>386</sup>. En este tipo de casos, o situaciones, encontramos el caso *Straffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Water Works Co.* En este caso el contrato se suscribió en 1919 y consistía en que el hospital cedía su derecho de aprovechamiento de agua de una fuente a la empresa de agua que a su vez prometió proveer de agua al hospital (*at all times hereafter*); para 1973, el precio se había reducido de tal forma que era irrisorio (menos de 1/18 del precio original); la compañía proveedora de agua notificó con siete meses de anticipación su voluntad de dar por terminado el contrato. La autoridad sanitaria impugnó dicha terminación alegando que la misma rompía el contrato pues la proveedora se había comprometido a entregar agua a ese precio “durante la subsistencia del contrato”; la corte de apelaciones dio la razón a la empresa proveedora de agua pero no hubo unanimidad en las razones. Mientras un juez, Lord Menning, en un voto de minoría entendió que los términos de la construcción del contrato daban a entender que el mismo obligaba a las partes a perpetuidad: “...in the past fifty years the whole situation has changed so radically, that one can say with confidence: The parties never intended that the supply should be continued in these days at that price. Rather than force such unequal terms of the parties, the court should hold that the agreement could be...determined...”<sup>387</sup>; por lo que, al haber variado las circunstancias de manera tan dramática, el contrato ya no obligaba a las partes, argumento que era exactamente el contrario al que el mismo juez había usado en *British Movietonews*; el voto de mayoría interpretó el contrato de forma distinta. Para los jueces Goff y Cumming, las palabras *at all times hereafter* no podían ser entendidas de forma literal ya que las mismas obligaban a la proveedora de agua a prestar el servicio durante la existencia del contrato y no a perpetuidad, *puesto que había adquirido su obligación por ese contrato*. En consecuencia, el contrato estaba construido para ser un contrato del tipo “indefinido” por lo que podía ser entendido conforme el principio general de que los

---

<sup>386</sup> Los tres grupos de casos son descritos por Brunner, *Ibíd*, 92.

<sup>387</sup> Hujo, *Ibíd*, pos. 477.

contratos indefinidos podían ser rescindidos con una notificación hecha en un periodo razonable de tiempo y en consecuencia, rechazaron la demanda<sup>388</sup>.

En *British Movietonenevents Ltd. V. London District Cinemas*, la *House of Lords* señaló:

If, on the other hand, a consideration of the terms of the contract, in the light of the circumstances existing when it was made, shows that they never agreed to be bound in a fundamentally different situation which has now unexpectedly emerged, the contract ceases to bind at that point – not because the court in its discretion thinks it just and reasonable to qualify the terms of the contract, but because on its true construction it does not apply in that situation.<sup>389</sup>

Para Lord Simon, resulta claro que las partes nunca pueden dejar sin efecto el contrato, o que el mismo pierda su fuerza obligatoria a partir de cierto punto y dependiendo de circunstancias que ahora han “inesperadamente surgido” ya que:

The parties to an executory contract are often faced, in the course of carrying it out, with a turn of events which they did not anticipate – a wholly abnormal rise or fall in prices, a sudden depreciation of currency, an unexpected obstacle to execution or the like. Yet this does not of itself affect the bargain they have made.<sup>390</sup>

Es importante este razonamiento porque expresa por qué lo jueces británicos mantienen la fuerza del contrato, a fuerza de sustentarlo en los propios términos del contrato; desde cierto punto de vista, el contrato pasaría a ser casi secundario puesto que por definición al ser la expresión de la voluntad de las partes, como señaló Lord Simon en el párrafo citado, el cambio de circunstancias no puede afectar a la voluntad en sí, sino meramente a la expresión de esa voluntad, es decir, afecta no ya al contrato, que es la expresión de una voluntad sino más bien a la voluntad misma, dado que más allá de lo que las partes hayan estipulado, lo que importa y debería ser sustentado es que no puede afectar a la voluntad puesto que esta se forma como resultado de un proceso cognoscitivo. En consecuencia, las partes han efectuado esta causa de la obligación (*consideration*) y han resuelto obligarse en la forma en que se obligan. De allí que este juez proteja sobre todo el proceso de negociación antes que el contrato en sí.

---

<sup>388</sup> Treitel, *Ibid.*, 292.

<sup>389</sup> *British Movietonenevents Ltd. V. London District Cinemas*, 1952, Disponible en [http://global.oup.com/booksites/content/9780199579594/table\\_of\\_contents/ch\\_8/](http://global.oup.com/booksites/content/9780199579594/table_of_contents/ch_8/) consultada en enero 2014.

<sup>390</sup> *British Movietonenevents Ltd. V. London District Cinemas*, 1952, citado por Brunner, *Ibid.*, 409.

En conclusión, podemos decir que la jurisprudencia inglesa acepta las siguientes formas de tratar el cambio de circunstancias: una relacionada con la ilegalidad provocada por cambios en la ley, la frustración del propósito y los casos en los que cabe la doctrina de la eficacia del negocio, el “no es esto lo que contraté”, pero rechazan enfáticamente la figura norteamericana de la *impracticability*<sup>391</sup>.

### **I.II.7 Los casos del Canal de Suez.**

Debido a su relevancia, comentaremos en un subcapítulo especial, los denominados casos del Canal de Suez, un curso artificial de agua de casi 200 kilómetros que conecta el Mediterráneo con el Mar Rojo.

El canal, construido por Ferdinand de Lesseps, permite evitar la circunnavegación del continente africano para acortar las rutas comerciales entre Asia y África; las acciones de la compañía que manejaba el canal, pertenecientes al *Pachá* de Egipto fueron vendidas en 1875 al gobierno de Inglaterra cuyo primer ministro Benjamín Disraeli gestionó un cuantioso crédito de la casa Rothschild a Inglaterra para adquirir dichas acciones. Cuando el presidente Nasser solicitó un crédito para construir la represa de Asuán, los gobiernos de Francia e Inglaterra se negaron a concederlo; para obtener el dinero, el 26 de julio de 1956, Nasser nacionalizó el canal manejado por aquel entonces por una compañía de administración francesa. Francia, Inglaterra e Israel invadieron Egipto que, como represalia, hundió cerca de 40 barcos para bloquear el canal.

Los problemas que se suscitaron fueron varios y algunos procedimientos judiciales se iniciaron. El argumento principal fue que el cierre del canal volvió excesivamente oneroso el cumplimiento de algunos contratos. La ruta, que inicialmente atravesaba el canal de Suez, tuvo que ser alterada ya que el mismo estaba bloqueado. Este cambio de ruta provocó, supuestamente, un incremento excesivamente oneroso de la obligación pendiente de cumplimiento ya que las naves tendrían que circunnavegar África<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Treitel, *Ibíd*, 280.

<sup>392</sup> En 1967 el canal fue cerrado nuevamente cuando permaneció cerrado hasta 1973 en la guerra de Yom Kippur. No se conocieron casos alrededor de dicha crisis.

Treitel señala que los casos se dividen en dos tipos, los de venta que fueron conocidos exclusivamente por jueces británicos y los de transporte que fueron conocidos por jueces británicos y norteamericanos.

Los casos de venta resueltos a raíz de la crisis de 1957 fueron todos contratos C.I.F. (es decir costo, seguro y flete) en el cual la parte se obliga a procurar transporte al puerto de destino; se resolvieron los siguientes casos:

**1.- *Carapanayoti & Col Ltd v ET Green Ltd*<sup>393</sup> (1959).**

En este caso, las partes suscribieron en septiembre de 1956, un contrato de compra venta de semillas de algodón que saldrían de Puerto Sudán en octubre y noviembre de 1956 y serían entregadas en Belfast. Se trataba, como quedó señalado, de un contrato C.I.F. Una de las cláusulas del contrato señalaba que en caso de que hubiese un levantamiento o bloqueo se podría dar por terminado el contrato; cuando el canal fue bloqueado, la vendedora se rehusó a cumplir el contrato por lo que fue demandada; el tribunal arbitral dio la razón al comprador pero la Corte de la Reina revocó el laudo arbitral y sostuvo que el contrato se había frustrado. La razón de la Corte para aceptar dicho remedio fue que hubo un cambio fundamental en la prestación ya que, de las 4.068 millas iniciales, el cumplir el contrato en las nuevas circunstancias implicaba una distancia de 10.793 millas una vez que el canal fue cerrado. Del mismo modo, se aceptó que no era posible que exista “previsión” en el cierre del Canal pues se trató de un hecho completamente imprevisible. Este es el único caso de los de Suez en el que la corte aceptó el incremento excesivo de la obligación como argumento para aceptar la excusa; sin embargo, fue rechazado por decisiones posteriores por considerarlas inadecuadas con el ordenamiento jurídico inglés.

La *House of Lords* rechazó el remedio y modificó la sentencia inicial en dos casos posteriores: *Gaon* de 1960 y *Tsakiroglou* de 1962. Nos referiremos a este último.

2.- En *Tsakiroglou (1962)*<sup>394</sup> esta postura fue reconsiderada. En este caso, surgido de un contrato C.I.F. de venta de maní a embarcarse desde Puerto Sudán con

---

<sup>393</sup> [1959] 1 Q.B. 131 (1958), un resumen del caso se puede encontrar en <http://onlinelibrary.wiley.com/store/10.1111/j.1468-2230.1959.tb00518.x/asset/j.1468-2230.1959.tb00518.x.pdf;jsessionid=85FACE83DB127D87F3E33F9E466CDF35.f01t01?v=1&t=i24p0f6f&s=5986f7c4236c35138dc773408977c4b67a253f91>, web revisada en octubre 2014.



destino a Hamburgo entre noviembre y diciembre de 1956. Cuando el contrato fue suscrito no se establecía que el transporte debía hacerse por el canal ni se podía inferir ello de ninguna estipulación. El deber del vendedor, señalar Treitel, era el de embarcar el cargamento por la ruta usual al momento de hacerse el embarque que era el Cabo de Buena Esperanza, es decir al sur de África y en consecuencia sería impropio atribuir que la vía era el Canal de Suez. Es verdad que al momento de contratar las partes consideraban que la vía era el Canal de Suez como una de las posibles rutas, pero era indiferente a los intereses del comprador si se transportaba por una u otra vía; lo importante era, en consecuencia, entregar los bienes en Hamburgo. La vía por el Cabo de Buena Esperanza incrementaría el precio del contrato entre dos y dos veces y media el costo del transporte. Sin embargo, según Treitel, esta circunstancia no se calificó como un cambio fundamental por tres factores<sup>395</sup>:

a) Si bien el viaje por el sur de África encarecía el costo para el vendedor, no presentaba ningún gravamen para el comprador por cuanto los productos eran imperecederos.

b) El contrato C.I.F. por su naturaleza coloca el riesgo en las tarifas de flete. El vendedor al suscribir un contrato C.I.F. asume para sí el riesgo de variación de costo del mismo de la misma manera que asume el incremento del precio de los bienes que transporta. Del mismo modo, el comprador, asume el riesgo de la disminución del precio del flete o de la caída del precio del bien transportado.

c) Se tomó en cuenta la forma en que el precio de los bienes varió. El plazo del contrato terminaba en diciembre de 1956, y para enero de 1956 el costo del maní había subido a GBP 68,15 por tonelada mientras que a la fecha de suscripción del contrato el precio era de GBP 50 por tonelada. De los informes del juicio se desprende que la compañía vendedora tenía 300 toneladas en sus bodegas listas para ser embarcadas, por lo que si el vendedor hubiese vendido las 300 toneladas habría obtenido una ganancia de GBP 18,15 por tonelada. Si el viaje se daba por el sur de África, el costo extra sería de GBP 7,10 por tonelada y en consecuencia el vendedor hubiera obtenido una ganancia de GBP 11,15 por tonelada y un total de ganancia de

---

<sup>394</sup> *Tskaioglou & Co. Ltd v Soc. Interprofessionelle des Oléagineux Fluides Alimentaires* (1960) 2 Q.B. 348.

<sup>395</sup> Treitel, *Ibid*, 197.

GBP 3375 y, como señala Treitel: “...dicho resultado hubiera sido inconsistente con el propósito de la *doctrine of discharge* cuyo objetivo es distribuir pérdidas, no permitir a una de las partes tomar ventaja del evento sobrevenido y aprovecharse del mismo.”<sup>396</sup>

Este probablemente es uno de los aspectos más destacados de la jurisprudencia inglesa al respecto. Es decir, el hecho, de que la doctrina tenga como objetivo distribuir pérdidas y no ganancias y que el evento sobrevenido sea uno que provoque las mismas y no ganancias no legítimas para una de las partes; como se verá más adelante, este es uno de los aspectos que se viene reiterando a lo largo de los resoluciones de los tribunales arbitrales contemporáneos<sup>397</sup> puesto que lo que se quiere es distribuir la pérdida producida por un evento sobrevenido y no las ganancias que se hayan producido por una mala negociación entre las partes; en todo caso, se busca una solución que persigue un criterio de equidad o de epiqueya como decía Tomás de Aquino.

Con relación a los casos de transporte, estos se derivan de un contrato en virtud del cual una parte se comprometió con la otra a llevar los bienes de un puerto a otro; ambos designados en el contrato. En consecuencia, la prolongación del viaje perjudicaría al transportista ya que es él quien tendría que asumir los costos extras. En general, en estos casos, el transportista es quien pidió ser liberado de los mismos.

**3.- En el caso *Soc Tunisienne d'Armament v. Sidermar SpA***, conocido como el caso *Massalia*<sup>398</sup>, se contrató el transporte de cierto tipo de hierro desde un puerto en la costa este de la India a Génova. El acuerdo señalaba que el capitán de la nave telegrafiaría a Génova cuando estuviese atravesando el canal de Suez. El contrato se suscribió el 18 de octubre de 1956 y el canal fue bloqueado el 2 de noviembre; la nave zarpó después del 2 de noviembre e hizo el trayecto vía el Cabo de Buena Esperanza. El transportador solicitó una reconsideración del precio tomando en cuenta que el viaje a través del cabo era dos veces más largo y en consideración solicitó ser pagado en 195 chelines por tonelada y no los 134 acordados. El juez aceptó el pedido. Este fue un caso conocido por las cortes inglesas.

---

<sup>396</sup> Treitel, *Ibid*, 196.

<sup>397</sup> Ver en especial las resoluciones sobre los casos *CMS Gas Transmission Company v República Argentina*; y en especial *Himpurna California Energy Ltd. v PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara* en la sección de *soft law*.

<sup>398</sup> *Soc Tunisienne d'Armament v. Sidermar SpA (The Massalia)*, (1961) 2 Q.B. 278.

Sin embargo, el razonamiento del juez fue sobreseído en el caso conocido como *Eugenia*<sup>399</sup> también un caso inglés, al igual que en resto de reclamos ulteriores presentados por este motivo.

**4.- En *Ocean Tramp Tankers Corp. v V/O Sovfracht (The Eugenia)*, 1964, 2 Q.B. 226., conocido como *Eugenia*.** En este caso, las partes habían acordado el transporte de vigas de acero a través de un viaje a la India vía el Mar Negro. En el contrato se incluyó una cláusula respecto a los probables consecuencias de una guerra. La cláusula decía lo siguiente:

The vessel, unless the consent of the owners be first obtained, not to be ordered nor continue to any place or on any voyage nor be used on any service which will bring her within a zone which is dangerous as the result of any actual or threatened act of war, war, hostilities, warlike operations. ..<sup>400</sup>

A pesar de que las partes conocían de la posibilidad de que el canal de Suez se convirtiera en una zona peligrosa, no incorporaron una cláusula expresa sobre este hecho y la nave se dirigió al Canal luego de partir de Odessa que era la ruta acostumbrada. La nave conocida como “*The Eugenia*”, de hecho, llegó de hecho a Port Said que era una zona de guerra conforme a la cláusula contractual y entró al Canal el 31 de octubre de 1956 donde quedó atrapado por las naves hundidas por el gobierno egipcio. A inicios de 1957 la zona fue liberada y los transportistas solicitaron que se aplicara el remedio. Los jueces ingleses tuvieron que resolver dos temas, el primero si el trasportista violentó la cláusula de guerra y posteriormente, si el contrato de transporte había sido frustrado. Respecto del rompimiento de la cláusula de guerra, la corte concluyó que efectivamente no había razón para que la nave hubiese entrado en una zona de guerra por lo que el bloqueo fue auto inducido, señaló la corte.

Respecto de la segunda cuestión, es decir si el contrato de transporte había sido frustrado, el juez realizó un extraño juego dialéctico pues consideró que si la nave se hubiese detenido en Port Said, entonces hubiese tenido que dar la vuelta y pasar por el Cabo, lo que equivaldría a un cambio fundamental de las circunstancias. Cuando el caso llegó a la corte de apelaciones, esta rechazó el remedio pues era claro que las partes conocían que el canal de Suez podía ser bloqueado por lo que no se

---

<sup>399</sup> *Ocean Tramp Tankers Corp. v V/O Sovfracht (The Eugenia)*, 1964, 2 Q.B. 226.

<sup>400</sup> Lee, *Ibíd*, 384, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lee.html> . Consultada en octubre de 2014.

habría cumplido el requisito de la imprevisibilidad por lo que rechazó la aplicación del remedio<sup>401</sup>. Este caso se distingue del resto de casos en que en *The Eugenia* fueron los contratantes y no los propietarios de la nave quienes alegaron frustración del contrato.

Entres los casos resueltos por cortes norteamericanos, encontramos el siguiente.

**5.- *B. Glidden Co. v. Hellenic Lines Ltd.***, Glidden contrató con Hellenic el transporte de un metal de hierro conocido como ilmenita a través de cuatro charters desde la India a los Estados Unidos de América; en este contrato se especificaba que el transporte se haría vía Suez, Cabo de Buena Esperanza o Panamá a elección del propietario de la nave<sup>402</sup>, este contrato tenía incorporada una cláusula de fuerza mayor para el caso de cierre del Canal y cláusulas respecto de actos de guerra que resolvían el contrato. Fue finalmente resuelto por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos que dictaminó que existían vías alternativas para el cumplimiento del contrato y en consecuencia no se podían aplicar las cláusulas de fuerza mayor ni la de actos de guerra por lo que rechazó la aplicación del remedio. Sin embargo, eso puede ser resuelto por el contrato en sí mismo y no por la evidencia circunstancial. Si no existen términos expresos y no se puede inferir del contrato en sí, entonces debería prevalecer la costumbre comercial prevaleciente relativa a la distribución de riesgos por no cumplimiento resultante de la misma contingencia. Para Lee<sup>403</sup>, la resolución en dicho caso fue justa y razonable ya que el vendedor había decidido no cumplir de cualquier modo en lugar de cumplir su obligación por una ruta alterna y pedir compensación por gastos extras. En definitiva, Lee insiste, la corte concluyó que el portador soporta el riesgo de cierre del Canal porque el porteador no puede ser excusado sin una expresa provisión.

**6.- *Transatlantic Financing Corp v US***<sup>404</sup>. A diferencia del caso anterior, donde la corte de apelaciones consideró que existían vías alternas de cumplimiento de la obligación, el juez norteamericano en *Transatlantic Financing Corp v US*<sup>405</sup>, también rechazó el remedio. Este caso deriva de un contrato de transporte de trigo

---

<sup>401</sup> Lee, *Ibíd.*

<sup>402</sup> Treitel, *Ibíd.*, 199.

<sup>403</sup> Lee, Wanki, Exemptions of Contract Liability Under the 1980 United Nations Convention, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lee.html>, visitada octubre 2014.

<sup>404</sup> *Transatlantic Financing Corp v US*, 363 F. 2d 312 (1966).

<sup>405</sup> *Transatlantic Financing Corp v US*, 363 F. 2d 312 (1966).

entre Galveston, Estados Unidos de América, y Bandar Shapur, en India, donde no se mencionan vías alternativas como en *Glidden Hellenic Lines*; la corte hizo otro tipo de consideraciones. El contrato fue celebrado el 2 de octubre, la nave zarpó el 27 de octubre y cuando estaba surcando los mares, el canal fue bloqueado; el capitán se dirigió entonces al Cabo de Buena Esperanza añadiendo un total de 44.000 dólares al costo del viaje. Cuando se solicitó la rescisión del contrato, el juez consideró que el cambio de circunstancias no tenía entidad fundamental como para proceder a la aplicación del remedio. Como señalamos en el capítulo dedicado a la situación del remedio en la jurisprudencia norteamericana, en *Transatlantic Finance Corp. v. United States*, la compañía naviera Transatlantic buscó el cobijo de la doctrina alegando que el cierre del canal de Suez de parte del gobierno egipcio constituía una contingencia sobrevenida; la corte aceptó que se trataba de un contingencia que no podía haber sido prevista por la naviera, el juez Wright señaló que “foreseeability or even recognition of a risk does not necessarily proves its allocation” pero que el punto primordial era determinar si la misma había o no aceptado hacerse cargo de los costos extra; la corte concluyó que no había prueba de que el gobierno americano se haría cargo de los costos extra ni del riesgo por lo que se atribuyó el costo adicional a la naviera; de otro lado, el mismo juez Wright argumentó que el riesgo extra debía ser asumido por Transatlantic ya que era la transportador y que el propietario, es decir el gobierno americano no estaba en posición de adquirir un seguro para asegurar la ruta del trigo hacia su destino final, India<sup>406</sup>. Para Treitel, el hecho de que el contrato no señale específicamente “Suez” no tiene mayor relevancia y esta posición se hace evidente en dos procesos adicionales que veremos a continuación.

7.- **En el caso inglés conocido como *The Captain George K.***<sup>407</sup>, la controversia surge de un contrato de transporte de sulfuro desde un puerto de la costa este de México a Kandla, en India<sup>408</sup>. En este contrato también se establecía la obligación del capitán de notificar la llegada a Suez con 96 horas de anticipación y de informar su paso por dicho canal con 72 horas de anticipación. La distancia entre el puerto de México y Kandla es de 9.700 millas vía canal de Suez y de 12.100 millas por el Cabo de Buena Esperanza. Cuando la nave estaba a tres millas del canal, se le

---

<sup>406</sup> Walker, *Ibíd.*, 241.

<sup>407</sup> *Palmco Shipping Inc v Continental Ore Corp (The Captain George V)*, (1970) 2 Lloyd’s Rep. 21.

<sup>408</sup> Seguiremos a Treitel para explicar este caso.

informó del cierre del mismo por lo que tendría que redibujar su viaje y la distancia viajada entonces sería de 18.400 millas. Los propietarios de la nave señalaron que el contrato estaba frustrado y exigieron un pago extra de 68.000 dólares por el viaje adicional. El juez Mocatta (que cuando era abogado logró la rescisión en el caso *Massalia*) desechó el caso por considerar que no existía suficiente entidad en el cambio de circunstancias<sup>409</sup> pues la única diferencia entre hacer el viaje por una u otra vía sería el costo del dinero a utilizar<sup>410</sup>.

**8.- En *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine*<sup>411</sup>** sucedió algo similar; este fue un caso juzgado por jueces norteamericanos, el *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine*<sup>412</sup>; el contrato de transporte tenía como objeto transportar petróleo desde Beaumont/Smith's Bluff, Texas a Bombay, en India. Del mismo modo que en el caso *The Captain George V*, la nave se encontraba a 84 millas de Port Said cuando el canal fue bloqueado por lo que tendría que iniciar un nuevo viaje de cerca de 18.000 millas. La corte norteamericana volvió a fallar en contra del transportista porque consideró que el gasto extra en el que tendría que incurrir el deudor no tenía la entidad suficiente como para rescindir el contrato. En estos dos últimos casos, Treitel insiste en el hecho de que por más que el contrato señalaba que la vía elegida era el canal de Suez, se consideró que lo más importante era cumplir la obligación y a eso se comprometieron las partes porque se aplicaría la norma de que los transportistas deben hacer, usualmente, la ruta acostumbrada para este tipo de viajes, por ello, Treitel insiste, que se debe señalar el método o camino de cumplimiento específico (si por alguna razón debe pasar por el canal de Suez la nave, por cuestiones de reventa de la mercadería, por ejemplo) pues caso contrario, el transportista debe cumplir su obligación de portar la mercadería al punto indicado, de ser posible, por la

---

<sup>409</sup> Treitel, *Ibíd.*, pag. 200. 4-082.

<sup>410</sup> Watson, Farley & Williams, *Maritime Briefing*, Disponible en [http://www.wfw.com/Publications/Publication1156/\\$File/WFW-ClosureOfTheStraitOfHormuz.pdf](http://www.wfw.com/Publications/Publication1156/$File/WFW-ClosureOfTheStraitOfHormuz.pdf) , consultado en octubre 2014.

<sup>411</sup> *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine*, 453 F. 2d 939 (1972), Disponible en [http://njlaw.rutgers.edu/collections/resource.org/fed\\_reporter/F2/453/453.F2d.939.html](http://njlaw.rutgers.edu/collections/resource.org/fed_reporter/F2/453/453.F2d.939.html) consultada en octubre de 2014.

<sup>412</sup> *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine*, 453 F. 2d 939 (1972), Disponible en [http://njlaw.rutgers.edu/collections/resource.org/fed\\_reporter/F2/453/453.F2d.939.html](http://njlaw.rutgers.edu/collections/resource.org/fed_reporter/F2/453/453.F2d.939.html) consultada en octubre de 2014.

ruta usual e incluso, como en los casos señalados aquí, si hay una ruta especificada, se mantiene la obligación de cumplir el contrato.

Para colocar el riesgo sobre la parte, o redistribuir los casos de riesgo, se establecen cláusulas de distribución de riesgo, por las cuales, el transportista coloca sobre los propietarios de los bienes, el riesgo de incremento de costos. Así se procedió en otro caso de Suez, el conocido como *Achille Laura*<sup>413</sup>, en el cual se estableció un mecanismo de pago de precio por la distancia extra a pagarse debido al cierre del Canal. El segundo método, que alteró la naturaleza del remedio, fue el usado en el caso *The Eugenia*, en el cual la compañía soviética contrató el transporte de vigas de acero. Treitel informa que el contrato fue suscrito en 1956 cuando ambas partes entendían que el canal podía ser cerrado. La compañía soviética suscribió, no un contrato de transporte, sino un contrato denominado *trip-time charter* por el cual la nave debía partir de Génova por el Mar Negro a la India pero el pago se haría conforme la capacidad de la nave y el tiempo en llegar que le tome a la nave. En este caso, Treitel señala:

Obviously, this type of contract was intended to put the risk of a prolongation of the voyage (whether resulting from closure of the Canal or from some other cause), on the charterers: payment was to be made by reference to the time taken and not (as in a voyage charter) by reference to the quantity of cargo carried.<sup>414</sup>

Como se ve, en los denominados casos del Canal de Suez, solamente en dos de ellos se aceptó el remedio, en los demás fue rechazado. La solución dada por los jueces en ambas costas del Atlántico, fue superar las primeras decisiones (*The Massalia* y *Carapanayoti*) y negar que el cierre del canal y los costos extras presenten razones para la aplicación del remedio. Como vemos, no siempre la jurisprudencia es clara respecto a qué doctrina aplicar. Por ejemplo, en los casos denominados *Canal de Suez*, se aplicó en general la doctrina de la frustración, como en el caso *Ocean Tramp Tankers v. V/O Soufracht (The Eugenia)* donde se resolvió que no había frustración del contrato. En el caso en cuestión se contrató el transporte de acero desde el Mar Negro a la India, como las partes estaban alertadas de la posibilidad del cierre del Canal de Suez, incluyeron una cláusula que establecía que el precio de carga se daría por la capacidad de carga del barco y el tiempo de

---

<sup>413</sup> *Achille Laura v Total SpA*, (1969) 2 Lloyd's Rep. 65.

<sup>414</sup> Treitel, *Ibid*, 202.

duración del transporte. El dueño alegó frustración del contrato pero fue rechazada esta alegación debido a que no cabía que en transporte de un producto no perecible o que la nueva ruta hubiese provocado un incremento importante en los precios<sup>415</sup>. En ese caso, Lord Denning, de la corte señaló: “It has frequently been said that the doctrine of frustration only applies when the new situation is *unforeseen* or *unexpected* or *uncontemplated* as if that were an essential feature. But it is not so.”<sup>416</sup>

En este punto podemos subrayar tal vez la diferencia más importante entre las decisiones británicas y las norteamericanas, especialmente en lo que tiene relación con las denominadas crisis energéticas. Para Treitel, en los Estados Unidos, como veremos en el capítulo norteamericano, quedó claramente estatuido que una crisis energética puede liberar a la parte de sus obligaciones contractuales<sup>417</sup> como cuando se libera a una parte por el incremento de los costos de energía<sup>418</sup>; sin embargo en Inglaterra solo se encuentra un caso que los jueces aceptaron un remedio similar, pero no debido al incremento de costos, como en las corte norteamericanas sino más bien por una limitación en el suministro. Dicho caso es *Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd*<sup>419</sup>. Sin embargo en este caso no se liberó a la parte de su obligación sino que se discutió si debía conceder daños o a través de un remedio específico (el *specific performance*). La corte decidió que debía ordenarse un remedio específico. Si bien Treitel concede que incluso en los Estados Unidos el remedio debido al incremento de precios provocado por crisis energéticas (o su contraparte, los *reversal energy crisis*) ha sido en poquísimos casos, para las cortes inglesas no es posible ni lejanamente aducir este argumento<sup>420</sup>.

### **I.II.8. Requisitos de aplicación y efectos.**

En consecuencia, para que un evento excuse a la parte del cumplimiento de su obligación, es preciso que este evento cumpla los siguientes requisitos:

---

<sup>415</sup> Orduña & Martínez, *Ibíd.*, 58 y 59.

<sup>416</sup> Hujo, *Ibíd.*, pos. 366.

<sup>417</sup> Como ocurrió en *Mansfield Propane Gas Co v Folger Gas Co*, 204 S.E. 2d 625 (1975)

<sup>418</sup> Como en el muy citado caso *ALCOA o Aluminium Co of America v Essex Group Inc*, 499 F. Supp. 53 (1980).

<sup>419</sup> *Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd*, [1974] 1 WLR 576.

<sup>420</sup> Treitel, *Ibíd.*, 278.



1.- El evento debe ser extraño, ajeno a la situación en la que se encuentra el contrato.

2.- El evento debe resultar en un cambio radical de circunstancias que provoque a su vez un cambio radical en la obligación o en el efecto real de la promesa intercambiada por las partes.

3.- El evento no debe ser consecuencia de la elección de la parte que busca el remedio; y,

4.- Debe ocurrir sin culpa de la parte que la alega.

Como señala Brunner, la falta de culpa es un elemento necesario pero no suficiente para aplicar el remedio y en consecuencia dar paso a la aplicación de la doctrina de *frustration of purpose*<sup>421</sup>.

En el derecho inglés, se considera que la *frustration of purpose* de aplicarse tendría los siguientes efectos:

1.- La *frustration* permite liberarse del contrato desde el momento mismo de la ocurrencia de ese cambio de circunstancias pero a partir de ese momento y no desde el inicio del contrato, es decir da derecho a una terminación *ex tunc*.

2.- Ambas partes son liberadas aunque la frustración haya afectado solo las obligaciones de una de las partes

3.- La liberación es automática

4.- El descargo es total

5.- El descargo da origen a un ajuste de las prestaciones efectuadas.

Dichos principios quedaron establecido en *Taylor v. Caldwell*, donde el juez Blackburn dispuso en la parte resolutive:

We think, therefore, that the Music Hall having ceased to exist, without fault of either party, both parties are excused, the plaintiffs from taking the gardens and paying the money, the defendants from performing their promise to give the use of the Hall and Gardens and other things. Consequently the rule must be absolute to enter the verdict for the defendants. Rule absolute<sup>422</sup> (Énfasis añadido).

Es decir se seguía el principio de que la pérdida es soportada por la parte que la sufre (*loss lies where it falls*). Este principio, años después, en 1904, se volvió a discutir en los casos en que se solicitaba que a pesar de que se dispuso que el

---

<sup>421</sup> El examen a los requisitos es realizado por Brunner, *Ibíd*, 91-92.

<sup>422</sup> *Taylor v. Caldwell, Ibíd*.

contrato terminase por un evento sobrevenido, era necesario que se hicieran ciertas restituciones.

El caso es *Chandler v. Webster*<sup>423</sup>, uno de los *coronation cases* se origina en un contrato de arrendamiento de una habitación en el *Pall Mall* para observar la coronación. Como vimos, el rey enferma y la ceremonia se cancela. Chandler había rentado la habitación para construir un *stand* y vender boletos para mirar la ceremonia; para ello había adelantado 100 GBP; al cancelarse la ceremonia pide se reintegre el valor pagado pero Webster se niega. La *House of Lords* ratificó el hecho de que la partes “quedarían” donde se encontraban al momento de los hechos frustrados pero además permitió que Webster pueda iniciar la acción por el pago del saldo adeudado.

En consecuencia, las obligaciones que se han acumulado antes de la ocurrencia del cambio de circunstancias, se mantienen obligatorias<sup>424</sup>.

Las consecuencias en la aplicación de esta doctrina son que las partes se liberan del cumplimiento de forma total y automática aunque se generan problemas si el contrato comenzó ya a ejecutarse como ocurrió en el ya mencionado *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn, Lawson, Combe, Barbour Ltd.*<sup>425</sup>. En este caso, como se recuerda, una compañía polaca contrató con una inglesa la construcción de una máquina para lo cual entregó 1000 GBP; los polacos reclamaron devolución del precio porque Polonia había sido invadida (1939) pero la compañía inglesa alegó que ya había empezado a construir la máquina y que no podía devolver el dinero. El tribunal consideró que se debía devolver el dinero puesto que la parte debía recibir algo por lo entregado incluso en el caso que el dinero entregado sea mayor a lo recibido<sup>426</sup>.

A raíz de estos problemas se expidió la *Law Reform Frustrated Contracts Act*<sup>427</sup> de 1943. Como primera característica importante de la misma, es que no

---

<sup>423</sup> *Chandler v. Webster*, [1904] 1 KB 493.

<sup>424</sup> Los efectos en el derecho inglés pueden ser encontrados en Brunner, *Ibid*, 91.

<sup>425</sup> Disponible en [http://www.lawandsea.net/List\\_of\\_Cases/F/Fibrosa\\_Spolka\\_v\\_Fairbairn\\_Lawson\\_1943\\_AC\\_32.html](http://www.lawandsea.net/List_of_Cases/F/Fibrosa_Spolka_v_Fairbairn_Lawson_1943_AC_32.html)

<sup>426</sup> Citado por Orduña & Martínez, *Ibid*, 58 - 59, el caso está disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/4.html>

<sup>427</sup> Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1>. En dicha ley se establece que en el caso de frustración o imposibilidad se aplicarán las normas que allí se detallan. Sin embargo, es interesante ver como maneja los terminus ya que coloca en un mismo capítulo a la imposibilidad y a la frustración: “Where a contract governed by English law has become impossible

define lo que es *impossibility* y tampoco lo que es *frustration of purpose*, sino que se limita a determinar los efectos de las mismas. En dicho caso, la ley establece que en caso de frustración o imposibilidad la parte que entregó dinero antes de la liberación (es decir antes de la ocurrencia del hecho), tendrá derecho a su recuperación y si no entregó dinero, queda liberada para el futuro. De otro lado, si entregó dinero, debe reintegrársele a menos que se haya ya incurrido en gastos en cuyo caso se devuelve lo que no haya sido debidamente soportado<sup>428</sup>. Esta ley, sin embargo, como afirma Martínez Velencoso, es una ley destinada a evitar el enriquecimiento ilícito pero no para distribuir los riesgos de un evento de ese tipo y tal es así que en el derecho inglés no es posible adecuar o modificar los contratos afectados por este tipo de hechos. La razón, según la misma Martínez Velencoso, es evitar el hecho de que los tribunales celebrarían contratos entre las partes y ello devendría en fuente de inseguridad ante los actos de particulares<sup>429</sup>.

La doctrina de frustración de propósitos ha sido muy criticada en la doctrina inglesa y se han establecido varios límites en su aplicación tomando en cuenta básicamente tres circunstancias: i) en casos en que el evento no sea sobrevenido sino que ya haya ocurrido al momento de celebrar el contrato, así lo decidió la Corte en, un caso de 1870, es decir anterior a la ley de 1943; ii) en casos en que el evento ha debido ser previsto por las partes por ser una consecuencia previsible de un estado de cosas presentes al momento de celebrarse el contrato como en *Ashmore & Son Ltd. V. C.S. Cox & Co.*<sup>430</sup>; y, iii) los casos de frustración autoinducida, *self-induced frustration*. Respecto de la prueba, especialmente en casos de frustración autoinducida, la Corte ha decidido que a carga de la prueba recaiga sobre quien niegue la frustración, con lo que ha dado un apoyo, si se quiere judicial, a la existencia de la misma<sup>431</sup>.

---

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.”

<sup>428</sup> Ortuña & Martínez, *Ibid*, 68.

<sup>429</sup> Ortuña & Martínez, *Ibid*, 71.

<sup>430</sup> *Ashmore & Son Ltd. V. C.S. Cox & Co.*, (1899) 1 QB 436

<sup>431</sup> Chamie Gandur, *Ibid*, 300. En su trabajo Chamie Gandur hace mención al caso *Joseph Constantin SS Line Ltd v. Imperial Smelting Corp. Ltd.*, de 1942, en el cual se decidió sobre quien debía probar la frustración, en un primer momento, se atribuyó esa obligación de quien alegaba la frustración pero la House of Lords revocó ese fallo y quedó establecido que le correspondía a quien la negara.

Las consecuencias de la *frustration of purpose* en el derecho inglés y de la *impracticability* y *frustration of purpose* en el derecho norteamericano, a pesar de su similitud, difieren.

Para Farnsworth, el efecto de la *impracticability* superviniente es el de excusar a la parte del cumplimiento del resto del contrato mientras que el efecto de la *impracticability* anterior es el de liberar a la parte de ejecutar el contrato en sí. En el caso de la *impracticability* sobrevenida, se actúa como si hubiese un incumplimiento contractual, es decir, la parte que ve como su contraparte es excusada del cumplimiento del contrato por *impracticability* no está obligada a cumplir lo que le resta por hacerlo de conformidad con el contrato. En *Shaw v. Mobil Oil Corp.*<sup>432</sup> que surge de un contrato de arrendamiento entre Shaw y Mobil para la venta de gasolina en la estación de Shaw y según el cual Shaw debía pagar una cantidad de dinero a cambio de la venta de una cantidad de gasolina, se fijó un valor mínimo mensual. Por disposiciones federales, Mobil no pudo entregar la cantidad de combustible establecida en el contrato y en consecuencia, Shaw solicitó que se le excuse el pago del mínimo. La Corte le dio la razón por cuanto “party has no obligation to perform a promise that is conditioned upon the other party’s performance when the other party failed to perform even though the other party’s failure to perform is excused”<sup>433</sup>.

En el caso en que el incumplimiento sea material, la parte tampoco está obligada a cumplir la obligación. El incumplimiento es material cuando el rompimiento es de suficiente entidad como para constituirse como una suspensión de la ejecución; pero, si ha transcurrido un tiempo razonable para el cumplimiento del mismo, la otra parte puede dar por terminado el contrato<sup>434</sup>. Sin embargo, al momento de determinar si la demora en el cumplimiento es de suficiente entidad como para terminar el contrato, se considera que dado que la parte no tiene posibilidad de reclamar por incumplimiento, la terminación es el único remedio que

---

<sup>432</sup> *Shaw v. Mobil Oil Corp.*, 535 P.2d 756 (Or. 1975), citado por Farnsworth, *Ibid.*, 642, resumen disponible en <http://www.4lawschool.com/contracts/oil.shtml>

<sup>433</sup> Farnsworth, *Ibid.*, 642.

<sup>434</sup> Farnsworth, *Ibid.*, 566. Farnsworth indica que a veces se utiliza la denominación incumplimiento total para referirse a incumplimiento material pero para este autor, se debe usar material cuando se refiere a una suspensión del cumplimiento y no a una suspensión que de pie a una terminación del contrato.

esa parte tiene frente a la demora<sup>435</sup>. Este mecanismo es el mismo que se aplica en casos de *prospective failure*<sup>436</sup>, en esos casos, en los que una de las partes anticipa que no podrá cumplir su obligación y por ende podría ser excusada por *impracticability*.

Para describir la doctrina, Lord Bingham en *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V.*<sup>437</sup>, conocido como el *Super Servant II*, utiliza los siguientes elementos que pueden ayudar a comprender la doctrina inglesa a este respecto:

1.- La doctrina tiene como objetivo mitigar el rigor del principio de santidad de los contratos; dicho rigor puede derivar de la aplicación literal de los contratos por lo que se responde a una petición de justicia o, en otras palabras, se alcanzan resultados más justos.

2.- Como en la doctrina inglesa, la doctrina permite la terminación inmediata del contrato, la jurisprudencia debe buscar ante todo, la aplicación restrictiva de la misma.

3.- La doctrina no puede ser invocada por una parte que ha sido la causante del evento, es decir, debe haber actuado sin culpa<sup>438</sup>.

De otro lado, la jurisprudencia inglesa ha considerado de forma continua que debe existir una suerte de baremo para determinar la alteración fundamental de las circunstancias en cuanto referida al costo de ejercer la misma; ese baremo ha sido ubicado en el 100%, vale decir que para que un cambio en las circunstancias provoque una *frustration of purpose*, la alteración fundamental debe ser del 100% o más. Así se resolvió en los denominados *Suez Canal cases*<sup>439</sup> donde, a más de existir otras razones por las que se rechazaron dichos casos, tanto la jurisprudencia

---

<sup>435</sup> Es importante subrayar el hecho de que para la legislación norteamericana, la parte que incumple debe tratar de superar ese incumplimiento en un periodo determinado de tiempo, el ejemplo que cita Farnsworth es el de el constructor que no recibe el pago del dueño de la obra, luego de un periodo razonable, si el pago no ocurre, entonces el constructor puede dar por terminado el contrato. Para un detalle de este mecanismo y su concepción, Farnsworth, *Ibid.*, 571.

<sup>436</sup> Es difícil agrupar en una sola palabra española el significado de *prospective*, que en español según la RAE, es aquello que se refiere al futuro o el conjunto de análisis realizados con el fin de explorar o predecir el futuro; en inglés, *prospective* más bien es “*expected or expecting to be the specified thing in the future*”; o, 1.1 *Likely to happen at a future date*”.

<sup>437</sup> Disponible en <http://www.trans-lex.org/302800/pdf/>.

<sup>438</sup> Las conclusiones son citadas por Hujo, *Ibid.*, pos. 508.

<sup>439</sup> Recordemos que los denominados *Suez Canal cases* pueden clasificarse en dos tipos, los primeros corresponden al primer cierre del Canal en 1956 y los segundos a los que surgieron a raíz del cierre de 1967. Las decisiones en los casos de 1957 fueron dejadas de lado años más tarde; es decir *Carapanayoti & Col Ltd v ET Green Ltd* (1959) fue reconsiderado en *Tsakiroglou* de 1962 mientras que *Soc Tunisiene d'Armament v. Sidermar SpA (The Massalia)* fue reconsiderado en *Ocean Tramp Tankers Corp v V/O Sovfracht (The Eugenia)* de 1964.

americana como la inglesa concordaron en que la variación del precio en dichos casos no superó el 30% del precio por lo que tampoco la entidad del cambio era fundamental. Treitel señala al respecto:

Un punto similar puede ser levantado en el caso de los casos de Suez que, como se ha señalado ya, no son casos de *impracticability* pura. En estos casos, tanto las cortes americanas como británicas consideraron el punto de que el cierre del Canal (y el consecuente incremento de costos para una de las partes) podría liberar a la parte del mismo, pero rechazaron el argumento. Nuevamente debe ser enfatizado el hecho de que en cada uno de dichos casos, el monto por el cual el costo de la parte que fue perjudicada por el cierre del canal se elevó en consideración a dicho evento (o la compensación extra reclamada por la parte) fue relativamente bajo cuando se lo compara con el monto total del contrato pues no es sino una fracción del mismo y difícilmente excedía del un tercio de dicho precio<sup>440</sup>.

El monto, por tanto de lo que se considera excesivamente gravoso, no debe caer en el ámbito de lo meramente incómodo, pues el gravamen debe ser de tal entidad que permita hablar de un cambio en la naturaleza de la prestación.

### **I.III. La jurisprudencia norteamericana.**

En este capítulo haremos una revisión de la forma en que la jurisprudencia norteamericana<sup>441</sup> analizan el tema de la excesiva onerosidad producida por hechos sobrevenidos no imputables a las partes.

La jurisprudencia norteamericana se presenta al lector foráneo como diversa y variada no solo por el hecho de que el estudio del sistema jurisprudencial, fundamentado en casos, permite una casuística abundante sino porque los hechos sobrevenidos en sí, es decir los que dan lugar a que las partes soliciten a las cortes la aplicación del remedio son, obviamente, abundantes como fenómeno y en consecuencia se manifiestan de muy variadas formas, condiciones y circunstancias y cubren eventos como las crisis energéticas, problemas con cosechas, problemas con cosechas de un predio específico, variaciones de precios de todo tipo de bienes, regulaciones estatales y casos de deudas impagadas.

La recepción de la legislación por parte de las cortes se presenta del mismo modo como sorprendente puesto que no existe en la legislación norteamericana,

---

<sup>440</sup> Treitel, *Ibíd*, 194.

<sup>441</sup> Por supuesto que para entender la jurisprudencia será necesario referirse a la legislación y doctrina.

referencia al concepto de la previsibilidad de los hechos y a pesar de ello, las cortes han usado la *foreseeability* como un elemento fundamental a la hora de decidir este tipo de casos.

Finalmente, la doctrina ha atacado furiosamente la jurisprudencia y existe una fuerte discusión sobre la verdadera naturaleza de este remedio. Treitel, sobre este punto afirma: “General statements of the principle of discharge by impracticability are to be found in a number or rather confusing (if not self-contradictory) passages from the Restatments 2d and in the Comments to s. 2-615 of the Uniform Commercial Code.”<sup>442</sup>

Para conocer estos alegatos, en este capítulo analizaremos en primer lugar las diversas denominaciones que son utilizados por la doctrina y jurisprudencia norteamericana para referirse a este remedio; en segundo lugar, pasaremos revista a las disposiciones legales que se refieren al mismo para, en una tercera sección, repasaremos los hitos jurisprudenciales más importantes y la crítica que han recibido de parte de la doctrina más destacada.

### **I.III.1. Nota lingüística previa**

La jurisprudencia norteamericana ha venido diferenciando el uso de diversos vocablos para referirse a fenómenos similares. La traducción de dichos vocablos suele incurrir en anglicismos. Sánchez Lorenzo, por ejemplo, al enfrentar este problema utiliza *frustración de la causa* como sinónimo de *frustration of purpose*, señalando al inicio de su trabajo, que el uso del anglicismo (*frustración*) tiene un propósito meramente instrumental para facilitar su exposición<sup>443</sup>; Chamie Gandur, de su parte, traduce *frustration of purpose* como “frustración de la finalidad” que ocurre 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 devenida imposible y el sujeto interesado en obtener la liberación” o, “si el fin que el sujeto obligado a pagar busca mediante la contraprestación que remunera se torna irrealizable a causa del evento

---

<sup>442</sup> Treitel, *Ibíd*, 256.

<sup>443</sup> Sánchez Lorenzo, Sixto, *La frustración de contrato*, disponible en <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/7501/1/FRUSTRACION%20DEL%20CONTRATO.pdf>

sobrevenido”<sup>444</sup> que no coinciden con la lectura que daremos más adelante de la *frustration of purpose* por lo que en este trabajo utilizaremos la denominación en inglés. No parece plausible, del mismo modo, traducir *impracticability* como impracticabilidad e *impractical* como impráctico, ya que, por una parte, según la española Real Academia de la Lengua, impracticabilidad es aquello que tiene la cualidad de impracticable, siendo impracticable lo que no se puede practicar o, en otra concepción, el adjetivo que refiere a un camino que no se puede transitar sin mucha dificultad (como metáfora puede sonar bastante cercana a la idea de una excesiva onerosidad sobrevenida pero la misma se encuentra alejada de la construcción jurídica del concepto que excluye expresamente la mera dificultad como causa de remedio); de otro lado, entre *impracticability* e *impractical* en inglés usual la diferencia radica en que, mientras *impracticability* hace relación a una “imposibilidad de llevar a cabo”, *impractical*<sup>445</sup> se refiere a algo que no se puede realizar por ser poco realista o ingenuo. El uso legal del término, por supuesto es muy distinto. El Black`s Law Dictionary, define así *impracticability*:

*Impracticability. Contracts.* 1.- A fact or circumstance that excuses a party from performing an act, esp. a contractual duty, because (though possible) it would cause extreme and unreasonable difficulty. For performance to be truly impracticable, the duty must become much more difficult or much more expensive to perform, and this difficulty or expense must have been unanticipated. 2.- The doctrine of which such fact or circumstance excuses performance. Cf. FRUSTRATION; IMPOSSIBILITY. *Commercial impracticability.* The occurrence of a contingency whose non-occurrence was an assumption in the contract, as a result of which one party cannot perform<sup>446</sup>.

Por lo que, evidentemente, el uso del inglés corriente difiere del uso legal que da a *impracticability* una entidad propia.

De otra parte, el término *impracticability* ha sido conscientemente preferido al de *impossibility* ya que este último puede ser entendido como una imposibilidad

---

<sup>444</sup> Ambas definiciones se encuentran en Chamie Gandur, *Ibid*, 305.

<sup>445</sup> Se pueden revisar ambas palabras en [http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/ingles/impracticable#impracticable\\_5](http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/ingles/impracticable#impracticable_5), donde se señala expresamente: Although there is considerable overlap, impracticable and impractical are not used in exactly the same way. Impracticable means ‘impossible to carry out’ and is normally used of a specific procedure or course of action, as in poor visibility made the task difficult, even impracticable. Impractical, on the other hand, tends to be used in more general senses, often to mean simply ‘unrealistic’ or ‘not sensible’, as in in windy weather an umbrella is impractical.

<sup>446</sup> Garner, Brayn, Ed., Black`s Law Dictionary, West Group, Saint Paul, Minnesota, 1999, 760.



absoluta del cumplimiento de la obligación o no permitir una apreciación general de los requerimientos exigidos para aplicar el remedio. El comentario a la sección 261 del *Second Restatement* señala:

Although the rule stated in this Section is sometimes phrased in terms of impossibility, it has long been recognized that it may operate to discharge a party's duty even though the event has not made performance absolutely impossible.... However, impracticability means more than impracticality. A mere change in the degree of difficulty or expense due to such causes as increased wages, prices or raw materials, or cost of construction, unless well beyond the normal range, does not amount to impracticability since it is this sort of risk that a fixed-price contract is intended to cover. Furthermore, a party is expected to use reasonable efforts to surmount obstacles to performance and a performance is impracticable only if it is in spite of such efforts.<sup>447</sup>

Cosa similar ocurre con *frustration of purpose* que viene definido por el mismo diccionario como: "The doctrine that, if the entire performance of a contract becomes fundamentally challenged without any fault by either party, the contract is considered terminated."<sup>448</sup>

De ese modo, la concepción norteamericana de la *frustration of purpose* se refiere a una entidad jurídica distinta de la *impracticability* y, como veremos, con contenido conceptual distinto incluso a la *frustration of purpose* inglesa por lo que el uso que se haga de dicho concepto en este capítulo será referido únicamente a la tradición norteamericana.

### **I.III.2. La liberación del deudor por riesgos sobrevenidos**

La doctrina norteamericana y en especial su jurisprudencia, no han podido delinear, fácilmente, las diferencias entre los diversos conceptos jurídicos que se agrupan alrededor de la distribución de riesgos por eventos sobrevenidos no imputables a las partes. Para algunos, el principio de santidad de los contratos (genéricamente agrupado bajo el brocardo *pacta sunt servanda*) es un principio posterior al principio autónomo de *impossibilium nulla obligatio est*, al cual se han

---

<sup>447</sup> Brunner, *Ibid.*, 97. Brunner cita el comentario a 261 del *Second Restatement*.

<sup>448</sup> Garner, *Ibid.*, 679.

referido las cortes norteamericanas en varias oportunidades<sup>449</sup>. Treitel no coincide con esta opinión pues para el árbitro británico, el *common law* no reconoce el principio *impossibilium nulla obligatio*, al menos no de forma general sino limitada a la imposibilidad anterior a la suscripción del contrato y de una manera muy específica<sup>450</sup>. Más allá de que, en general, parecería ser que el *common law* no acepta el principio de imposibilidad, en la jurisprudencia norteamericana en sí, se han producido variantes respecto de este tema. Posner indicaba que los términos han sido subdivididos para que puedan ser manejados de mejor forma en los siguientes: *impossibility of performance, frustration of purpose y extreme impracticability*:

*Impossibility* is the rubric used when the carrying out of a promise is no longer physically possible, and *frustration of purpose* when performance of the promise is physically possible but the underlying purpose of the bargain is no longer attainable. *Impracticability*...is the term used when performance of the promise is physically possible and the underlying purpose of the bargain achievable but as a result of an unexpected event enforcement of the promise would entail a much higher cost than originally contemplated.<sup>451</sup>

El tránsito desde la imposibilidad objetiva hacia la *impracticability* fue descrita en el primer caso que trató este tema, *Mineral Park Land Co. v. Howard*, donde los jueces norteamericanos entendieron que “una cosa es imposible, desde el punto de vista legal, cuando no se puede ejecutar, y una cosa no es ejecutable cuando puede realizarse pero a un precio excesivo y oneroso”<sup>452</sup>, por lo que a juicio de parte de los observadores, se sustituyó un criterio objetivo representado por una imposibilidad material por uno de imposibilidad económica que le exigiría al juez una complicada valoración económica<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> Chamie Gandur, *Ibid.*, 307. En esta oportunidad Chamie Gandur señala que las cortes norteamericanas se han referido a este principio para lo cual cita la autoridad de la sentencia *Louisville & NRR v. Mottley*, 1911, 219 US 467, cuyo resumen se puede encontrar en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/219/467/case.html>

<sup>450</sup> Para un análisis pormenorizado, nos remitimos a la sección donde analizamos la posición de las cortes británicas en este mismo trabajo. Cfr. Treitel, Gunter, *Ibid*, 2.

<sup>451</sup> Posner, Richard et Rosenfield, Andrew, “Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 83-118, The University of Chicago Law School, The University of Chicago, 1977, pag. 85.

<sup>452</sup> *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289, 156 P. 458, 1916 Cal. 529, resumen del caso disponible en <https://casetext.com/case/mineral-park-land-co-v-howard#.U9pmHJR5PBE>, la cita corresponde a Chamie Gandur, *Ibid*, 310.

<sup>453</sup> Chamie Gandur, *Ibid*, 311.

Desde ese punto de vista, las líneas de división entre las tres figuras parecerían estar claras; sin embargo, el mismo Posner duda de la capacidad de la doctrina y jurisprudencia para poder desarrollar conceptos diferenciados; para demostrar la variedad de opiniones al respecto, cita la opinión del juez Traynor en uno de los más citados casos sobre *impracticability* en el que dicho juez aseguró:

Although the doctrine of frustration is akin to the doctrine of impossibility of performance since both have developed from the commercial necessity of excusing performance in case of extreme hardship, frustration is not a form of impossibility even under the modern definition of that term, which includes not only cases of physically impossibility but also cases of extreme impracticability of performance.<sup>454</sup>

Es decir, si bien ambas doctrinas están relacionados, la *impracticability* no es una forma de *impossibility*; sin embargo, parecería que ambos conceptos forman un mismo cuerpo conceptual, lo cual plantea al menos la duda de si existe una delimitación clara de los límites entre ambos. De hecho, incluso observadores ajenos a la tradición norteamericana como el antes mencionado Sánchez Lorenzo, se refieren a la *impossibility* y a la *frustration of purpose* pero no a la *impracticability*<sup>455</sup>. En definitiva, nos encontramos frente a una institución que para la jurisprudencia y doctrina norteamericana se halla indeterminado.

### I.III.3. La legislación.

La jurisprudencia y legislación norteamericanas han desarrollando un corpus conceptual sumamente diverso respecto de la *impracticability* (y los conceptos vecinos de *impossibility* y *frustration of purpose*) como se desprenderá de la exposición de normas legales y casos que haremos a continuación; fruto de esta diversidad, surge una suerte de indeterminación conceptual por la que ese concepto aparece débilmente delineado y escasamente sistematizado.

---

<sup>454</sup> El juez Traynor hace esta afirmación en *Lloyd v. Murphy*, 25 Cal.2d 48, 153 P.2d 47 (1944). Un resumen del caso se puede encontrar en <http://scocal.stanford.edu/opinion/lloyd-v-murphy-25759>, consultada por última vez en agosto de 2015. El caso se origina por un contrato de arrendamiento de instalaciones de propiedad de Lloyd para que Murphy venda allí vehículos y combustible; Murphy podía cambiar su actividad previo consentimiento de Lloyd. Durante la II Guerra Mundial, la venta de autos decae y Murphy decide dedicarse a otra actividad. Lloyd demanda y el juez de primera instancia le da la razón aduciendo que Murphy tenía que cumplir el contrato; se desecha la excusa de *frustration of purpose* que el derrotado alegó porque no se cumplió el criterio de previsibilidad por cuanto las leyes de guerra habían entrado en vigor un año antes, la venta de vehículos no era imposible sin apenas restringida y Murphy se dedicaba al mismo negocio en otros predios.

<sup>455</sup> Sánchez Lorenzo, *Ibíd.*, 1381.

Es útil empezar citando las normas pertinentes del *Restatement Second of Contracts* y del *Uniform Commercial Code*<sup>456</sup> con el afán de tener presentes las normas legislativas vigentes e introducir tres grupos de estándares incorporados por esta legislación. El primero se refiere a la destrucción de bienes previamente identificados, el segundo grupo se refiere a la aplicación de los cuatro requisitos de la *impracticability* sobrevenida que serán explicados más adelante; y, el tercer grupo se refiere al hecho de que la parte que pretende se aplique el remedio no debe haber conocido o no debe haber tenido razón para conocer los hechos que hicieron el cumplimiento de la obligación *impracticable*.

#### I.III.4. El *Second Restatement of Contracts*

Los *Restatements of contracts*<sup>457</sup> son fruto del esfuerzo de una organización privada cuya fuerza radica en su valor argumentativo y la experiencia recogida a través de los miembros del *American Law Institute* (en lo posterior ALI) fundada en 1923. En la sección la sección 454 del *Restatement (first) of contracts* de 1932, la ALI concebía la *impracticability* dentro de la *impossibility*: “Impossibility means not only strict impossibility but impracticability because of extreme and unreasonable difficult, expense, injury or loss.”

Mientras que en la sección 457 del mismo *restatement*, la ALI entendía que ocurría *impracticability*: “Where, after the formation of a contract, facts that a promisor had no reason to anticipate, and for the occurrence of which he is not in contributory fault, render performance of the promise impossible, the duty of the promisor is discharged.”<sup>458</sup>

De su parte, el *Restatement (Second) of Contracts*, de 1981, incluye una revisión de la *impracticability*:

---

<sup>456</sup> Si bien los *Restatement Second of Contracts* no son propiamente legislación pues no son emitidos por una entidad legislativa elegida por el pueblo, los hemos agrupado en esta sección por una cuestión meramente expositiva. Lo mismo ocurre con comentarios del UCC que tampoco son legislación pero su fuerza argumentativa y prestigio sirve en ocasiones para guía de algunos abogados.

<sup>457</sup> Para una explicación de los motivos por los que el American Law Institute se propuso una obra como el primer *Restatmen of the law of contracts* cuyo objetivo era “unificar, clarificar y simplificar nuestra ley común”, Clark, Charles E., “The restatmen of the law of contracts”, *Yale Law Journal*, March, 1933, disponible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4256&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4256&context=fss_papers)

<sup>458</sup> Camero, *Ibíd*, 2.

§ 261. Discharge by Supervening Impracticability.- 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<sup>459</sup>.

Observemos que mientras la sección 457 del primer *Restatement* incluía una referencia a la anticipación de hechos (*facts that a promisor had no reason to anticipate*), en la sección 261 del segundo *Restatement* no se usa la palabra *foreseeability* ni se hace referencia alguna a la anticipación de hechos y, al igual que en el caso del *Restatement First* incorpora de pleno derecho el elemento de la culpa. Una característica compartida, tanto de la sección 2-615 del UCC como de la sección 261 del *Restatement Second*, es que ninguna de las dos normas define de modo sustancial la *impracticability*. Es necesario señalar que la *impracticability* en el sistema norteamericano representa una evolución de la doctrina de la imposibilidad más allá de los confines de la imposibilidad material y esa es la razón por la que es tratada de esta forma<sup>460</sup>, tanto en el UCC como en los *Second Restatement*. Como reglas adicionales a esta principal, los *Second Restatement* establecen reglas relativas a la *impracticability* o *frustration* inicial (en la sección 266<sup>461</sup>), temporal y parcial (secciones 269 y 270).

### **I.III.5. El *Uniform Commercial Code*.**

#### **Origen de la figura del *impracticability* en el UCC**

El *Uniform Commercial Code* (en lo posterior UCC) fue fruto de un movimiento hacia la unificación del derecho norteamericano iniciado a finales del siglo XIX que tenía por objeto evitar las dificultades generadas por la existencia de cincuenta jurisdicciones comerciales distintas. En fecha tan temprana como 1891, el *Comitee on Uniform State Laws* de la *American Bas Association* señalaba su

---

<sup>459</sup> Disponible en <http://home.comcast.net/~rnhauck/BusLaw/201RestConts.pdf>

<sup>460</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 305.

<sup>461</sup> § 266. Existing Impracticability or Frustration Where, at the time a contract is made, a party's performance under it is impracticable without his fault because of a fact of which he has no reason to know and the non existence of which is a basic assumption on which the contract is made, no duty to render that performance arises, unless the language or circumstances indicate the contrary. (2) Where, at the time contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by a fact of which he has no reason to know and the non existence of which is a basic assumption on which the contract is made, no duty of that party to render performance arises, unless the language or circumstances indicate the contrary.

peocupación por la enorme cantidad de leyes interestatales que podían afectar eventualmente el correo interno de los Estados Unidos.<sup>462</sup>

En efecto, era tal la abundancia de normas de diferente calado al interior de los Estados Unidos que el *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* emitió entre 1896 y 1933 una serie de normas que empezaron con la *Negotiable Instruments Law* en 1896 y concluyó con la *Uniform Trust Receipts Act* de 1933; en 1906 el *Comitee on Uniform State Laws* recomendó la adopción de la denominada *Uniform Sales Act*; dos estados y un territorio la adoptaron en 1907 (Arizona, Connecticut, New Jersey) y para 1937 la mayoría de los estados habían adoptado dicha norma que, por otro lado, era muy similar a la *English Sale of Goods* de 1893<sup>463</sup>. En la versión de 1906, la *Uniform Sales Act* solo contenía disposiciones relativas a la denominada *absolute impossibility*. Pero ya en 1916 la corte de California expedía una sentencia en la que se amplía el contenido de la *impossibility* para incluir no solo defensa para casos en que la obligación sea imposible sino que incluya los casos en que la obligación sea *impracticable* por ser irrazonable o excesivamente onerosa. El caso que da nacimiento oficialmente a esta tendencia en la jurisprudencia norteamericana es *Mineral Park Land Co. v. Howard*.

Con el afán de permitir un uso mayor de la *impracticability*, los redactores del UCC incorporan en el proyecto de 1943 el concepto de *commercial impracticability* que permaneció con la misma redacción hasta la expedición final del UCC<sup>464</sup>. Para 1957 Massachusetts adoptaba el UCC en reemplazo de la *Uniform Sales Act* y otros instrumentos comerciales y en 1958 lo hace el estado de New York<sup>465</sup>.

El redactor principal del UCC, el Prof. Llewellyn, realizó puntualizaciones muy esperadas en el derecho norteamericano; estableció, por ejemplo, la diferencia

---

<sup>462</sup> McCurdy, William, "Uniformity and a Proposed Federal Sales Act", *Virginia Law Review*, Vol. 26. No. 5, 573, señalaba: "Variance, dissonance, contradiction, nay, any unnecessary diversity in the fifty subdivisions of the one American people, in the general laws affecting the whole people in their business and social relations, cannot but produce perplexity, uncertainty and damage. Such diversity, always an annoyance, is often a nuisance.... The business man may well ask, why should not the meaning and effect of a promissory note, a bill of lading or a guaranty be as certain and definite and practically identical in all the states as the meaning of words in an American dictionary, and for the same reason, the common convenience of all. Obviously, the vast volume of interstate trade and commerce and business dealings of all kinds, growing in range and complexity to enormous proportions, is entitled to the protection and advantage of substantially uniform laws."

<sup>463</sup> McCurdy, *Ibíd*, 578.

<sup>464</sup> Camero, Jennifer, *Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability*, pag. 3; disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm>

<sup>465</sup> Braucher, Robert, "The Legislative History of the Uniform Commercial Code", *Columbia Law Review*, Vol. 58, No. 6, Jan., 1958, pag. 798-814.

en cuanto a la transmisión del riesgo entre comerciantes y no comerciantes<sup>466</sup>, distinción que no fue bienvenida en la comunidad académica y profesional norteamericana que finalmente entendió que la diferenciación entre comerciantes y no comerciantes no recogía los usos y costumbres comerciales de los Estados Unidos sino que era de exclusiva creación de Llewellyn<sup>467</sup>. El profesor Llewellyn había declarado que su objetivo era hacer de la ley comercial y sus prácticas, sanas y seguras (*commercial law and practice clear, sane and safe*) a través de reglas que sean *simpler, clearer and better adjusted rules, built to make sense and to protect good faith, make for more foreseeable and more satisfactory results both in court and out*<sup>468</sup>.

Respecto al tema que nos ocupa, Llewellyn deliberadamente usó el concepto de *commercial impracticability* antes que el de *impossibility* con el objeto de ampliar la excusa<sup>469</sup>. Ese empeño se encuentra reproducido igualmente en el lenguaje de los comentarios oficiales. El comentario 3, por ejemplo, contrasta la *commercial impracticability* con la *impossibility* y la *frustration of purpose*; el comentario 6 permite a los jueces el uso de principios de equidad para promocionar el estándar de buena fe por que se hace manifiesto que los redactores del U.C.C concebían la *impracticability* de forma más amplia que lo que hace el *common law* y en especial el derecho inglés<sup>470</sup>.

A pesar de estos esfuerzos y objetivos, sin embargo, la jurisprudencia norteamericana no ha utilizado de forma generalizada este remedio:

Despite the hope that section 2-615 and section 261 would lead to wide acceptance of commercial impracticability both under Article 2 and the common law, courts continue to rarely excuse a party under the doctrine of commercial impracticability. Even rarer are judicial decisions discussing commercial impracticability in any meaningful way. The few cases that do discuss it developed muddled and

---

<sup>466</sup> Llewellyn consideraba que no se podía aplicar las mismas normas a un comerciante experimentado que a una persona que no conoce el medio comercial. Las reglas para los comerciantes, conforme su criterio, debían ser más exigentes. En el caso de los comerciantes, estos conservan el riesgo hasta que el bien es realmente entregado al comprador.

<sup>467</sup> Para un análisis del papel del Prof. Llewellyn en la redacción del *Uniform Commercial Code*, ver Michelsen, Hillinger, Ingrid, The Art. 2 Merchant Rules, "Karl Llewellyn attempt to achieve the Good, the True, the Beautiful in Commercial Law", Boston College of Law, *Legal Studies Research Paper Series*, 1985.

<sup>468</sup> Michelsen, *Ibid*, 1147.

<sup>469</sup> Camero, Jennifer, *Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability*, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm>

<sup>470</sup> Camero, *Ibid.*, 4

inconsistent rules, leading to an unpredictable and confusing doctrine that fails to serve its intended purpose.<sup>471</sup>

El UCC contiene diversas normas que se refieren a instituciones similares a la impracticability y a la *frustration of purpose*, la primera es la contenida en la sección 2-615; tenemos adicionalmente dos más, la destrucción de bienes previamente identificados en la sección 2-613 y el cumplimiento sustituto de la 2-614.

El texto de la sección 2-615<sup>472</sup> del Uniform Commercial Code (en adelante UCC), tiene dos características que se aprecian a primera vista, la primera que asume plenamente el concepto de “condiciones presupuestas” y la segunda es que esta norma no utiliza la palabra *foreseeability*, como señalamos anteriormente. De otro lado, en apariencia, solo el vendedor podría alegar este remedio, por expresa disposición de la norma legislativa. Sin embargo, como indica McLaughlin las cortes han ampliado el criterio y permiten que el mismo también sea utilizado por el comprador<sup>473</sup> y para justificarse, recurren a los comentarios del UCC para interpretar el alcance de la sección 2-615<sup>474</sup>.

Antes de continuar, es preciso hacer una observación; el UCC no es un código uniforme a la manera en que es entendido en los sistemas codificados<sup>475</sup>, sino que más bien se trata de un conjunto de reglas en distintas ramas del derecho comercial que son adoptadas por cada uno de los estados que conforman la Unión. Es esa la

---

<sup>471</sup> Camero, *Ibíd.*

<sup>472</sup> § 2-615. EXCUSE BY FAILURE OF PRESUPPOSED CONDITIONS. Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed 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 compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid. (b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contracts well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner, which is fair and reasonable. (c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

<sup>473</sup> McLaughlin, Gerald, “Unconscionability and Impracticability: reflections on two UCC Indeterminacy principles”, 14 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 439 (1992), 447.

<sup>474</sup> Resulta irónico revisar la historia de la validez de los comentarios del UCC. En un primer momento se los entendió como una herramienta que serviría para entender el texto del UCC pero posteriormente se consideró que eran una delegación indebida a personas privadas de un poder legislativo fundamental. En 1956 los comentarios fueron eliminados de la edición oficial pero la polémica continuó al punto que existen legislaciones que aún hoy se refieren a los mismos. Cfr. Braucher, *Ibíd.*, 808.

<sup>475</sup> Chamie Gandur, *Ibíd.*, 303.



razón por la que solamente un Estado ha reformado el remedio respecto de la persona que puede plantearlo; Mississippi incorporó en 2013 la disposición legal que permite el uso del remedio para el comprador; esta reforma recibió la crítica del Comité Permanente de Editores del UCC pues a su juicio abriría la puerta a que se excusen casos injustificables.

La doctrina rechaza esta afirmación ya que consideran que lo que la reforma de Mississippi hace es permitir a los compradores alegar ese remedio, es decir, brindar sólo una oportunidad; la reforma no acepta la excusa en uno u otro caso concreto, lo que ocurre del mismo modo con los vendedores a quienes se les brinda la oportunidad y no se les garantiza que su excusa sería aceptada;<sup>476</sup> de otro lado, la reforma de Mississippi lo que hace es ratificar la jurisprudencia que ya había sido adoptada por varias de las cortes norteamericanas como veremos de forma ulterior. Para Treitel, lo que ocurre en el derecho norteamericano se debe a una suerte de juego de espejos que se plantea en el mismo. Sobre la discusión de si se debe permitir o no al comprador que acceda a esta solución, Treitel dice que es probable que las razones por las que el UCC conceda este remedio solamente a los vendedores sea que no es verdad que las probables pérdidas de compradores y vendedores sean iguales y se deba conceder el mismo derecho a ambas partes; en una relación comercial afectada por hechos sobrevenidos, las pérdidas del vendedor son teóricamente infinitas ya que los precios de las materias primas u otros costos pueden, en teoría elevarse sin límite. Las del comprador, en cambio, no pueden exceder del precio del contrato, más allá de que se deba a precios que se desmoronan<sup>477</sup>. Por otro lado, el UCC que acepta en su sección 2-615 la doctrina de la *impracticability* para la venta de bienes, contiene otras normas relativas a la pérdida de determinados bienes antes de que el riesgo haya pasado al comprador<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup> Camero, *Ibíd.*, 9.

<sup>477</sup> Treitel, *Ibíd.*, 261.

<sup>478</sup> Esta norma se encuentra en la sección 2-613 del UCC y señala: § 2-613. CASUALTY TO IDENTIFIED GOODS. Where the contract requires for its performance goods identified when the contract is made, and the goods suffer casualty without fault of either party before the risk of loss passes to the buyer, or in a proper case under a "no arrival, no sale" term (Section 2-324) then (a) if the loss is total the contract is 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 due allowance from the contract price for the deterioration or the deficiency in quantity but without further right against the seller.

### I.III.6. Distinciones previas

Como paso previo, es preciso mencionar que tanto el § 261 del *Second Restatement* como el § 2-615 del UCC se refieren a tres grupos de estándares previos necesarios para distinguir la *impracticability*. El primero se refiere a la destrucción de bienes previamente identificados, el segundo grupo se refiere a la aplicación de la *impracticability* sobrevenida a la que hay que distinguir de la previa; y, el tercer grupo se refiere al hecho de que la parte que pretende se aplique el remedio no debe haber conocido o no debe haber tenido razón para conocer los hechos que hicieron el cumplimiento de la obligación *impracticable*<sup>479</sup>.

#### **Destrucción de bienes previamente identificados y cumplimiento sustituto.**

El primer grupo de estándares es el que hace referencia a la destrucción de bienes determinados de forma previa. El UCC establece en este caso la regla contenida en la sección 2-613 que libera al vendedor (deudor) de responsabilidad en el caso de desaparición de mercancías que se hallen debidamente identificadas. Para ello se establecen dos criterios: si la pérdida es total, entonces el contrato se resuelve pero si la pérdida es parcial, se permite al comprador demandar la inspección de los bienes y a su elección pedir la resolución del contrato o aceptar los bienes remanentes solicitando la rebaja del precio establecida en el contrato para el caso de bienes deteriorados o deficientes, sin que se pueda generar derechos en contra del vendedor por este hecho.

Es interesante observar cómo las cortes han aplicado este criterio. En *ConAgra Inc. v. Bartlett Partnership*<sup>480</sup>, es un caso derivado de un contrato entre la división de comercio de granos de ConAgra, la Peavey Company y una sociedad de cuatro granjeros expertos del pueblo de Bartlett, Nebraska; esta sociedad designó a Roger Race para manejar la negociación. Race y compañía poseían una tierra que necesitaba ser mejorada por ser de calidad marginal, de modo que llegaron a un acuerdo con Peavey para llevar maíz a sus silos y arrastrar abono de un lugar cercano con el fin de mejorar la tierra. El acuerdo al que llegaron le permitía entregar una

---

<sup>479</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 641.

<sup>480</sup> *ConAgra Inc. v. Bartlett Partnership*, 540 NW 2d 333 (Neb. 1995), citado por Chamie Gandur, *Ibíd*, 312; un resumen del caso se lo puede encontrar en <http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/ConAgra.pdf>.

cierta cantidad de maíz a través de cuatro contratos; ejecutado el primero, la cosecha fue destruida por una granizada. Race se comunicó con el administrador de Peavey quien le indicó que seguramente encontrarían una forma de arreglar la situación. Al cabo de algunos meses y reuniones no se llegó a un acuerdo y ConAgra compró maíz en una localidad cercana para cumplir sus objetivos industriales. Peavey se negó al pago exigido en compensación aduciendo que el contrato se refería al maíz cultivado en la tierra de los granjeros y no a otro. La Corte aceptó el razonamiento de ConAgra y condenó a Race y compañía. La razón de la Corte de Nebraska para haber sentenciado de ese modo es que el maíz cuya venta se discutía no estaba debidamente identificado, es decir, se trataba de maíz sembrado y cosechado en tierra de los Estados Unidos continentales y en consecuencia, no era aplicable el principio de la sección 2-613.

Nuevamente, en el caso de la sección 2-613 se hace referencia a que el remedio contenido en dicha sección, solamente se aplica en caso de que no haya habido culpa del deudor, como veremos, lo mismo ocurre cuando se trata de la denominada “ejecución suplementaria o substituta”, analizada inmediatamente.

El UCC también contempla normas relacionadas con ocasiones en las que el envío de bienes se vuelve impracticable o el método de pago fracasa o se vuelve imposible debido a disposiciones gubernamentales. Esas normas se encuentran en la sección 2-614:

§ 2-614. SUBSTITUTED PERFORMANCE.

(1) Where without fault of either party the agreed berthing, loading, or unloading facilities fail or an agreed type of carrier becomes unavailable or the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable but a commercially reasonable substitute is available, such substitute 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.

En este caso, el UCC permite al deudor liberarse de su obligación en caso de que el lugar de carga, descarga o amarre ya no se halle disponible o la forma

acordada para el envío se haya vuelto comercialmente inviable, siempre y cuando no exista un sustituto comercialmente aceptable para la prestación de la obligación. Claramente este es el asunto referido a los denominados *Cannal cases*, analizados anteriormente. En parte de dichos casos, el UCC permitió la liberación solamente a través de la existencia de ese sustituto.

Más interesante es el asunto relativo al pago impedido por una norma legal nacional e internacional; en esos casos, el vendedor podrá detener la entrega de los bienes hasta que el comprador efectivamente provea seguridad de pago y, en el caso de que los bienes ya hayan sido entregados, el comprador se exonera de esta obligación a menos que la norma legal que impide el pago sea discriminatoria, opresiva o predatoria.

En relación a los casos de destrucción de bienes previamente identificados, Treitel considera que el primero de los casos en que se resolvió el caso de una *impracticability* que antecedió a la celebración de un contrato por destrucción del objeto del contrato es similar a uno de los denominados *Coronation Cases*; en *Griffith v. Brymer* el contrato de arrendamiento de la habitación desde la que observar la procesión de coronación de Eduardo VII, se celebró cuando ya había sido decidido que no habría procesión debido al problema de salud del futuro rey. En ese caso, el juez Wright, señaló que: “[t]he agreement was made on the supposition by both parties that nothing had happened which made the performance impossible. This was a missupposition on the state of the facts which went to the whole root of the matter. The contract was therefore void, and the plaintiff was entitled to recover his 100 pounds”.<sup>481</sup> Como se ve en ambos casos, es decir, destrucción de bienes previamente identificados y cumplimiento sustituto, el UCC establece mecanismos que podrían ser similares a ciertas figuras manejadas en otras jurisdicciones pero que no constan bajo el paraguas de *impracticability* o *frustration of purpose*.

### **Segundo grupo de estándares: ¿*Impracticability* previa o posterior?**

Podemos referirnos así al segundo grupo de estándares que es el relacionado con la *impracticability*, previa o posterior. Como bien lo señala Farnsworth, en ocasiones, la línea que separa la *impracticability* sobrevenida de la que existía ya al momento de celebrar al contrato (a la que nos referiremos simplemente como

---

<sup>481</sup> *Griffith v. Brymer*, 1903, un resumen del caso se halla en <http://www.kentlaw.edu/faculty/eharris/classes/contracts/cases/griffith/griffith.htm>

anterior) es difícil de definir ya que las reglas que regulan ambas instituciones son prácticamente las mismas; el tema se discutió con amplitud en *Northern Corp. v. Chugach Elec. Assn.*<sup>482</sup>, esta compañía contrató los servicios de Northern Corp. para transportar rocas sobre una capa de hielo mediante el sistema de arrastre de las mismas. Se comprobó que el sistema no era sustentable al punto que uno de los camiones de Northern se hundió en el agua helada pero Chughach insistió en el cumplimiento; Northern adujo que no podía cumplir por ser una obligación de imposible cumplimiento. Chughach consideró que Northern debió buscar una forma de cumplir; finalmente Northern demandó y la Corte de Alaska decidió que Northern tenía derecho a un reembolso debido a los altos costos que le demandó el incumplimiento de una obligación que se demostró imposible. Chughach solicitó nuevamente una audiencia sobre la base de que los casos que fueron citados por la Corte de Alaska no sustentaban la “teoría de cambio de órdenes” porque el método de transporte era producto de una especificación ordenada por el gobierno; porque el contratante se dio cuenta solo una vez iniciado el cumplimiento de que la obligación era imposible; y, porque la Corte habría considerado nociones de equidad y justicia que no habían sido invocadas por las partes. En este caso, la insistencia de Chughach de que se cumpla la obligación de la forma en que fue estipulada perjudicó su derecho ya que a pesar de que Northern le notificó de que no era posible cumplir el contrato en esas circunstancias, por una condición preexistente, Chughach insistió y en consecuencia modificó las órdenes que había dado inicialmente a Northern. El caso determinó que era imposible conocer el momento en que las circunstancias hicieron poco conveniente el cumplir la obligación. Si se trataba de una circunstancia previa o si surgió con posterioridad a la firma del contrato. La duda que surge de este tipo de eventos hace necesario analizar con Treitel el tema de la relación de la *impracticability* con el *mistake*.

Muchas veces la línea que separa ambas figuras, es decir el error y la *impracticability* especialmente aquella que existía ya al momento de celebrar el contrato, se vuelve confusa. De hecho, en el caso de *Griffith v. Brymer* las partes podían haber alegado perfectamente que debían ser excusados del cumplimiento del

---

<sup>482</sup> *Northern Corp. v. Chugach Elec. Assn.*, 518 P.2d 76, Alaska, modificada en 523 P. 2d 1243, Alaska, 1974, citado por Farnsworth, *Ibid.*, 641, un resumen del caso se halla disponible en <http://law.justia.com/cases/alaska/supreme-court/1974/1758-1.html> consultada por última vez en agosto de 2014.

contrato no porque el objeto del mismo se había frustrado sino sobre la base de que ambas partes había incurrido en error al momento de celebrar el contrato (mutual mistake)<sup>483</sup>. De hecho, como señala Farnsworth, cuando se alega *impracticability*, quien la alega debe probar que la obligación era *impracticable* para la parte o que el objeto del mismo se había frustrado; en el caso de error solamente es necesario demostrar que el error tuvo efectos materiales en el intercambio acordado y que dicho error se refiere a un hecho efectivamente existente y no una mera predicción errónea del futuro por lo que es más probable que la parte que alega “error” sea percibida más bien “como que produjo” el error de forma más enfática que en los casos de *impracticability*<sup>484</sup>. Para Farnsworth, la ventaja de alegar error se muestra claramente en los casos de avance tecnológico. En esos casos, es decir, en aquellas circunstancias en que las partes no pudieron lograr el avance tecnológico al que se comprometieron, la parte tendría dos caminos, el primero alegar error, el segundo, alegar *impracticability*. En el caso de que alegue error, la parte solo debe convencer al juez de que hubo un error en cuanto a un hecho existente (el denominado *state of the art* de la ciencia en ese momento) y no un mero error de predicción del futuro (que un avance tecnológico podría ser alcanzado); la ventaja, para Farnsworth, radica entonces en que es necesario solamente demostrar el error respecto al hecho y no a que la obligación se volvió *impracticable* es decir, por ilustrarlo con la terminología italiana, excesivamente oneroso.

### **Tercer grupo de estándares: Desconocimiento de los hechos**

El tercer grupo de estándares, se refiere al hecho de que la parte que pretende se aplique el remedio no debe haber conocido o no debe haber tenido razón para conocer los hechos que hicieron el cumplimiento de la obligación *impracticable*. En *Twombly v. Association of Farmworker Opportunity Programs*<sup>485</sup>, Twombly aceptó participar en un contrato de trabajo con la *Association of Farmworker Opportunity Programs*, AFOP en lo posterior, a cambio de una remuneración y de un seguro de hasta diez mil dólares; cuando Twombly sufre un grave accidente, solicita el pago de la indemnización pero solo recibe esa cantidad (10.000), sin embargo, existe la

---

<sup>483</sup> Farnsworth, *Ibíd.*

<sup>484</sup> Farnsworth, *Ibíd.*

<sup>485</sup> *Twombly v. Association of Farmworker Opportunity Programs*, 212 F.3d 80 (1st Cir. 2000), disponible en <http://openjurist.org/212/f3d/80/lilia-twombly-v-association-of-farmworker-opportunity-programs>

obligación de las empresas como AFOP de proveer un seguro de salud integral a favor de sus empleados; el contrato, redactado por la empresa presenta alguna ambigüedad sobre este punto por lo que, al haber sido redactado por la propia empresa, Twombly solicita que debe ser la parte que lo redactó quien cargue con el gravamen. Los jueces del primer distrito, al analizar la supuesta ambigüedad, determinaron lo siguiente:

AFOP is not entitled to relief under § 266(1). AFOP, an organization of national scope and the drafter of the form contract, cannot be said to be "without fault," or not to have reason to know of the definition of "participant" enacted in 1991. See *In re Estate of Zellmer*, 82 N.W. 2d 891, 894 (Wis. 1957) (holding that estate was not excused from performance under Restatement where decedent should have known of lapsed premiums on insurance policy). It is equally clear that the "fact" in question was material. AFOP knowingly promised workers' compensation, and Twombly relied on that promise in accepting AFOP's offer.

En consecuencia, se dictaminó que, con la finalidad de aplicar el remedio, la parte no puede desconocer lo que hace parte sustancial de su negocio y en consecuencia, la misma no puede alegar ese desconocimiento o que actuó sin culpa al momento de celebrar ese contrato, lo cual ratifica el papel importante de la culpa en los casos de *impracticability* anterior a la celebración de contrato.

### **I.III.7. Los requisitos legales de la *impracticability***

Tanto el el § 261 del *Second Restatement* como el § 2-615 del UCC exigen para la aplicación del remedio son los siguientes:

- a) El evento no previsto debe haber convertido el cumplimiento de la obligación en impracticable.
- b) La no ocurrencia del evento debe haber sido un presupuesto fundamental de las partes.
- c) La impracticabilidad debe haber ocurrido sin "culpa" de la parte que la alega.
- d) La parte que alega el remedio de la *impracticability*, no debe haber asumido una carga más grande que la ley impone<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 626.

### I.III.7.a. La *foresseability*.

*The special quality of hell is to see everything  
clearly down to the last detail.  
Yukio Mishima, The Temple of The Golden Pavilion*

La doctrina de la *impracticability* se fundamenta en la indagación central si la previsión de la ocurrencia de la circunstancia era una presunción básica sobre la cual el contrato fue celebrado; por eso para Brunner, la cuestión decisiva es determinar cuál de las dos partes asumió el riesgo de la ocurrencia del evento<sup>487</sup>. Farnsworth considera que la síntesis realizada por la sección 2-615 ocasiona, en el caso del juez que conoce la causa, una separación del principio general de que el obligado soporta la carga del incremento de la dificultad en el cumplimiento de la obligación<sup>488</sup>, de allí que sea fundamental conocer quien asumió el riesgo puesto que a partir de allí se puede hacer la distinción fundamental entre el cumplimiento meramente oneroso y el cumplimiento excesivamente oneroso.

Con la finalidad de explicar y graficar el concepto de la *foresseeability*, explicaremos brevemente dos formas de concebir el contrato (la primera lo entiende como un mecanismo para distribuir riesgos y la segunda como una herramienta de colaboración entre las partes) y luego revisaremos el mecanismo por el cual las cortes utilizan el concepto de *foresseability* en los contratos que son puestos bajo su conocimiento.

Como lo hace la mayor parte de la doctrina norteamericana, el contrato es concebido como mecanismo de distribución de riesgos, (...*the traditional refrain that contracts are legal devices for allocating risks between parties...*)<sup>489</sup> por lo que dicha corriente se sitúa en una construcción ideal que puede ser comprendida como un *complete contingent contract*<sup>490</sup>. Goetz y Scott lo describen de este modo:

---

<sup>487</sup> Brunner, *Ibíd*, 96.

<sup>488</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 625.

<sup>489</sup> Pratt, Walter, "Afterword, Contracts and Uncertainty", Notre Dame Law School, *Scholarly Works*, 1983, disponible en [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129), consultado por última vez en abril de 2014.

<sup>490</sup> Goetz y Scott critican la concepción del contrato como meramente contingente y se dirigen a formas más colaborativas, cfr. Goetz, Charles & Scott Robert, "Principles of relational contracts", *Virginia Law Review*, Vol. 67, Sept. 1981, No. 6.



...se presume que las partes que negocian o que están en situación de negociar, tienen la capacidad de, a un costo mínimo, distribuir explícitamente los riesgos que contingencias futuras puedan causar a uno u otro o lamentar haber suscrito un acuerdo en el que pueda ocurrir incumplimiento. Bajo estas condiciones, el rol de la norma legal puede ser definido de forma precisa. Una vez que las reglas subyacentes que regulan el proceso de negociación han sido especificadas, las reglas contractuales sirven como estándar o como distribución de riesgo común que pueden variar por un acuerdo individual de partes particulares. Estas reglas sirven al importante propósito de ahorrar a las partes el costo de negociar un acuerdo hecho a la medida. Si la distribución del riesgo (la colocación del riesgo) establecida por una norma legal fracasa o se adapta a las necesidades de las partes, las partes pueden negociar una distribución de riesgos alternativa. Todos los riesgos, en consecuencia, pueden ser asignados de forma óptima – sea por una norma legal o a través de un acuerdo individualizado - porque las contingencias futuras no son únicamente conocidas y entendidas al tiempo en que la negociación es alcanzada sino que también pueden ser conducidas por respuestas contractuales eficientes.<sup>491</sup>

Esta descripción parecería encajar de forma adecuada en la hipótesis de que, en caso de que las partes no hayan distribuido los riesgos de forma explícita, las normas legales actuarían por *default* en el sentido de proveer a las partes de soluciones para los casos en que no se previnieron explícitamente los riesgos, que es justamente la forma en que la cláusula *rebus sic stantibus* funcionaría. Por supuesto, si se llevara al extremo esta concepción nos abocaríamos, por un lado a enfrentar contratos sumamente detallados en los cuales, quienes tengan mejor información y poder de negociación se hallarían en mejor posición que su contraparte; y, por el otro, en el caso singular de que solamente aquellas relaciones legales en las que se pueda establecer absolutamente todas las contingencias y en consecuencia los jueces puedan ordenar su cumplimiento, merecerían denominarse contratos, como lo sugirió años atrás Walter Pratt<sup>492</sup>.

Sin embargo, existen otras formas de concebir los contratos y en especial los contratos complejos y de larga duración. Alain Supiot recuerda en la cultura contemporánea se pueden percibir procesos de contractualización y una ideología del

---

<sup>491</sup> Goetz & Scott, *Ibíd*, 1090.

<sup>492</sup> Pratt, Walter, Afterword: Contracts and Uncertainty, Pratt, Walter F., "Afterword: Contracts and Uncertainty" (1983). *Scholarly Works*. Paper 129.  
[http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129).

contractualismo<sup>493</sup>. La ideología dominante, señala este pensador francés, ha provocado que culturas ajenas a los procesos comerciales y epistemológicos de la cultura eurocéntrica hayan tenido que adoptar dos modelos de relaciones entre sus habitantes. En el caso de Japón, este país, durante la dinastía Meiji tuvo que adoptar dos modelos, uno para sus contratos con el exterior y otro que sustente su modo de vida inspirado en el confucionismo. Un elemento particular de esa conducta es que el contrato no es el único modelo de intercambio de bienes o servicios<sup>494</sup>; en esa cultura cerrada, el centro de gravedad no es el individuo y mucho menos su voluntad sino la armonía cósmica y social<sup>495</sup>. Una de esas formas de *intercambio* si se quiere llamarlo así, es la práctica japonesa del *giri* que es propio de culturas donde los lazos no se expresan mediante palabras intercambiadas sino a través de actos, Supiot señala que “...el mantenimiento (de las lazos) deriva de la capacidad de cada uno para sostener los vínculos que los ligan con los demás, de su aptitud para adecuar sus pretensiones al carácter cambiante de los hombres y las circunstancias.<sup>496</sup>” En consecuencia, el *giri* que podría traducirse como obligación, deber moral o deuda moral, no se resuelve cuando el objetivo es alcanzado sino que crea una cadena de obligaciones flexibles que se apoyan mutuamente y mantienen la armonía de la comunidad<sup>497</sup>. Ruth Benedict en su estudio sobre la cultura japonesa analiza las varias clases de obligaciones que adquieren los habitantes de ese lado del mundo, básicamente se distinguen dos, las denominadas *on* que se adquieren por el solo hecho de haber nacido, por el respeto a los padres, al emperador, etc y que no requieren pago matemático y equivalente y las obligaciones denominadas *giri* que se refieren a actividades relacionadas con personas desconocidas y que tienen que ver con la posición en la sociedad, cubre desde obligaciones por negligencia profesional, ignorancia, observancia del respeto o conducta debida hasta obligaciones de venganza. La definición dada de *giri* es “la vía correcta, el camino que el ser humano debe seguir...”, junto con *gimu*<sup>498</sup>, es decir las obligaciones derivadas de la

---

<sup>493</sup> Supiot, *Ibíd*, 131.

<sup>494</sup> Esta crítica es similar a la que hace Maurizio Lazzarato en “The Making of the Indebted Man” antes citado.

<sup>495</sup> Supiot, *Ibíd*, 131.

<sup>496</sup> Supiot, *Ibíd*, 133.

<sup>497</sup> *Ibid*.

<sup>498</sup> Son las obligaciones que se deben por ley.

actividad propia, completa el círculo de las obligaciones del japonés con el mundo<sup>499</sup>. Para Supiot, ese es el mecanismo cuya lógica permitió, a partir de los años ochenta del siglo pasado, el desarrollo de un concepto distinto de contratos en el mundo académico norteamericano, los contratos relacionales<sup>500</sup>.

En la doctrina norteamericana, los contratos relacionales (*relational contracts*) son aquellos en que las partes, a consecuencia de la complejidad de las relaciones mantenidas entre ellas y de la larga duración temporal de las mismas, no pueden describir todos los escenarios<sup>501</sup> de distribución del riesgo contractual por las dificultades prácticas<sup>502</sup> y cognitivas<sup>503</sup> que ello implica, por ello, las partes que pretenden entrar en este tipo especial de contratos cooperativos, desarrollan modelos que permitan afrontar las contingencias de forma conjunta y en consecuencia se han desarrollado modelos en especial para las figuras de agencia comercial, distribución, franquicias, joint ventures y contratos de trabajo y sobre todo, mecanismos para prevenir conflictos, como los denominados *dispute board*.

En consecuencia, un contrato es relacional, cuando:

...to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations. Such definitive obligations may be impractical because of inability to identify uncertain future conditions or because of inability to characterize complex adaptations adequately even when the contingencies themselves can be identified in advance.<sup>504</sup>

En este tipo de contratos en los que las partes se involucran con la finalidad de obtener una ganancia proveniente de la economía misma del contrato, las partes generalmente (se involucran con la finalidad de obtener esa ganancia) diseñan una serie de mecanismos que pueden producir un esquema no solo de prevención de riesgos sino además de solución y distribución de dichos riesgos por lo que se

---

<sup>499</sup> Benedict, Ruth, *The Chrysanthemum and the Sword*, New York, Houghton Mifflin Company, 2005, 136.

<sup>500</sup> Supiot, *Ibíd*, 135.

<sup>501</sup> Triantis, George, "Unforeseen contingencies. Risk Allocation in Contracts", University of Virginia, *School of Law Review*, 1999. En este artículo Triantis analiza desde el punto de vista de los contratos incompletos (*Incomplete contracts*) las razones por las que las partes entran en contratos de ejecución diferida, es decir en los que puede ocurrir un incumplimiento. Distingue, en su caso, dos tipos de contratos, los *market executory contracts* y los *off market executory contracts*. Respecto de los primeros considera que los mismos pueden desarrollarse hasta convertirse en contratos estocásticos cuya temática se desarrollará posteriormente.

<sup>502</sup> Goetz & Scott, *Ibíd*.

<sup>503</sup> Eisenberg, Melvin, "The Limits of Cognition and The Limits of Contract", Melvin Aron Eisenberg, 47 *Stan. L. Rev.* 211 (1995), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2016>

<sup>504</sup> Goetz & Scott, *Ibíd*, 1091.

considera, según Goetz & Scott, que las partes solo se obligan a través de un contrato de este tipo una vez que han evaluado métodos alternativos para alcanzar sus objetivos. Por supuesto, la misma crítica que se hace a la concepción tradicional de los contratos puede ser hecha a los contratos relacionales<sup>505</sup>. Es decir, a pesar de la existencia misma de mecanismos que las partes hayan establecido con la finalidad de resolver las contingencias imprevistas, dichos mecanismos pueden resultar inconsistentes con el objetivo final de las partes, incluso cuando una o ambas tengan la obligación de “hacer sus mejores esfuerzos” para lograr la consecución de sus objetivos negociales.

En ambos casos, es decir, en el caso de la visión tradicional de los contratos como en el caso de la concepción relacional de los mismos, la legislación y jurisprudencia norteamericana han desembocado en un punto de incertidumbre.

Esa incertidumbre es expresa en el caso de quienes consideran al contrato como un mecanismo para distribuir riesgos, puesto que es casi imposible humanamente predecir todos los riesgos (las soluciones jurisprudenciales sobre este tema llevan a pensar que solo quienes han hecho el intento por predecir el riesgo tienen derecho a invocar el remedio); es menos expresa en el caso de los *relational contracts*, sin embargo, incluso bajo este punto de vista, llega un momento en que el juez o el tribunal arbitral debe decidir respecto de esos mismos aspectos puesto que los mecanismos creados para resolver la falta de certeza en lo económico, no siempre desembocan en la certeza deseada pues, al momento de resolver la controversia aparece nuevamente el fantasma de la falta de certeza, lo cual sin duda es una ironía difícil de ser prevista.

Ocurre, como señala Pratt en su trabajo sobre los contratos de construcción, que por un lado las cortes profesan su doctrina de que las partes deben ejercer libremente su voluntad para obligarse como mejor consideren pero, cuando se trata de resolver una controversia, las cortes ordenan que esa libertad debe ejercerse dentro de ciertos límites. Por tanto, incluso en el caso que las partes libremente celebren un contrato entendido como mecanismo de distribución de riesgos, o cuando se trate de *relational contract*, el juez resolverá los límites dentro de los

---

<sup>505</sup> Barnett, Randy, “Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil’s Relational Theory of Contract”, Georgetown University Law Center, 78 *Va. L. Rev.* 1175-1206 (1992), disponible en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1254>

cuales es posible ejercer esa libertad, la cual no es una crítica de menor entidad ya que se refiere a la naturaleza misma del contrato<sup>506</sup>.

El resultado es que existen en la doctrina, legislación y jurisprudencia, ciertas áreas que están inundadas de indeterminación derivada de ese carácter hasta cierto punto contradictorio de la relación contractual, es decir, las partes libremente celebran el contrato pero es un tercero, el juez o el árbitro, quien determina los límites dentro del cual es legal ejercer esa libertad. Existen varias áreas afectadas de esa indeterminación en el derecho norteamericano, la que nos interesa en este trabajo es la *impracticability*. Como señala McLaughlin, esa indeterminación se deriva del marco analítico en que la misma es definida en la sección 2-615. Este marco está definido por varios elementos: i) según la sección 2-615 del UCC el remedio solo estaría disponible, en general, para vendedores y no a compradores; ii) la defensa se aplica únicamente en el caso en que la parte no se haya comprometido a una obligación mayor que la establecida en la ley, conforme lo señala expresamente la sección referida (McLaughlin lo resume así: si el vendedor asumió enviar los bienes de manera absoluta e incondicional, entonces el remedio no estaría disponible)<sup>507</sup>; y, iii) que, igualmente por mandamiento expreso, el remedio no está disponible si existe un sustituto comercial para el bien vendido<sup>508</sup>. En cualquier caso que se presente, McLaughlin sostiene que las cortes realizan un análisis dual sobre el evento inesperado que produciría un incremento en el cumplimiento del contrato, el primero es la *unforeseeability* y el segundo, la justicia de solicitar el remedio a la luz de ese hecho imprevisto.

Por otro lado, es posible acercarse a la definición de previsibilidad, desde el punto de vista exactamente contrario, es decir desde la imprevisibilidad o *unforeseeability*.

#### **I.III.7.b. La no ocurrencia como presupuesto fundamental**

Desde el punto de vista de la concepción tradicional o desde la propuesta de los contatos relacionales, cuando fracasan sus mecanismos de distribución de riesgos y prevención de disputas, es necesario analizar el literal a) de la sección 2-615 del

---

<sup>506</sup> Y es en parte la sustancia de la crítica feroz que se hizo alrededor de la forma en que el juez Teintelbaum resolvió el caso Alcoa, modificándolo.

<sup>507</sup> McLaughlin, *Ibíd*, 447.

<sup>508</sup> McLaughlin, *Ibíd*.

UCC, es decir la la ocurrencia de una contingencia cuya “no ocurrencia” haya sido una presunción básica sobre la cual el contrato fue suscrito (*if performance as agreed 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*). Para realizar este análisis las cortes recurren al concepto de la *foreseeability*. McLaughlin explica el procedimiento:

If the contingency was reasonably foreseeable, the seller will not be excused for performance, because the seller could have guarded against the occurrence of the contingency by including appropriate exculpatory language in the contract. To establish whether an increase in costs was foreseeable at the time the contract was made, courts will consider various factors, including the business sophistication of the seller and the specific risks to which the seller agreed in the sales contract.<sup>509</sup>

Es decir, si ocurre la contingencia, el vendedor será responsable en el caso de que no haya previsto la contingencia porque ese vendedor habría tenido la obligación de establecer dicha contingencia y la forma de distribuir los riesgos en ese mismo contrato. El único requisito para aplicar este concepto es que es necesario que la contingencia sea de aquellas que es posible prever. Si la contingencia no es de ese tipo, es decir, no es posible prever, entonces, si ocurre esa contingencia y esto le impide cumplir el contrato sin incurrir en un excesivo gravamen, el vendedor será excusado. El problema radica en diferenciar las contingencias cuya ocurrencia es posible prevenir de las que no es posible prevenir.

En esas circunstancias, podemos ver que en la jurisprudencia americana existen casos donde el juez parecería dar a entender que se otorga el remedio por el hecho de que efectivamente las partes establecieron en su contrato un mecanismo para enfrentar las contingencias imprevistas, pero, como las provisiones constantes en dichas cláusulas no fueron suficientes puesto que sus cálculos no pudieron prever que el cambio de entidad sería de tal entidad y en consecuencia, sus propias provisiones se quedaron diminutas ante la magnitud de la contingencia, el juez, efectivamente comprendió que se trataba de un evento de extraordinaria envergadura que afectó el equilibrio del contrato y concedió el remedio.

Ello equivaldría a considerar que se trató de un caso en que se concedió el remedio porque las partes si hicieron el esfuerzo de prever lo que podría ocurrir en el

---

<sup>509</sup> McLaughlin, *Ibíd*, 449.

futuro, algo así como una bonificación a la previsión de las partes. Este podría ser el punto más importante para el entendimiento de la forma en que se concibe la *impracticability* en la doctrina norteamericana, y en general en el resto de las academias, la *impracticability* se fundamenta en la necesidad de que las partes elaboren un contrato que se ajuste a las necesidades, que distribuya el riesgo de una forma adecuada y que en caso de que ello no sea posible, solo en esos casos se deba recurrir a la norma legal, es decir, la norma legal actúa en caso de que las partes no hubiesen redactado cláusulas donde se distribuyera el riesgo por cualquier razón, falta de tiempo, de medios, de voluntad o de conocimiento o que simplemente no era posible hacerlo.

### **I.III.7.c. La culpa en la *impracticability***

El marco referencial se encuentra en la sección 2-615 del UCC y su elemento central es justamente la *unforeseeability* cuyo objeto parecería ser, como hemos visto, la redistribución de los riesgos no previstos; para que ello ocurra, el vendedor tuvo que haber previsto el evento, si no lo previó, entonces es responsable, en consecuencia, aparece el primer elemento de la culpa en la configuración de la *impracticability*. Este elemento, al que siguiendo a Posner, llamaremos “culpa implícita”<sup>510</sup>, se asume, es decir, si no ha sido posible prever o si habiendo sido posible, no se ha querido, entonces se asume que el responsable de esa omisión es responsable y en consecuencia no se le concede el remedio. Se entiende de forma implícita que el vendedor ha actuado con culpa.

Surge un problema adicional. Como mencionamos en otro momento, en las actuales circunstancias, con el desarrollo de tecnologías de la información capaces de desarrollar herramientas como el *big data* y, con los aportes de las ciencias económicas especialmente los trabajos de Kondratiev y Schumpeter<sup>511</sup>, es poco

---

<sup>510</sup> Posner, Eric, “Fault in contract law”, *Michigan Law Review*, Vol. 107, No. 8, Symposium Fault in American Contract Law, Jun. 2009, 1431-1444.

<sup>511</sup> Blanco, Andrés, ¿Por qué es importante el tiempo en el derecho?, en *Ruptura. Revista Interdisciplinaria de Análisis Jurídico*, Sociedad de Análisis Jurídico, Montevideo, No. 3, Agosto 2012, 39. En este artículo Blanco explica la influencia de tiempo como variable normativa para lo cual recurre al trabajo de Kondratiev y deja en claro la influencia de los ciclos económicos sobre las crisis globales para lo cual establece ciclos de 40 años sin considerar la variable tecnológica. Como corolario de trabajo de Kondratiev, es necesario volver la mirada sobre la obra de Schumpeter en el que coincide en términos generales con la teoría de los ciclos económicos solo que subrayando el papel del capital financiero y la tecnología en la aceleración de los mismos, se puede revisar la obra “Análisis

probable que la experiencia comercial acumulada de empresas de todo tipo así como la jurisprudencia acumulada sobre este tema no haya logrado establecer mecanismos de prevención de contingencias evolucionados.

En 1992, McLaughlin ya enfatizaba este hecho<sup>512</sup>, puesto que, tomando en cuenta la volatilidad de la mayoría de *commodities* era poco probable que las cortes hubieran otorgado el remedio por un incremento desproporcionado de cualquier *commodity*, el cobre por ejemplo. De hecho, hay jurisprudencia en la que los jueces negaron el remedio en contratos relacionados con petróleo puesto que un comerciante de una materia prima, el petróleo por ejemplo, no podía desconocer la volatilidad de ese mercado y en consecuencia, debía haber previsto obligatoriamente las contingencias necesarias para precaverse porque, caso contrario, la corte entendería que el vendedor habría aceptado vender los bienes al precio establecido en el contrato, *despite any increases in the cost of manufacturing the goods*<sup>513</sup>.

La regla sería, en consecuencia, que en contratos de largo plazo, las partes tienen que hacer el esfuerzo de determinar la forma en que distribuirán los riesgos en caso de contingencias. Si las partes no lo hacen, entonces, el obligado es responsable por no haberlo previsto, lo cual obviamente pierde de vista el hecho de que no todas las partes tienen el mismo nivel de información ni de que las partes concurren a la negociación en igualdad de circunstancias y poder, lo cual también es solamente un ideal.

Surge claramente, en estas circunstancias, la duda sobre lo acertado que es dejar que la carga recaiga sobre el vendedor que no pudo (por falta de información o poder de negociación) prever una contingencia; las cortes han entendido este problema y en consecuencia, a la hora de valorar la posibilidad de prever, toman en cuenta la condición de la parte ya que no equiparan el conocimiento de una empresa sofisticada con un usuario común.

De otro lado, si el vendedor no quiso prever, que es lo que sugeriría el análisis que hace McLaughlin y la jurisprudencia en la que se fundamenta, o no se pronuncia sobre este tema, entonces, llegamos a un camino sin salida puesto que el contrato es un acuerdo de voluntades y no la expresión unilateral de una sola voluntad.

---

del cambio económico” en <http://www.eumed.net/coursecon/textos/schump-cambio.pdf> consultada septiembre 2015.

<sup>512</sup> McLaughlin, *Ibíd.*, 449.

<sup>513</sup> McLaughlin, *Ibíd.*



Desde este punto de vista, existirían dos momentos en que es necesario analizar el tema de la culpa en el tema de la *foreseeability*<sup>514</sup>, cuando el vendedor teniendo la obligación de prever, no lo hace porque no puede ya que no tiene el conocimiento, entonces, se trataría de una sanción por no actuar al menos con la diligencia necesaria; el otro momento es cuando el vendedor teniendo la obligación de prever, no lo hace porque no puede acordar con la otra parte que se incorporen cláusulas que distribuyan el riesgo. En este caso se presentan dos escenarios adicionales, si con el fin de precaver el riesgo por futuras contingencias esta parte puede contratar un seguro contra toda contingencia, el contrato podría haber sido firmado a pesar del costo que requería contratar seguridades adicionales, es decir, el contrato, con el fin de precaver las contingencias, se encarecería para una de las partes; si, por otro lado, la parte no puede contratar el seguro, entonces esta parte tiene dos alternativas, no firma el contrato o sí lo hace.

En el caso de que no firme, en relación con esta alternativa, no existen consecuencia porque simplemente no hay contrato y la parte no puede acceder al producto o servicio<sup>515</sup>; por otro lado, si firma el contrato, entonces, sigue siendo responsable por cuanto habría afrontado una contingencia a pesar de conocer que, en caso de que ocurra, él sería el responsable. No se hace mención alguna al papel que juega la otra parte, es decir, la que suscribió el contrato que sufre la contingencia.

El segundo análisis que McLaughlin lleva a cabo, es el relativo al hecho de que si la ocurrencia del hecho provocó o no que el contrato sea *impracticable*. Con ese objetivo, el vendedor debe demostrar que la contingencia ocurrida incrementó de tal forma el costo del contrato que lo volvió excesivamente oneroso (no meramente más caro); a diferencia de la legislación italiana, la norteamericana no analiza el tema de la excesiva onerosidad ni establece un parámetro para considerar un hecho de ese modo. En Italia, como se verá, se establece una suerte de *favor debitoris* en el sentido de que si la onerosidad es excesiva en tanto y cuanto produce la ruina del deudor, con el fin de evitarla, se le concede el beneficio. En la jurisprudencia norteamericana no se encuentra un valor jurídico de esa naturaleza. En consecuencia, también el

---

<sup>514</sup> El otro momento se refiere a la calidad del desempeño del vendedor, que lo veremos más adelante.

<sup>515</sup> No nos referiremos a los contratos de consumo puesto que los mismos se hallan protegidos por la disciplina de defensa del consumidor y a otras reglas de autonomía de voluntad y libertad de y para contratar.

parámetro con el que se discutirá si el cumplimiento de la obligación es excesivamente oneroso, es igualmente, un concepto indeterminado.

En relación al elemento de la *foreseeability* como elemento nuclear de la *impracticability* se ha pronunciado recientemente Jennifer Camero que puntualiza:

Even if foreseeability were included in Article 2 or the Restatments, such inclusion would be improper. The failure of allocate a foreseeable risk does not mean the parties meant to allocate that risk to the obligor; the parties may not have actually foreseen the foreseeable event or were unable to agree upon risk placement due to time, money, or disagreement.<sup>516</sup>

Para Camero, los modernos estudios de comportamiento económico que han desarrollado conceptos como *bounded rationality*, *confirmation bias* y *hindsight bias* han demostrado que el énfasis en lo *foreseeable* se basa en argumentos mal informados y no factibles<sup>517</sup>. Como habíamos señalado antes, Camero insiste en el hecho de que el test de *foreseeability* no se deriva del texto de la sección 2-615 del UCC ni de la sección 216 de los Restatements. La sección 2-615 se refiere a la ocurrencia de hechos cuya no ocurrencia haya sido una presunción básica de las partes y los comentaristas de la 261 indican que incluso en el caso de que el hecho haya podido ser previsto e incluso lo haya sido, no implica que su ocurrencia no era una *basic assumption* de las partes (*The fact that the event was foreseeable, or even foreseen, does not necessarily compel a conclusion that its occurrence was not a basic assumption*)<sup>518</sup>. Para Camero, el uso de categorías como *unforeseen* se desprende del mismo modo de los comentarios oficiales de la sección 2-615 que indican: “This section excuses a seller...where his performance had become commercially impracticable because of *unforeseen* supervening circumstances not within the contemplation of the parties at the time of contracting.”

Como se ve, si bien en el texto oficial del UCC y de los Restatments no existe una referencia al uso del concepto de *unforeseen* dicha referencia sí existe en los comentarios a ambas normas. Como vimos anteriormente, existe una amplia polémica respecto del uso de los comentarios para la interpretación de las normas del UCC; sin embargo, más allá de la obligatoriedad o no de dichos comentarios sigue existiendo un problema conceptual incluso con el texto de los comentarios ya que

---

<sup>516</sup> Camero, *Ibíd*, 4.

<sup>517</sup> Camero, *Ibíd*, 5.

<sup>518</sup> Camero, *Ibíd*, 10.

existe una clara diferencia entre *unforeseen* que es lo que dice el comentario y *unforeseeable* que es lo que las cortes utilizan. Camero lo explica de este modo: “Unforeseen means that the parties did not actually anticipate the event, while unforeseeable means the event was not capable of being anticipated....Rather than inquire into whether the parties actually anticipated the event, courts incorrectly look to whether the parties should have anticipated the event.”<sup>519</sup>

Por supuesto, como señalamos, en la actualidad, con la experiencia recogida el estado de la ciencia, la tecnología y de la práctica gerencial es probable acceder a catálogos de riesgos o a fuentes que reconozcan la potencialidad de los mismos, por lo que Camero concluye que con este punto de vista, la utilidad de la *impracticability* como entidad de excusa queda reducida a casi nada<sup>520</sup>. Es probable que esta sea la causa por la que se haya incorporado como criterio de responsabilidad para el deudor, el hecho de que no haya previsto en el contrato la distribución de riesgos y al no hacerlo, sea condenado en virtud de una culpa bastante *sui generis*.

Lo mismo ocurre con la conclusión repetida por las cortes de que si no se ha previsto el hecho, entonces el responsable debe ser el deudor (opinión que no es compartida por los comentaristas de la sección 261 de los *Restatments* que señalaban que “(f)actors such as the practical difficulty of reaching agreement on the myriad of conceivable terms of a complex agreement may excuse a failure to deal with improbably contingencies<sup>521</sup>), como vimos antes, la falta de previsión se puede derivar de una serie de factores, uno de los cuales es sin duda el hecho de no haber previsto algo, pero del mismo modo, intervienen factores como los cognoscitivos (la denominada *bounded rationality* a la que nos referimos antes), el hecho de que la otra parte simplemente no aceptó incluir esa u otras contingencias en el contrato, etc.

Como hemos visto, tanto la sección 2-615 del UCC como la 613 del *Restatement Second of Contracts*, se refiere o incluyen como elemento determinante que el deudor no haya actuado con culpa. No es, por supuesto, objetivo analizar el

---

<sup>519</sup> Camero, *Ibíd.*

<sup>520</sup> Por supuesto que nos referimos aquí a relaciones contractuales entre contratantes sofisticados y no con meros ciudadanos incapaces de acceder a esas fuentes de información por desconocimiento o costo; pero es prácticamente inaceptable cuando la operación comercial es llevada a cabo por expertos en el negocio.

<sup>521</sup> Camero, *Ibíd.*, con cita de Speidel, Richard, “Court-Imposed Price Adjustments Under Long Term Supply Contracts”, 76 *Nw. U.L. Rev.* 369, 373 (1981).

tipo de culpa a la que se refiere la legislación norteamericana sino solamente señalar el hecho de que existe en esta legislación un elemento de culpa implícita.

Tanto Posner como Eisenberg concuerdan en afirmar que el sistema de *strict liability* no es uniforme<sup>522</sup>. En el derecho de contratos anglosajón, si bien basado en un sistema de *strict liability*, existen lo que Eric Posner denomina *pockets of fault*, en los cuales nociones basadas en la culpa como buena fe, *best efforts*, etc., aparecen en el sistema con el fin de garantizar que las obligaciones sean razonables antes que absolutas<sup>523</sup>. De su parte Eisenberg, señala que es un error considerar al sistema contractual norteamericano como basado únicamente en un sistema de *strict liability* puesto que hay grandes áreas del derecho de contratos fundadas en el concepto de culpa y llega a señalar que la culpa es un elemento que penetra todo el sistema contractual a pesar de la declaración del *Restatement Second of Contracts* que en su nota introductoria señala: "*Contract liability is strict liability. It is an accepted maxim that pacta sunt servanda, contracts are to be kept. The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault...*"<sup>524</sup>. Sin embargo de esta sólida declaración de los comentaristas del *Restatement Second of Contracts*, Eisenberg delinea dos reglas de las cuales se desprende el "evidente" papel que la culpa tiene en el sistema americano. El primer principio<sup>525</sup> hace referencia a la obligación de la ley de llevar a cabo los objetivos que las partes han asumido en sus promesas. El segundo principio indica que las reglas que determinen las condiciones y limitaciones de esa obligación de la ley de llevar a cabo los objetivos que las partes han asumido en sus promesas, deben tomar en cuenta todas las proposiciones morales, políticas y empíricas relevantes. En base a esos dos principios y como marco de referencia a la ley de contratos, Eisenberg clasifica a la

---

<sup>522</sup> Para un análisis más allá del tema tratado en esta tesis, ver Cohen, George, "The Fault That Lies within Our Contract Law", *Michigan Law Review*, Vol. 107, No. 8, Symposium: Fault in American Contract Law (Jun., 2009), 1445-1460.

<sup>523</sup> Posner, Eric, "Fault in contract law", *Michigan Law Review*, Vol. 107, No. 8, Symposium Fault in American Contract Law, Jun. 2009, 1431-1444.

<sup>524</sup> Eisenberg, Melvin, "The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation", Mistake, and Nonperformance, *Michigan Law Review*, Vol. 107, No. 8, Symposium: Fault in American Contract Law (Jun., 2009), 1413-1430.

<sup>525</sup> Eisenberg las expresa así: "First. If, but only if, appropriate conditions are satisfied, and subject to appropriate constraints, the law should effectuate the objectives of parties to promissory transactions. Second. The rules that determine the conditions to, and the constraints on, the legal effectuation of the objectives of parties to promissory transactions, and the way in which those objectives are to be ascertained, should consist of those rules that best take into account all relevant moral, policy, and empirical propositions." en Eisenberg, *Ibíd*, 1413.

culpa en dos grupos, el uno referido a la violación de normas morales fuertes, como el no mentir y la violación de normas morales más débiles, como la obligación de actuar como el cuidado debido en relación a los intereses de los demás<sup>526</sup>.

En lo que tiene que ver con la *impracticability*, Eisenberg recurre, para demostrar su teoría, al *Restatement Second of Contracts*, en cuya sección 216 se señala:

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.

***La culpa como requisito para acceder al remedio: Eisenberg***

El caso de la *impracticability* es bastante especial pues de forma expresa usa la expresión culpa. Eisenberg dice que la culpa puede ser entendida de dos maneras; la tradicional, que es una suerte de interruptor que permite al deudor acceder o no al remedio de la *impracticability*, es decir, si actuó con culpa no puede apelar a dicha excusa pero si lo hizo sin culpa, puede hacerlo. La otra forma de entender a la culpa en este caso es el de una suerte de *dimmer* que sirve para graduar el grado de responsabilidad del deudor: el deudor puede haber actuado con negligencia grave (*gross negligence*) o con negligencia leve. En el caso que ocurra una circunstancia inesperada, y la culpa del deudor sea menor, se le concederán al acreedor los denominados *reliance damages* que no son sino los daños que le corresponderían si nunca hubiese existido el contrato, de hecho la sección 272 de los *Restatement Second* señala:

§ 272. Relief Including Restitution; Supplying a Term

(1) In any case governed by the rules stated in this Chapter, either party may have a claim for relief including restitution under the rules stated in § 240 and 377.

(2) In any case governed by the rules stated in this Chapter, if those rules together with the rules stated in Chapter 16 will not avoid injustice, the court may grant relief on such terms as justice requires including protection of the parties' reliance interests.

Lo interesante del análisis de Eisenberg es que fundamenta explícitamente su concepción de culpa en una norma moral; al contrario de lo que una primera lectura nos podría sugerir, y si bien Eisenberg se refiere a jurisprudencia donde las cortes

---

<sup>526</sup> Eisenberg, *Ibíd*, 1414.

revisan los actos del deudor a la luz del concepto de culpa, el autor norteamericano lo que hace de forma expresa es hacer nacer este derecho de la moral. Si revisamos sus conclusiones veremos que se refiere a una culpa con fuente en la moral, no en el derecho. Revisemos sus palabras.

Eisenberg señala que no es sorprendente que la culpa juegue un papel fundamental en el sistema de contratos, es más, le sorprendería que no fuera así. Por dos razones, la primera es porque las normas morales forman bloques fundamentales (*basic building blocks*) en todos los campos del derecho; y en segundo lugar porque sin las normas morales, el sistema de contratos se vería socavado. Para él, el sistema de contratos se vería disminuido si no se apoyara en un trípode, cuyas patas serían los remedios legales, los efectos reputacionales y la internalización de las normas sociales :

These three legs are mutually supportive. Legal rules and reputational effects reinforce legal rules rest in significant part on social norms, reputational effects rest in significant part on social norms, and social norms. All three of these legs are necessary to ensure the reliability, and therefore the efficiency, of the contracting system.<sup>527</sup>

Las tres patas se soportan mutuamente; las reglas legales descansan en significativa medida en normas sociales que a su vez son reforzadas por las reglas legales y los efectos sobre la reputación. Los tres elementos son necesarios para asegurar la confiabilidad y en consecuencia, la eficiencia del sistema de contratos. Las normas legales no son suficientes por sí solas para mantener el sistema porque arreglar disputas es costoso e impredecible; la norma moral no es suficiente porque no todos la internalizan y tampoco es posible solo confiar en los efectos sobre la reputación, porque muchas veces es difícil conseguir información confiable y porque con frecuencia se la ignora a pesar de ser conocida. En consecuencia, lo que sea que afecte a una de las patas afecta a todo el sistema y en especial a su eficiencia. El carácter que delinea su teoría sobre la culpa en el sistema legal norteamericano es el rasgo que atribuye a la misma. Eisenberg dice que si se rechazara la idea de que la culpa no forma parte del sistema de contratos, este perdería parte de su eficiencia en tres sentidos: el primero, llevaría a las partes a hacer uso de remedios extracontractuales, como seguros de depósito para hacer cumplir los contratos;

---

<sup>527</sup> Eisenberg, *Ibíd.*

disminuiría la fuerza de la reputación porque la restricción que implica el buen nombre radica sobre todo en normas morales; y, tercero, incrementaría la necesidad de recurrir al litigio, que es costoso y opuesto a la norma moral de que los contratos deben ser cumplidos, que no es costoso<sup>528</sup>. Esta sin duda es una explicación elegante y proporcionada de la necesidad de que la culpa forme parte de un sistema contractual. La pregunta que puede hacerse, sin embargo, es si el concepto de culpa, utilizado en ese sentido, no se refiere más a un deber ser, a una suerte de concepción moral de culpa en especial al hablar de valores internalizados. Es probable que sea así, sin embargo, el uso de la jurisprudencia de Massachusetts hace pensar en otra posibilidad de interpretación de su texto. Es probable que se refiera a la culpa sea entendida desde el punto de vista jurídico. Existen otras dos formas de afrontar este problema, analizaremos brevemente la postura de Eric Posner y la James Gordley.

#### *La culpa implícita de Eric Posner*

Eric Posner considera que en algunas instituciones del derecho norteamericano, el estándar de culpa podría servir para explicar la forma en que han actuado algunos jueces. Para Posner, existen dos formas de entender la culpa, en el denominado *tort law* y en el *contract law*. En el derecho de daños, el demandante debe probar que el demandado actuó con negligencia y la corte comparará el comportamiento del deudor a la luz de algún estándar sustantivo de culpa; en el caso que se analice el rompimiento de un contrato, las cortes usualmente no realizan esa operación, sin embargo, sostiene que las cortes aplican un estándar de culpa implícita en el sentido de liberar al deudor de su obligación si su incumplimiento fue no intencional<sup>529</sup>. Veámos cómo Posner describe el estándar de *impracticability*:

The impossibility and impracticability doctrines (henceforth, I will mention only the latter) provide that a promisor is excused from performance when performance is “impracticable.” The standard interpretation of this doctrine is that performance is excused only when it is extremely costly, not when it is merely not cost justified to perform in the sense meant in this Article. Thus, one might be led to believe that the impracticability doctrine applies only when performance is rendered excessively costly on account of risks that could not have been prevented, and when the promisee is the cheaper risk bearer.

---

<sup>528</sup> Eisenberg, *Ibíd*, 1430.

<sup>529</sup> Posner, *Ibíd*, 1437.

Eric Posner considera que se pueden hacer dos interpretaciones. La primera, que la *impracticability* solo es aplicable cuando el cumplimiento de la obligación se ha hecho excesivamente costoso tomando en cuenta los riesgos que no pudieron ser previstos y cuando la persona a quien se hizo la promesa puede soportar el menor riesgo; el problema para Posner es que a pesar de ello, las partes terminarían siendo neutrales al riesgo porque en la mayoría de casos, éstas podrían haber contratado un seguro contra esos riesgos o simplemente debido al tamaño de sus economías. La segunda lectura de esta doctrina es la que se aplicó en los casos que podrían surgir a partir de hechos similares a los del cierre del canal de Suez; en ese caso, un transportista se compromete a entregar determinados bienes en un destino determinado dentro de un plazo fijado pero debido al cierre del canal, no puede entregarlos; las cortes no responsabilizaron directamente al transportista ni analizaron la aversión al riesgo de la parte sino que revisaron si el transportista pudo haber cumplido su obligación si tomaba precauciones racionales, por ejemplo, insiste Posner, esperar a una cierta distancia del canal para revisar los posibles acontecimientos y dependiendo de ellos tomar una ruta alterna menos costosa; en estos casos, las cortes fueron más proclives a permitir el remedio en los casos en que se analizó la conducta de las partes pues las mismas estaban influenciadas por la noción de culpa. Del mismo modo que Eisenberg, Posner recurre al texto de la sección 261 del *Second Restatement* en el cual se libera al deudor en caso de que el cumplimiento de la obligación se haya vuelto *impracticable* sin la culpa del obligado<sup>530</sup> por lo que aparecería que, según Posner, existe un régimen de negligencia: “Recall that under the negligence regime, the promisor is liable if (1) he fails to perform when performance is cost justified, or (2) he fails to perform and performance is not cost justified only because the promisor failed to take cost justified precautions.”<sup>531</sup>

Desde ese punto de vista, si *impracticable* es “not cost justified” y si *fault* significa “*failure to take cost justified precaution*”, para Posner, la norma contenida en la sección 216 tendría el mismo sentido que la regla de negligencia del derecho norteamericano: el obligado puede utilizar el remedio si el cumplimiento no es “cost

---

<sup>530</sup> Además de la verificación del resto de requisitos, se entiende.

<sup>531</sup> Posner, *Ibíd*, 1438.



justified” y si no hubiera requerido que obligado hubiera tomado precauciones justificadas en el costo.

Por otra parte, para Posner, la frase *basic assumption* (que es la segunda parte de la sección 261 del Second Restatement) sería necesario de ser interpretada en el sentido de que cualquier evento volvería al cumplimiento como no justificado lo cual haría absurda esta interpretación más aún cuando no se ha establecido una definición de *basic assumption*. Posner critica el hecho de que muchos estudiosos hayan regresado al tema de la *foreseeability* ya que al hacerlo, alegan que solo se aplica la doctrina de la *impracticability* en los casos en los que el evento no era previsible, lo cual no hace sentido para este autor ya que lo que importaría es determinar si el costo del cumplimiento se ha vuelto o no oneroso para la parte obligada; en otras palabras y siguiendo el ejemplo de Posner, todos los vendedores conocen que sus costos se incrementarán si no han previsto el evento particular que provoca el incremento de costos por lo que según este autor no se hace violencia a la sección 261 del *Second Restatement* si se lo interpreta conforme los estándares de negligencia.

La consecuencia de esta aproximación radica en que el demandante tendría derecho a recuperar esos costos en caso que demuestre que los daños causados por rompimiento del contrato fueron debidos a conductas arbitrarias de la parte demandada y no por una conducta involuntaria<sup>532</sup>, de allí que, como vimos en el caso inglés, sea preciso en primer lugar verificar el cumplimiento de lo que las partes han acordado en el contrato y de ahí que Posner haya preferido referirse a este parámetro en el derecho norteamericano como la *culpa implícita*.

#### La doctrina fallida de Gordley

De su parte James Gordley, considera que la doctrina de la *impossibility* es una doctrina fallida a la luz de sus propios estándares<sup>533</sup>.

Si bien Gordley acepta que el origen de esta doctrina se halla en la máxima romana contenida en el Digesto de que *impossibilium nulla obligatio est*<sup>534</sup> y que en general esta norma no ha sido aceptada por el derecho anglosajón, el hecho de que se haya tratado a esta doctrina como una doctrina separada de cualquier noción de culpa, solo ha provocado mayor confusión. Para Gordley esa es la alternativa que

---

<sup>532</sup> Posner, *Ibíd*, 1443.

<sup>533</sup> Gordley, James, “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”, *American Journal of Comparative Law*, Summer 2004, 513-530.

<sup>534</sup> D. 50, 17, 185.

usaron los juristas alemanes al ubicar como centro de la discusión no la culpa sino más bien un sistema de distribución de riesgos, como se muestra en la sección dedicada a la discusión alemana. Pero esa explicación es inútil cuando se trata de explicar porqué el riesgo debe nacer de una de las partes y no de la otra<sup>535</sup>. Richard Posner y Andrew Rosenfield intentaron dar una explicación al respecto<sup>536</sup>. Para estos autores, una parte puede soportar mejor el riesgo si pudo preverlo, asegurarse contra el mismo o prevenir mejor sus consecuencias, pero esa prevención, en el caso de una guerra, por ejemplo, está fuera de las previsiones de las partes porque usualmente éstas no son capaces de prevenir una guerra o de comprar un seguro en contra de la misma, de modo que si se pregunta a las partes cuál de ellas está involucrada en una transacción ocurrida durante una guerra o previo al estallido de una guerra, es probable que no exista una respuesta clara<sup>537</sup>. Lo que hace que las partes, según la crítica que Gordley realiza a Posner, se enfrasquen en sus actividades, esto es embarcar y recibir la carga, lo que mostraría un factor determinante, el control. No el control sobre el hecho imprevisto, la guerra por ejemplo, sino sobre los actos de los proveedores, trabajadores o sus propias condiciones financieras. Con el control sobre esos aspectos, la parte estaría en capacidad de disminuir los efectos de las circunstancias no previstas, y desde ese punto de vista, se pregunta Gordley, ¿por qué una parte debe ser considerada responsable si prueba que tomó todas las precauciones para evitar el riesgo?

Antes de dar la respuesta, Gordley propone aún otra crítica a la forma en que se percibe el tema de la culpa en la distribución de riesgos por hechos sobrevenidos no imputables a las partes. Gordley enfila sus argumentos en contra de la explicación usual del sistema de Unidroit. Este sistema, recordemos, sugiere que el remedio debe ser concedido cuando se han roto la equivalencia entre las prestaciones de cada una de las partes. En el artículo 6.2.2 de los UPICC, se establece que existe *hardship* cuando la ocurrencia de ciertos eventos altera fundamentalmente el equilibrio del contrato, sea porque el costo de cumplimiento de una de las partes se ha incrementado o porque el valor de lo que la parte recibiría ha disminuido, siempre y

---

<sup>535</sup> Gordley, *Ibid*, 523.

<sup>536</sup> Posner, Richard et Rosenfield, Andrew, "Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 83-118, The University of Chicago Law School, The University of Chicago, 1977

<sup>537</sup> Gordley, *Ibid*, 523.

cuando el riesgo del evento no haya sido asumido por la parte en desventaja, y eso dependerá, por supuesto, del tipo de riesgo que se ha transferido. El ejemplo que usa Gordley, es el del contrato de seguro, en el cual, la parte asegura su casa por dos mil dólares pero recibe cien mil en el caso de un siniestro, nada parecería que rompe más el equilibrio entre las partes, pero lo que importa en el contrato de seguro es, justamente, el tipo de riesgo que se transfirió entre las partes, en otras palabras, otra forma de resolver el tema es determinar los riesgos que la parte que incumple asumió<sup>538</sup>; como veremos inmediatamente, este es justamente la pregunta que se hacen los jueces norteamericanos de forma continuada, es decir, qué riesgos asumieron las partes al momento de la celebración del contrato.

Desde ese punto de vista, la culpa se convierte en un elemento fundamental a la hora de determinar el riesgo que las partes transfirieron con el contrato que decidieron suscribir. Para explicarlo Gordley señala que los contratos son más bien acuerdos a los que las partes llegan con el fin de producir cierto tipo de resultados antes que convenios en que las partes se obligan meramente a realizar sus mejores esfuerzos por obtenerlos por lo que las partes pueden suscribir contratos de dos tipos, o contratos a precio fijo, en los cuales una de las partes soporta el riesgo de cambio de precio o a precio variable, en el cual ambas partes distribuyen ese riesgo. La razón por la que las partes entran en un contrato de costo variable es bastante práctica; en ellos es difícil de probar que la parte que debe cumplir utilizó un esfuerzo razonable para mantener los costos del contrato bajo control, que es la misma dificultad que se encuentra en probar la razonabilidad de los esfuerzos de una de las partes para llevar adelante un contrato. La consecuencia que extrae Gordley de este principio es la siguiente: en este tipo de casos, al estar cubiertos los riesgos por hechos no previstos, no puede aplicar la doctrina puesto que las partes ya decidieron cómo transferirlos al momento de celebrar el contrato. Una de las aplicaciones de este principio se da en casos donde se alega cambio de circunstancias debido a fluctuaciones de mercado.

En casos de cambios radicales de mercado debido a incrementos excesivos de precio o disminuciones dramáticas en el mismo, las cortes analizan en primer lugar la razón por la que las partes han decidido fijar el precio de su contrato a un nivel

---

<sup>538</sup> Gordley, *Ibíd.*, 534.

determinado, en otras palabras porqué las partes han decidido asegurarlo en un nivel determinado.

En Alemania las cortes otorgaron el remedio a consecuencia de las fluctuaciones derivadas de la Primera Guerra Mundial mientras que en Estados Unidos surgieron los denominados *Uranium*<sup>539</sup> *cases* donde se descartó el remedio en algunas controversias mientras en otras se lo aceptó a pesar de no haber estado nunca en guerra. La razón por la que los jueces norteamericanos rechazaron el argumento del incremento de los precios es la siguiente: si el propósito de las partes al celebrar el contrato fue de comprar el uranio para generar energía que sería vendida al público y en consecuencia obtener una ganancia a partir de esa operación, si el costo del uranio se incrementa a tal punto que no genera dicha ganancia, entonces la pregunta que se plantea es, ¿las partes podrían haber vendido en el mercado ese mismo uranio para obtener esa ganancia que tanto anhelaban? Esta segunda alternativa, para Gordley es claramente una apuesta porque las partes no podían prever el incremento del precio del uranio y permitir a una de ellas aprovecharse de ese incremento es permitirle beneficiarse de un riesgo no previsto por ellas y el hacer apuestas no era el cometido que las partes tenían en mente cuando suscribieron el contrato.

#### **I.III.7.d. La distribución de riesgos**

La ocurrencia de eventos no previstos por las partes permite que el obligado se libere de la obligación bajo ciertas circunstancias; sin embargo, al igual que en otros sistemas, usualmente ocurre que las partes prestan más atención a describir las prestaciones que esperan antes que construir los escenarios en que las partes dejen de cumplir las mismas. Como lo señala Melvin Eisenberg:

Contracting parties will normally find it relatively easy to evaluate proposed performance terms, such as subject matters, quantity and price. In contract, at the time the contract is made it is often impracticable, if not impossible, to imagine all the scenarios of breach.<sup>540</sup>

---

<sup>539</sup> *Freidco v. Farmers Bank of Del.* (1981); *Westinghouse Electric Corp. Uranium Contracts Litigation* y *Florida Power & Light v. Westinghouse Electric Corp.*

<sup>540</sup> Eisenberg, Melvin, “The limits of cognition and the limits of contracts”, *Stanford Law Review*, 211, 227, (1995), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3016&context=facpubs>

Eisenberg parte del principio de que los contratos obligan de acuerdo a lo expresado por las partes en ellos, en consecuencia, “*the terms of such bilateral exchanges are arrived at voluntarily by the parties themselves through this process of bargaining*”<sup>541</sup>; esta negociación conduce a que los términos de un contrato sean exigibles<sup>542</sup>.

Entre las limitaciones que la ley norteamericana, a través de los *Restatments of contracts*<sup>543</sup>, exige para que una promesa sea exigible, se encuentra la denominada *consideration* que sustituyó a la teoría de la voluntad que sostenía que una promesa era obligatoria para las partes por el solo hecho de que las partes la hubieren querido<sup>544</sup>; sin embargo, dicha teoría fue sustituida y a finales del siglo XIX, en los Estados Unidos el requisito tradicional de que la consideración sea un beneficio para el promitente o un detrimento para el prometido comenzó a ser reemplazada por un requerimiento de que la promesa debía ser negociada<sup>545</sup> y así lo recogió el primer *Restatement* de 1933 en su parágrafo 75<sup>546</sup> y lo mismo ordena el *Restatement Second* en el parágrafo 79<sup>547</sup>. Lo importante, en consecuencia, es que cada una de las partes

---

<sup>541</sup> Farnsworth, Allan, *Contracts*, New York, Aspen Publishers, 2004, pag. 6.

<sup>542</sup> Farnsworth, *Ibid*, 11.

<sup>543</sup> Para una explicación de los motivos por los que el American Law Institute se propuso una obra como el primer *Restatmen of the law of contracts* cuyo objetivo era “unificar, clarificar y simplificar nuestra ley común”, Clark, Charles E., “The restatmen of the law of contracts”, *Yale Law Journal*, March, 1933, disponible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4256&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4256&context=fss_papers)

<sup>544</sup> Farnsworth, *Ibid*, 47.

<sup>545</sup> Farnsworth, *Ibid*.

<sup>546</sup> §75. DEFINITION OF CONSIDERATION(1) Consideration for a promise is an act other than a promise, or a forbearance, or the creation, modification, or destruction of a legal relation, or a return promise, bargained for and given in exchange for the promise. Comments: a. No duty is generally imposed on one who makes an informal promise unless the promise is supported by sufficient consideration. The fact that the promisee relies on the promise to his injury, or the promisor gains some advantage there from, does not establish consideration without the element of bargain or agreed exchange; but some informal promises are enforceable without the element of bargain...

<sup>547</sup> §79. ADEQUACY OF CONSIDERATION; MUTUALITY OF OBLIGATION.- If the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of (a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee; or (b) equivalence in the values exchanged; or (c) "mutuality of obligation." Comments: a. Rationale. In such typical bargains as the ordinary sale of goods each party gives up something of economic value, and the values exchanged are often roughly or exactly equivalent by standards independent of the particular bargain.... Hence it has sometimes been said that consideration must consist of a "benefit to the promisor" or a "detriment to the promisee"; it has frequently been claimed that there was no consideration because the economic value given in exchange was much less than that of the promise or the promised performance; "mutuality of obligation" has been said to be essential to a contract. But experience has shown that these are not essential elements of a bargain or of an enforceable contract....This Section makes that negation explicit. b. Benefit and detriment. Historically, the common law action of debt was said to require a quid pro quo, and that requirement may have led to statements that consideration must be a benefit to the promisor. But contracts were enforced in the

haya hecho una *consideration* y ese es el único requisito que se exige para que un contrato sea exigible, este requisito últimamente se ha convertido en una exigencia de carácter formal<sup>548</sup>.

De otro lado, para el derecho norteamericano, las cargas y beneficios que una parte obtendrá de un contrato debieron igualmente ser consideradas (provistas de *consideration*), pero siempre cabrá la posibilidad de que cada una de las partes asuma una determinada obligación en desmedro de otra o en partes equivalentes; en caso de que las partes no hayan determinado en el contrato la forma en que se distribuirán las cargas, el *common law* ha establecido algunos remedios al efecto:

The common law doctrines of impossibility and commercial impracticability release the promisor from her obligation on the grounds of an unforeseeable supervening event that increases the cost of either literal performance or damages liability to a level beyond the anticipate range of values at the time of contracting<sup>549</sup>.

La impracticability de ese modo:

...Covers those sets of circumstances where performance is literally possible but is so radically different from that contemplated by the parties as to become impracticable. This doctrine is predicated in the theory that the parties to a contract

---

common-law action of *assumpsit* without any such requirement; in actions of *assumpsit* the emphasis was rather on the harm to the promisee, and detrimental reliance on a promise may still be the basis of contractual relief. See § 90. But reliance is not essential to the formation of a bargain, and remedies for breach have long been given in cases of exchange of promise for promise where neither party has begun to perform....c. Exchange of unequal values. To the extent that the apportionment of productive energy and product in the economy are left to private action, the parties to transactions are free to fix their own valuations. The resolution of disputes often requires a determination of value in the more general sense of market value, and such values are commonly fixed as an approximation based on a multitude of private valuations. But in many situations there is no reliable external standard of value, or the general standard is inappropriate to the precise circumstances of the parties. Valuation is left to private action in part because the parties are thought to be better able than others to evaluate the circumstances of particular transactions. In any event, they are not ordinarily bound to follow the valuations of others. Ordinarily, therefore, courts do not inquire into the adequacy of consideration. This is particularly so when one or both of the values exchanged are uncertain or difficult to measure....e. Effects of gross inadequacy. Although the requirement of consideration may be met despite a great difference in the values exchanged, gross inadequacy of consideration may be relevant in the application of other rules. Inadequacy "such as shocks the conscience" is often said to be a "badge of fraud," justifying a denial of specific performance. See §364(1)(c). Inadequacy may also help to justify rescission or cancellation on the ground of lack of capacity..., mistake, misrepresentation, duress or undue influence.... f. Mutuality....Clause (c) of this Section negates any supposed requirement of "mutuality of obligation." Such a requirement has sometimes been asserted in the form, "Both parties must be bound or neither is bound." That statement is obviously erroneous as applied to an exchange of promise for performance; it is equally inapplicable to contracts governed by §§82-94.

<sup>548</sup> Kreitner, Roy, *Calculating Promises. The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford, Stanford University Press, 2007, Libro Electrónico, pos. 638; Smith, *Contract Theory*, viii.

<sup>549</sup> Triantis, George, *Unforeseen contingencies*. "Risk allocation in contracts", *University of Virginia School*, 1999, disponible en <http://encyclo.findlaw.com/4500book.pdf> consultada en agosto 2014.

made their bargain with specific circumstances in mind, and that their basic assumptions about the world in which the contract was to be performed were thereafter upset by a contingency whose nonexistence was a basic assumption of the contract.<sup>550</sup>

Por lo que se han establecido dos reglas: i) la regla de que se libera al deudor por los eventos no previstos; y, ii) la regla que no libera al deudor por los daños no previstos o no informados, como ocurrió en *Hardley v. Baxendale*<sup>551</sup>. Estas reglas no se aplican a los contratos de ejecución inmediata porque en ellos el riesgo se transfiere directamente con la cosa, en consecuencia, las reglas de transmisión de riesgo solo se aplican en contratos de ejecución diferida.

Estas reglas se aplican a los contratos de ejecución diferida ya que a través de dichos contratos protegen y estimulan una inversión específica que incrementa el valor de su intercambio y porque de ese modo transfieren el riesgo y explotan una ventaja competitiva al momento de soportar el riesgo<sup>552</sup>. En tales casos, se celebran, en general, dos tipos de contratos, i) aquellos denominados *market contracts* que implican que existen en el mercado bienes sustitutos para los que se transan en los mismos; y, ii) los denominados *off market contracts* donde los bienes no tienen sustitutos

En los *market contracts* la inversión de la parte no es específica puesto que existen sustitutos de los bienes y/o servicios que se transan y la ganancia en este tipo de contratos depende de la distribución del riesgo y no del real intercambio de bienes y/o servicios entre las mismas; como señala Triantis en “Unforeseen contingencies. Risk Allocation in Contracts”, la razón por la cual las partes suscriben un contrato de este tipo es para explotar las ventajas comparativas al momento de soportar el riesgo que se deriva de sus respectivos grados de aversión al riesgo y en su habilidad de cubrirse o cambiar el riesgo en sus otras actividades.

---

<sup>550</sup> Walter, Paula, “Commercial impracticability in contracts”, *St. John’s Law Review*, Volumen 61, Issue 2, Winter 1987, number 2, disponible en <http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2022&context=lawreview> consultada en agosto 2014.

<sup>551</sup> *Hardley v. Baxendale*, (1854) en el que se estableció el principio de que el deudor solo es responsable por los daños secuenciales que hayan podido ser previstos o de los que hubiere sido alertado, disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1854/J70.html> consultado por última vez en agosto 2014.

<sup>552</sup> Triantis, George, “Unforeseen contingencies. Risk Allocation in Contracts”, University of Virginia, School of Law Review, 1999. 102.

Los *off market contracts* en cambio se suscriben con el fin de proteger una muy específica inversión y distribuir el riesgo que cada parte debe soportar y que está asociado a la falta de certeza y a la información imperfecta<sup>553</sup>, por lo que en este tipo de contratos la distribución de riesgos tiene impacto en varios tipos de decisiones: la inversión de las partes antes de suscribir el contrato, la decisión de romper o cumplir el contrato, el diferimiento de la inversión, las precauciones que la parte toma al momento de proteger o no dicha inversión del riesgo que pueda amenazar su valor. Estos elementos hacen que la tarea de distribuir el riesgo y hacer cumplir dichos contratos sea mucho más compleja que en los *market contracts*, la consecuencia de esta complejidad es que las partes tienen la tentación de no cumplir las prestaciones que les generen mayor riesgo y, al mismo tiempo, la obligación de detallar de forma más específica los riesgos compartidos.

A este tipo de contratos, *market contracts*, Triantis los considera como sistema *estocástico*, que son sistemas no deterministas en los que existe un estado regido por dos tipos de acciones, las previsible y las aleatorias. Las previsible son aquellas que las partes efectivamente “escriben” en sus contratos y las aleatorias son las que las partes o no describen o presentan disposiciones, sustantivas o adjetivas para enfrentarlas. Por ello se ha dicho que el contrato escrito más que una serie de declaraciones de voluntad sobre intercambios es una forma de “administrar”<sup>554</sup> el contrato, en el sentido de que en él se establece la forma en que se han de enfrentar las contingencias de gestión del negocio; desde ese punto de vista, los contratos ya no serían una suerte de intercambio de bienes y/o servicios sino más bien una situación en la que la parte sobrevive por la otra y con la otra y que en consecuencia antes que instrumentos en los que se definen términos o riesgos, se trata de sistemas de administración de los mismos mediante mecanismos más cercanos a la responsabilidad fiduciaria en las sociedades que a instrumentos meramente contractuales<sup>555</sup>. Cuando el contrato tradicional, compuesto por un intercambio de bienes y/o servicios se hace más sofisticado, la gestión de los negocios lleva necesariamente a constituir mecanismos cooperativos para la administración del

---

<sup>553</sup> Triantis, *Ibíd.*

<sup>554</sup> Smythe, Donald, “Bounded rationality, the doctrine of impracticability and the governance of relational contracts”, *University of South Carolina*, disponible en <http://mylaw2.law.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/13-2%20Smythe.pdf>, consultada en junio 2014.

<sup>555</sup> Smythe, *Ibíd.*, 231.



negocio; este tipo de punto de vista hace referencia a los denominados *relational contracts* cuyo objetivo es establecer justamente dichos mecanismos, como señala Smythe<sup>556</sup>:

A relational contract may be defined as an agreement of an ongoing nature between two or more parties that is typically adapted to changing circumstances and unique situations as they arise. In contrast to the complete contingent claims contracts of classical contract analysis and neoclassical economics, a relational contract is incomplete because “the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well defined obligations.

Desde ese punto de vista, las partes lo que hacen es superar las lagunas que necesariamente van a existir en los contratos no a través de una previsión de lo imprevisible sino mediante mecanismos que más que prever lo que hace es establecer mecanismos para enfrentar lo no previsto<sup>557</sup>. Estos mecanismos son los sistemas de prevención de conflictos conocidos como *dispute board*.

Esta solución surge, como se ve claramente, de la necesaria existencia de lagunas contractuales porque las partes no pueden prever todos los escenarios; la supuesta característica idea de los contratos de poder prever todas las situaciones que ocurrirán durante la vida del contrato, es una pretensión de las doctrinas clásicas o neoclásicas de los contratos que es discutida por, entre otras, la escuela relacional de los contratos o la escuela de análisis económico del derecho. Esa perspectiva es la razón por la que según Triantis, la judicatura tenga que hacer una atribución *ex post* de los riesgos con la consecuente tendencia de los jueces a preferir la declaración de que un contrato es imposible antes que de impracticable<sup>558</sup>.

Desde un punto de vista más tradicional, Farnsworth considera que pueden existir los siguientes casos respecto de la distribución de riesgos:

1. Cuando una parte no toma obligación alguna, como en el caso de compra de una opción<sup>559</sup>.

---

<sup>556</sup> Smythe, *Ibíd*, 230.

<sup>557</sup> Para comprender los efectos de este tipo de análisis en la doctrina de la imposibilidad, cfr. Posner, Eric, “Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?”, *The Law School, The University of Chicago*, disponible en [http://www.law.uchicago.edu/files/files/146.EAP\\_ContractLaw.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/146.EAP_ContractLaw.pdf), consultada en abril de 2014.

<sup>558</sup> Triantis, *Ibíd*, 111.

<sup>559</sup> Farnsworth indica que “(e)llo es así básicamente debido a que la doctrina de la consideración combinada con la regla de libre revocabilidad de las ofertas, hace imposible al oferente brindar a quien recibe la oferta la necesaria protección que busca.”, Farnsworth, *Ibíd*, 175.

2. Cuando una de las partes se compromete solamente a realizar sus mejores esfuerzos<sup>560</sup>; así, en *T.S.I. Holdings v. Jenkins* se estableció que la doctrina de la *impracticability* no era aplicable a una parte cuyo deber consistía en hacer sus mejores esfuerzos con vista a obtener un resultado<sup>561</sup>.
3. Cuando una de las partes se obliga solo en la medida de los resultados esperados o sus requerimientos<sup>562</sup>.
4. Cuando las partes acuerdan que una de ellas tendrá la potestad de terminar el contrato cuando ella así lo decida<sup>563</sup>.
5. Cuando las partes hayan decidido excluir de la consideración de fuerza mayor cierto tipo de eventos.
6. Cuando hayan restringido expresamente las consecuencias del rompimiento del contrato.
7. Cuando hayan establecido una cláusula flexible de precios que permita pasar el incremento a la otra parte<sup>564</sup>.

Para Farnsworth, la doctrina norteamericana ha desarrollado dos clases de remedios para entender los supuestos que las partes, tanto al momento de suscripción del contrato (*mistake*) y durante la ejecución del mismo (*impracticability and frustration*). Aunque para muchos la doctrina de la *impracticability* surge como un

---

<sup>560</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 601.

<sup>561</sup> Este caso trata de la venta de un paquete de acciones de T.S.I Holdings y sus subsidiarias a Jenkins y Hoods; el acuerdo no se cerró a tiempo y en consecuencia la venta no se pudo realizar; TSI demandó que se declare concluido el contrato mientras que en la reconvencción de Jenkins, este, entre otros asuntos solicitó que se declare que el mismo está vigente. La Corte declaró que la defensa de *impracticability* no era aplicable a casos donde la parte había prometido desarrollar sus mejores esfuerzos. El caso está disponible en [http://leagle.com/decision/1996963260Kan703\\_1913.xml/T.S.I.%20HOLDINGS,%20INC.%20v.%20JENKINS](http://leagle.com/decision/1996963260Kan703_1913.xml/T.S.I.%20HOLDINGS,%20INC.%20v.%20JENKINS), consultaa en agosto de 2014.

<sup>562</sup> Se refiere básicamente a los denominados “requirement contracts” y “output contracts”; los requirement contracts son contratos en los cuales el vendedor acuerda vender y el comprador comprar todos los bienes de una cierta especie que el comprador puede requerir para su muy específico negocio; en los output contracts, el comprador se compromete a comprar todos los bienes que el vendedor produzca en su negocio, en estos contraros se requiere que la promesa de comprar a un solo vendedor sea explícita y que el periodo fijado por las partes para esos contratos también sea explícita.

<sup>563</sup> En *Johnson Lake Dev. V. Central Neb. Pub. Power and Irrigation*, 568 N.W.2d 573 (1997) 5 Neb. App. 957, se estableció que la Corte no tiene derecho a revisar la justicia o no de un acuerdo sino a hacerlo respetar; en ese caso se discutía si el periodo para terminar un contrato, diez días, daba o no a la parte el derecho a resarcirse por los daños sufridos por la terminación unilateral a la que la parte tenía derecho. Caso disponible en <http://law.justia.com/cases/nebraska/court-of-appeals/1997/a-95-1380-8.html> consultado en agosto 2014.

<sup>564</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 601.

respuesta a la necesidad de adoptar la doctrina de cambio de circunstancias, o *clausula rebus sic stantibus*, en verdad dicha doctrina falla en su cometido puesto que la doctrina de la *impracticability* requiere al menos un cumplimiento parcial de la obligación por lo que se puede decir que equivale a una imposibilidad en el cumplimiento del contrato<sup>565</sup> y de allí la preferencia de los jueces por la primera figura.

### **I.III.8. Análisis jurisprudencial.-**

#### **Introducción**

En el derecho norteamericano, el juez ha adoptado un papel similar a los jueces ingleses en el sentido de que se niegan a modificar las reglas contractuales establecidas en el contrato<sup>566</sup>.

El caso paradigmático en los Estados Unidos respecto de los eventos sobrevenidos es, sin duda, *Mineral Park Land Co. v. Howard*<sup>567</sup>. El caso surge de un contrato suscrito entre una empresa y el propietario de la tierra, Mineral Park, donde existía un barranco sobre el cual Howard había contratado la construcción de un puente. Para ello, Mineral Park contrató remover de la tierra necesaria para la construcción de dicho puente a un costo de 5 centavos la yarda cúbica; cuando se ejecuta el contrato solo fue posible remover la mitad de la tierra por lo que Mineral Park demanda el pago restante. La acción fue rechazada por los jueces acogiendo la excepción planteada por Howard en el sentido de que no se pudo retirar la tierra y grava restante porque el material se hallaba bajo tierra y hacerlo hubiese requerido un costo excesivamente alto, cerca de 12 centavos la yarda. Treitel analiza esta sentencia y señala que el *dictum* de la misma decía: “una cosa es imposible desde el

---

<sup>565</sup> Behn, Daniel, The confusing legal development of impossibility and changed circumstances: towards a better understanding of contractual adaptation at common law, en <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=30892> consultada en Julio 2014.

<sup>566</sup> La modificación de los términos contractuales soo ha ocurrido en una ocasión, el caso *Alcoa* y la academia, los abogados y el resto de jueces protestaron vehementemente contra este exceso de discrecionalidad, conforme lo indicaron en su momento.

<sup>567</sup> *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289, 156 P. 458, 1916 Cal. 529, resumen del caso disponible en <https://www.quimbee.com/cases/mineral-park-land-co-v-howard> consultado en agosto 2014.

punto de vista legal cuando es impracticable”<sup>568</sup> que es justamente el origen de la expresión norteamericana<sup>569</sup>.

Antes de entrar al análisis es preciso hacer una observación respecto del sistema norteamericano.

Al igual que en el derecho inglés, en el sistema norteamericano rige el principio de santidad absoluta de los contratos establecido en *Paradine v. Jane* (1647) citado previamente. En los Estados Unidos, esta regla siguió un curso muy similar al inglés puesto que igual que en este derecho, en el americano Fransworth señala que se establecieron tres excepciones a *Paradine*<sup>570</sup>:

### **I.III.8.a. Ilegalidad sobrevenida**

La excepción de ilegalidad sobrevenida establecida en la decisión inglesa *Westminster v. Claerke* (1536), fue posteriormente ratificada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Louisville & N.R.R. v. Mottley*<sup>571</sup> (1911) en el cual los esposos Mottley, debido a heridas sufridas en 1871 a bordo de trenes de Louisville & N.R.R. operando en Kentucky, recibieron en compensación pases en los trenes de dicha compañía; sin embargo, debido a una ley de 1906 que prohibía la entrega de dichos pases, se excusó a esta compañía de continuar con el acuerdo de compensaciones. La misma corte determinó que no se requería que la norma que hace ilegal un determinado tráfico entre dos personas sea ley ya que en *Kuhl v. School District* (1952)<sup>572</sup> se había establecido que una escuela a la que se había demandado por romper contratos con tres profesores, no era responsable debido a que la autoridad educativa había declarado cerrada la escuela a través de una orden emitida por la misma.

---

<sup>568</sup> Treitel, *Ibid*, 257.

<sup>569</sup> En el mismo párrafo, Treitel hace una cita sobre el origen de la figura norteamericana, atribuyéndolo al análisis de un caso inglés, *Moss v. Smith*, (1850) 9 C.B. 94 at 113 donde el juez Maule había señalado: “En materia de negocios, se dice que una cosa es imposible cuando no es practicable, y una cosa es impracticable cuando solo puede ser hecha a un costo excesivo.” Esta figura corresponde al derecho de seguros y se conoce como “constructive total loss”. Treitel, *Ibid*.

<sup>570</sup> Farnsworth, *Ibid*, 620.

<sup>571</sup> *Louisville & N.R.R. v. Mottley*, 219 U.S. 467 (1911) disponible en [http://www.leagle.com/decision/1911686219US467\\_1651.xml/LOUISVILLE%20%20NASHVILLE%20R.R.%20v.%20MOTTLEY](http://www.leagle.com/decision/1911686219US467_1651.xml/LOUISVILLE%20%20NASHVILLE%20R.R.%20v.%20MOTTLEY) consultada en Julio 2014.

<sup>572</sup> *Kuhl v. School Dist. No. 76*, 51 N. W. 2d 746 (Neb. 1952), disponible en <https://www.courtlistener.com/neb/ayNf/kuhl-v-school-district-no-76-of-wayne-county/> consultada en Julio 2014.

Más importante aún es lo declarado en la sección 2-615 del Uniform Commercial Code que establece que el obligado se libera de su obligación incluso en el caso de que la norma sea posteriormente declarada inválida<sup>573</sup>; del mismo modo, la acción debe afectar directamente a la parte de modo que esta no pueda cumplir la norma y el contrato al mismo tiempo. Así se decidió en *City of Starkville v. 4-County Elec. Power Assn* (2002)<sup>574</sup>, en el cual la ciudad de Stakville perdió el derecho de regular las actividades de la planta eléctrica y al hacerlo el derecho de exigir el cumplimiento del contrato que la unía con la proveedora del servicio de energía eléctrica.

### **I.III.8.b. Desaparición del contratante.**

La segunda excepción planteada en el derecho inglés es la referida en *Hyde v. Dean of Windsor* (1597) que estableció que si se requiere una prestación de un contratante y esa persona muere antes de la ejecución, no se concede acción por dicho incumplimiento; la norma fue ratificada en diversas sentencias de cortes norteamericanas como en *Mullen v. Wafer* (1972)<sup>575</sup>, donde se rescindió un contrato de prestación de servicios contables (aunque en realidad era de agencia comercial y contabilidad puesto que Wafen ganaría del mismo modo un porcentaje en los negocios que resultaran de su iniciativa) por la muerte del contador que era quien ejecutaría el contrato, en el caso de obligaciones personalísimas; en caso de que no exista dicha interpretación, le corresponde a la Corte determinar si se libera o no de dicha responsabilidad como ocurrió en *Cazares v. Sáenz* (1989)<sup>576</sup>, en el que una firma de abogados, Cazares & Tosdal acuerda una participación en las indemnizaciones a recibir por daños provocados a Phil Sáenz; Cazares es nombrado

---

<sup>573</sup> La norma dice: “Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed 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 compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.”

<sup>574</sup> *City of Starkville v. 4-County Elec. Power Assn*, 2004-CA-00577-SCT., (2002), disponible en <http://caselaw.findlaw.com/ms-supreme-court/1050050.html> consultada en Julio 2014.

<sup>575</sup> *Mullen v. Wafer* 480 S.W.2d 332 (1972), disponible en <http://law.justia.com/cases/arkansas/supreme-court/1972/5-5873-0.html> consultada en Julio 2014

<sup>576</sup> *Cazares v. Sáenz*, No. D006141. Court of Appeals of California, Fourth Appellate District, Division One. February 28, 1989, disponible en <http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/208/279.html> consultada en agosto 2014.

juez y en consecuencia no puede seguir participando en el caso; la Corte decidió que se extingue la obligación si los servicios de una de las personas que integraba una de las “partes” eran fundamentales a la hora de cumplir el contrato acordado, como en este caso, si lo eran, la Corte liberó a Sáenz de cualquier obligación. El último caso citado por Farnsworth es el aquel que contiene la excepción que deriva de la muerte de una de las partes y la posibilidad de que dicha parte hubiese delegado el cumplimiento de un contrato, como se concluye del denominado *test de delegabilidad* que consiste en analizar si la prestación es delegable a un tercero o al menos que el obligado se mantenga en control de la prestación y si ello se desprende del contrato. Este test está regulado por el Uniform Commercial Code<sup>577</sup>.

### **I.III.8.c. Imprevisibilidad.-**

La tercera excepción a *Paradine v. Jane*, proveniente del mismo derecho inglés, tuvo lugar en *Williams v. Lloyd* (1629) donde se estableció que si un guardián tiene la obligación de devolver un caballo y el mismo muere por un acto de Dios, no se concede acción contra dicho guardián. La legislación norteamericana igualmente ratificó dicho principio en la sección 263 del *Restatement Second* y por supuesto en las secuelas de *Taylor v. Cadwell* ya analizado previamente. Sin embargo, la posición de las cortes norteamericanas ha sido variada en este aspecto.

Para Farnsworth, el derecho norteamericano realizó una síntesis de las normas previas (o heredadas del derecho inglés) respecto de los casos de imposibilidad<sup>578</sup>. Sin embargo, como lo señaló el juez Skelly Wright en 1966, la regla de la imposibilidad ha sido liberada de las ficciones tempranas que la regulaban relativas a

---

<sup>577</sup> El Uniform Commercial Code en su sección 2-210 dice: 2-210. Delegation of Performance; assignment of rights. (1) A party may perform his duty through a delegate unless otherwise agreed or unless the other party has a substantial interest in having his original promisor perform or control the acts required by the contract. No delegation of performance relieves the party delegating of any duty to perform or any liability for breach. (2) Unless otherwise agreed all rights of either seller or buyer can be assigned except where the assignment would materially change the duty of the other party, or increase materially the burden or risk imposed on him by his contract, or impair materially his chance of obtaining return performance. A right to damages for breach of the whole contract or a right arising out of the assignor's due performance of his entire obligation can be assigned despite agreement otherwise. (3) Unless the circumstances indicate the contrary a prohibition of assignment of "the contract" is to be construed as barring only the delegation to the assignee of the assignor's performance.

<sup>578</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 624.

los denominados términos implícitos y a las “contemplaciones” de las partes<sup>579</sup> y el *Uniform Commercial Code* (en adelante UCC) en su sección 2-615 definió la *impracticability*, definición que ha sido seguida de forma casi exacta por el *Restatement Second of Contracts* en la sección 261. El propósito principal de la doctrina de la *impracticability* en el derecho americano es, según Martínez Velencoso:

...el de facilitar un modo adecuado de distribuir los riesgos derivados de acontecimientos sobrevenidos entre las partes contratantes en el caso de que las mismas no lo hayan hecho expresamente mediante la introducción de cláusulas expresas o tácitas (pueden ser un indicio a la hora de distribuir el riesgo las cláusulas de fijación de precio) en el contrato.<sup>580</sup>

Por lo que según la autora española, uno de los requisitos es la imprevisibilidad de las circunstancias. Nos detendremos unos momentos en el mismo. En *Wong Lai Ying and Investment v. Chinachem Investment Ltd.*<sup>581</sup>, la parte que alega frustración, Chinachen alegó que fue imprevisible que le retiraran el permiso de construcción que había obtenido al inicio de la obra; a pesar de que en el contrato existía una cláusula que establecía de forma clara que si se producían ciertos acontecimientos más allá del poder de Chinachem que le impidiesen desarrollar la obra esta se vería liberada de su obligación, la corte de apelaciones consideró que no cabía aceptar dicha excepción porque no se trataba de un hecho imprevisible que las condiciones cambien puesto que se trataba de una obra en Hong Kong (muy inestable en ese entonces), por lo tanto desechó la excepción de frustración por cuanto el requisito fundamental, es decir, la imprevisibilidad no se había cumplido<sup>582</sup>.

#### **I.III.8.d. Crisis energéticas.**

La imprevisibilidad es un tema que ha sido tratado con bastante frecuencia por la jurisprudencia norteamericana respecto de temas energéticos. En *Estaern*

---

<sup>579</sup> *Transatlantic Fin. Corp. V. United States*, 1966, disponible en <http://www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/contracts/cases/transatlantic/transatlantic.htm>, consultada en septiembre 2014.

<sup>580</sup> Ortuña y Martínez, *Ibíd*, 62.

<sup>581</sup> *WONG LAI YING and Others v CHINACHEM INVESTMENT Co Ltd*, (1980) 13 BLR 81, disponible en <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=151227> consultada en marzo 2014.

<sup>582</sup> Ortuña & Martínez, *Ibíd*, 65.

*Airlines v. Gulf Oil Corp*<sup>583</sup>. (1975), la compañía aérea mantenía una muy ventajosa relación comercial con la compañía petrolera por varias décadas; sin embargo, a raíz de la crisis del petróleo de los años 70 y el establecimiento de un doble escalón de precios por la autoridad norteamericana, Eastern solicitó que se cumpla el contrato que tenían suscrito y en consecuencia se le siga entregando el combustible a un precio menor al que se encontraba cotizado en ese momento en el mercado, es decir con pérdida para Gulf. La empresa petrolera respondió que no se podía seguir manteniendo el esquema de precios anterior por las razones antedichas, es decir crisis petrolera y el doble escalón de precios impuesto por la autoridad federal. La corte aplicó de forma estricta el test de la imprevisibilidad y concluyó que no era posible que una compañía especializada en el sector no conociera que existía la muy fuerte probabilidad de que se produzcan hechos imprevisibles debido a la naturaleza del mercado, ya que incluso quienes no participaban del mercado petrolero eran conscientes de que podía ocurrir hechos no contemplados por las partes, como un embargo petrolero de la OPEP que había sido anunciado públicamente desde meses cuando no años atrás.

En el mismo sentido se pronunció la corte en *Iowa Electric Light & Power v. Atlas Corp*<sup>584</sup> donde la controversia surgió del contrato suscrito entre ambas partes con el objetivo de que la demandada proveyera de uranio a la empresa eléctrica. Atlas adujo una serie de circunstancias no previstas como el embargo de la OPEP, nuevas regulaciones en materia de seguridad ocupacional, inflación y condiciones desfavorables de mercado para invocar la defensa de *impracticability* pero la corte rechazó la misma por cuanto no era un hecho imprevisible en el mercado del uranio ya que personas ajenas al mismo habían concluido que habría inestabilidad en el mismo antes de la firma del contrato (Adicionalmente la corte señaló que una mera onerosidad económica no constituía base para la aplicación de la excusa).

### **I.III.8.e. Las reversal energy crisis**

Los dos casos que acabamos de citar son producto de la denominada primera crisis del cartel petrolero, en alusión a los efectos de la política comercial

---

<sup>583</sup> En *Estaern Airlines v. Gulf Oil Corp* (1975), disponible en <http://h2o.law.harvard.edu/cases/2392> consultada en julio 2014.

<sup>584</sup> En <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/654/704/260605/> consultada en julio 2014.



implementada por la OPEP; sin embargo, existen otros casos a los que se conoce como *reversal energy crisis*, en los cuales ocurre algo ligeramente diferente.

Treitel se refiere a dos casos. El primero es *Northern Illinois Gas Co. v Energy Co-operative Inc.*<sup>585</sup>, que surge de un contrato de 1973 cuyo objeto era la provisión a Northern Illinois Gas Co. de nafta para la producción de gas natural durante los siguientes diez años o hasta completar el volumen de 56 millones de barriles. Entre 1979 y 1980 la demanda de gas natural se desploma mientras que los precios de incrementan; en ese contrato en especial, debido a una cláusula flexible de precios que, en situaciones de *reverse energy crisis*, sirve para proteger al vendedor de variaciones en los precios de mercado, el comprador pidió autorización a la entidad competente norteamericana para incrementar los precios pero la misma se los niega, demanda entonces la liberación del contrato y la corte analiza si el comprador tiene o puede tener a su alcance el remedio de la *impracticability* o la *frustration of purpose*, ya que, como vimos anteriormente, el UCC establece este remedio pero solo para el vendedor; la corte concluye que el propósito del comprador no se halla frustrado debido a que el mismo todavía podía vender el gas natural cuyo costo había sido congelado por una orden gubernamental, aunque la nafta que requería para explotarlo se haya vuelto más costosa. Además, la circunstancia de que el precio podía incrementarse era fácilmente previsible ya que el propio comprador conocía que el precio del gas natural se estaba desplomando a pesar de lo cual aceptó los términos en un contrato de largo plazo. De otro lado, una de las cláusulas a las que el comprador se había sometido es la muy usual en el negocio del gas de *take or pay* que implica que el comprador debe pagar, sea que retire o no el producto de las instalaciones del vendedor sin tomar en cuenta las necesidades del comprador.

Finalmente, la demandante no probó que hubieran podido operar solo a pérdida si seguían atados al contrato de nafta o que de continuar el contrato les hubiera provocado grave injusticia por lo que concluyó que los compradores estaba obligados solo por una cláusula de daños establecida en el mismo contrato.

---

<sup>585</sup> *Northern Illinois Gas Co. v Energy Co-operative Inc.*, 122 Ill. App.3d 940 (1984), 461 N.E.2d 1049, (disponible en [http://leagle.com/decision/19841062122IllApp3d940\\_1929.xml/NORTH.%20ILL.%20GAS%20CO.%20v.%20ENERGY%20COOP.,%20INC.](http://leagle.com/decision/19841062122IllApp3d940_1929.xml/NORTH.%20ILL.%20GAS%20CO.%20v.%20ENERGY%20COOP.,%20INC.) , consultada en octubre de 2014). Cfr. Treitel, *Ibid*, 268.

El otro caso citado por Treitel sobre las *reversal energy crisis* es *Northern Indiana Public Service Co v Carbon County Coal Co.*<sup>586</sup>, que surge de un contrato para la venta de carbón a una compañía de electricidad durante veinte años y que contiene una cláusula de variación de precios que llevó el precio del carbón de 24 dólares la tonelada a 44 dólares, lo que implicaba que para la compañía eléctrica era más barato comprar energía de otras empresas que producirla con el carbón que le vendía Carbon County Coal Co. En 1983 la Comisión de Servicio Público del Estado ordena que no compre más el carbón de Carbon County y que compre la energía de otras empresas eléctricas para no perjudicar al consumidor. Northern Indiana solicitó ser liberada del contrato y para ello alegó inicialmente *force majeure* que no se pudo probar debido a que la empresa efectivamente sí podía hacer uso del carbón, que seguía estando a su disposición. La corte (integrada por Posner) se preguntó si el remedio estaba disponible para los compradores desde que Indiana no había adoptado el comentario 9 de los UCC pero reconoció que el comprador podía ser liberado por la *impracticability*; finalmente dispuso que no se podía aplicar dicha doctrina ya que en el contrato se había establecido quien corría con el riesgo de cambio de circunstancias debido a que, existía una cláusula de precio fijo mínimo y otra para el establecimiento de las consecuencias de la escalada de precios que establecía escenarios para el incremento de precios, pero no para la reducción de precios, lo que implicaba que el comprador asumiría el incremento pero el vendedor no asumiría el decremento<sup>587</sup>.

#### **I.III.8.f. El caso *Alcoa* y la modificación de la cláusula de precio**

Un caso en que sí se acepta la imprevisibilidad es el mantenido entre Alcoa y Essex surgido de un contrato en el que las partes contemplaron una “cláusula de incremento de precios debido a circunstancias ajenas a la voluntad de las partes”; el contrato consistía en que Essex proporcionada a Alcoa, *alumina* para que ésta lo transforme en aluminio, estableciendo un procedimiento de ajuste de precios del

---

<sup>586</sup> *Northern Indiana Public Service Co v Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d 265 (1986), disponible en [www.valpo.edu/law/wp-content/.../NIPSCO.doc](http://www.valpo.edu/law/wp-content/.../NIPSCO.doc), página consultada en octubre 2014.

<sup>587</sup> Un argumento adicional que se utilizó fue que el tanto comprador como vendedor eran empresa relativamente similares. En el caso de un granjero que vende sus productos a una compañía de comercialización o acopio de granos, evidentemente, esta compañía puede distribuir el riesgo del incremento de los granos pero no así el granjero por lo que la corte es más propensa a aceptar el remedio en el caso de que la diferencia entre las partes sea notable. Citado de Treitel, *Ibíd*, 268.

producto que se entregaría a Essex; durante la ejecución del contrato, Alcoa alegó que debido al incremento del precio del petróleo en la crisis de la OPEP así como a la exigencia de nuevas herramientas de control de contaminación, el costo de la fabricación de aluminio se había incrementado de forma superior a las previsiones que habían hecho las partes. En dicho caso, *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*<sup>588</sup>, el juez aceptó la imprevisibilidad con fundamento a que las partes sí previeron los hechos pero no la proporción en que iba a afectar el desarrollo del contrato. Las partes habían establecido un mecanismo de ajuste de precios bastante conservador pero el incremento del precio del aluminio superó las expectativas de ambas partes, por lo que las ganancias que estaba obteniendo Essex en relación a Alcoa se desprendían del perjuicio que esta sufría. El juez, además de aceptar el remedio, ordenó la modificación de la cláusula de precio para hacer el contrato más equilibrado.

Este caso fue fuertemente criticado pues la corte habría alterado los términos contractuales establecidos por las partes y en consecuencia violado el axioma fundamental de que el juez no pueden suscribir un contrato a nombre de las partes<sup>589</sup>, por cuanto si bien existe la necesidad de reformar el contrato en vista de los acontecimientos imprevistos, por otro nace el temor de que el juez sea quien intervenga en la voluntad de las partes y en consecuencia el contrato pierda su *raison d'être* como dice Walker y se constituya, en consecuencia un ataque a la libertad de contratación.

La doctrina de la *impracticability* presenta algunas importantes variaciones sobre este tema. Farnsworth, por ejemplo, señala que la jurisprudencia americana ha considerado que si un evento es previsible y la parte ha hecho una promesa de cumplir dicha obligación, dicha parte asume la obligación de cumplir la misma, incluso si ocurre el evento y la promesa se vuelve *impracticable*<sup>590</sup>.

---

<sup>588</sup> *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc* , 499F. Supp. 53, 72 (W.D. Pa. 1980) Un resumen está disponible en <http://www.lawschoolcasebriefs.net/2013/12/aluminum-company-of-america-v-essex.html> consultada septiembre 2014.

<sup>589</sup> Walker, *Ibíd*, 228

<sup>590</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 631.

### I.III.8.f. Los casos *post-Alcoa*: el estándar en los *Uranium cases*.

Con posterioridad a *Alcoa*, y a las críticas que sufrió el mismo, varias cortes distritales se pronunciaron de forma diferente a lo que decidió la Corte de Pennsylvania que decidió *Alcoa*. Son tres los casos a los que nos referiremos y que globalmente se les conoce como *Uranium cases* originados en el incremento del precio del uranio como materia para la producción de energía eléctrica. El primero es *Freidco v. Farmers Bank of Del.* (1981)<sup>591</sup> y los otros dos son los conocidos como *In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contracts Litigation*<sup>592</sup> y *Florida Power & Light v. Westinghouse Electric Corp*<sup>593</sup>. En *Freidco*, la corte de Delaware concluyó que los jueces tenían la obligación de revisar cuidadosamente el contrato y las circunstancias que rodearon sus negociaciones con el fin de verificar si la parte que pide se aplique el remedio no había asumido la carga de las circunstancias no previstas en el contrato pues si ello es así, esa parte no podría alegar *impracticability* y en consecuencia debería asumir el riesgo; en este caso, la Corte razonó *in extenso* sobre la aplicación de la doctrina de la siguiente forma:

Discharge by reason of impracticability requires proof of three elements. *First*, the party claiming discharge *must establish the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption of the contract*. The event need not be unexpected, unforeseeable, or even unforeseen. Restatement (2d) § 261, Comment c; § 265, Comment a. *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312, 318 (D.C.Cir.1966). The non-occurrence of that event, however, must have been a fundamental assumption on which both parties made the contract. "The continuation of *existing market conditions* and the *financial situation* of the parties are ordinarily *not such assumptions*, so that mere market shifts or financial inability do not usually effect discharge under the rule stated in [Section 261]." Restatement (2d) § 261, Comment b.

*Second*, it must be shown that continued performance *is not commercially practicable*. Although the standard of impracticability is not impossibility, neither is it mere impracticality. Restatement (2d) § 261, Comment d. "A mere change in the

<sup>591</sup> *Freidco v. Farmers Bank of Del.* (1981), disponible en [http://www.leagle.com/decision/19811351529FSupp822\\_11202.xml/FREIDCO%20OF%20WILMINGTON,%20DEL.%20v.%20FARMERS%20BANK,%20ETC.](http://www.leagle.com/decision/19811351529FSupp822_11202.xml/FREIDCO%20OF%20WILMINGTON,%20DEL.%20v.%20FARMERS%20BANK,%20ETC.), consultada en septiembre 2014.

<sup>592</sup> Para un análisis adicional de estos casos, se recomienda: Joskow, Paul, "Commercial Impossibility, the Market and the Westinghouse Case", The University of Chicago Law School, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1 (Jan. 1977), pp. 119-176.

<sup>593</sup> Los tres son citados por Walker, *Ibíd.*, 251.

degree of difficulty or expense due to such causes as increased wages, prices of raw materials or costs of construction, unless well beyond the normal range, does not amount to impracticability since this is the sort of risk that a fixed price contract is intended to cover." Id. As the Third Circuit Court of Appeals recently explained in *Gulf Oil Co. v. FPC*:

The crucial question in applying [the doctrine of commercial impracticability] to any given situation is whether the cost of performance *has in fact become so excessive and unreasonable that failure to excuse performance would result in grave injustice*....The party seeking to excuse [its] performance must not only show that [it] can perform only at a loss but also that the loss will be *especially severe and unreasonable*.

Finally, the party claiming discharge must show that it did not *expressly or impliedly agree to perform* in spite of impracticability that would otherwise justify his nonperformance. Both the UCC and the Restatement provide that contracting parties may override or control the application of the "discharge by supervening impracticability" rule if they agree to do so. Thus, a court in a case of alleged commercial impracticability must examine the agreement of the parties and the circumstances surrounding their negotiations in order to determine if they contemplated that the commercial risk involved would be borne by the party claiming discharge, despite the impracticability of performance. If so, he is not excused and may be held liable for damages. Restatement (2d) § 261, Comment c.<sup>594</sup>

La corte de Delaware señala como elementos fundamentales tres: que la no ocurrencia del evento haya sido una presunción fundamental de las partes y que en consecuencia el evento haya sido inesperado, imprevisible e incluso imprevisto; el segundo elemento es que se haya demostrado que el contrato sea “comercialmente impracticable” y no “meramente impracticable” puesto que un mero aumento en la dificultad o en el nivel de precios no permiten alegar esta excepción, ya que son justamente esos riesgos los que se prevé evitar con un contrato de precio fijo, por lo que la parte que alegue *impracticability* debe no solo alegar que de ejecutar el contrato sufrirá una pérdida sino que la misma será irrazonable y severa; y, que la parte que alega *impracticability* debe demostrar que no acordó, ni de forma expresa ni implícita, cumplir con el contrato afectado por *impracticability* que le hubiese

---

<sup>594</sup> Así concluye el juez Stapleton en [http://www.leagle.com/decision/19811351529FSupp822\\_11202.xml/FREIDCO%20OF%20WILMINGTON,%20DEL.%20v.%20FARMERS%20BANK,%20ETC](http://www.leagle.com/decision/19811351529FSupp822_11202.xml/FREIDCO%20OF%20WILMINGTON,%20DEL.%20v.%20FARMERS%20BANK,%20ETC). consultado en septiembre 2014.

excusado de cumplir el contrato, por ello, razona la Corte, ésta debe revisar los términos y condiciones de ejecución del contrato.

El otro caso *post-Alcoa* es *Florida Power & Light v. Westinghouse Electric Corp.*<sup>595</sup> (*In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contracts Litigation*) que surge de dos contratos (uno de equipamiento y otro de provisión de combustible), ambos de 1965, celebrados entre Florida Power & Light y Westinghouse; el objeto del primer contrato era construir una planta nuclear en Dade, Florida, y el segundo proveer de combustible a la misma (uranio), pactándose que una vez concluida la construcción de la planta en Florida, Westinghouse se encargaría de los desechos<sup>596</sup>, los cuales, según la demandante alcanzarían los 981 unidades de reprocesamiento a un costo de más de nueve millones de dólares de la época. En 1975, Westinghouse advirtió a Florida que no retiraría los contendedores (lo cual era su obligación contractual) y en 1977 fueron prohibidos los desarrollos de nuevas plantas de reprocesamiento por una orden del Ejecutivo americano. Florida demandó y la Corte dictaminó que:

Risk allocation is determined by the totality of the circumstances, including the comparative abilities of the parties to make informed judgments as to the extent of the risk; each party's interest in avoiding the risk; and the extent to which that interest was a factor in the negotiation of the contract...(t)he foreseen ability of the risk alone may well be sufficient for it to be regarded as implicitly assumed by the promisor.<sup>597</sup>

Esta resolución es importante por cuanto señala, de forma expresa, que la distribución del riesgo debe tener en cuenta la capacidad comparativa de las partes de hacer “juicios informados” sobre tres aspectos:

1. La extensión del riesgo
2. El interés de cada parte de evitar el riesgo; y,
3. La medida en que ese interés formaba parte de la negociación del contrato.

---

<sup>595</sup> *Florida Power & Light v. Westinghouse Electric Corp.*, 1978, disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/579/856/126770/> , consultada en septiembre 2014.

<sup>596</sup> Como indica Walker, en ese momento, en los Estados Unidos de América no se había pensado en reprocesar el combustible irradiado o utilizado, cosa que se empezó a hacer un año después de que las negociaciones sobre el caso empezaran que se licenció a la primera planta reprocesadora en los Estados Unidos.

<sup>597</sup> En *Florida Power & Light v. Westinghouse Electric Corp.*, citado por Walker, *Ibíd.*, 252.

Para los jueces de *In re Westinghouse*, la capacidad de prever el riesgo, por sí sola, es muestra efectiva de que el riesgo ha sido asumido por el promitente y no consideraron que si bien el cumplimiento por parte de Westinghouse sería más oneroso, éste le ofrecería ganancias no acordadas a Florida.

En *Wabash Inc. v. Avnet Inc.*<sup>598</sup>, que surge a raíz de un contrato de compra venta de acciones, activos, *goodwill* y el negocio de IPM, la Corte de Illinois rechazó reformar el contrato sobre la base de que un mero cambio en las condiciones económicas no permite el uso de esta defensa. El caso es también importante por cuanto Wabash es forzada a desinvertir de IPM debido a una orden de una autoridad estatal (*Federal Trade Commission* en adelante FTC); Wabash y Avnet habían llegado a un acuerdo para fijar un precio variable dependiendo de la evolución de las ventas de IPM pero la FTC no aprueba ese mecanismo por considerar que el mismo podría tener efectos anticompetitivos y ordena en cambio que el índice sea el fijado por la Oficina de Producto Interno Bruto del Departamento de Comercio debido a que el mismo había reflejado en años anteriores la evolución de las ventas de IPM. Sin embargo, debido a la inflación que se desencadenó esos años, las partes solicitaron una reforma de contrato debido a que querían hacer valer las intenciones (y presunciones de las partes) originales de las partes contenidas en los borradores de contrato que remitieron a la FTC. El juez desechó la acción por considerar que un mero cambio en las condiciones económicas que “decepcionen” a las partes no era conclusiva para permitir la reforma del mismo<sup>599</sup>.

### **I.III.9. Los *Crop failure cases* y otros.**

Para determinar si una prestación, según la sección 2-615 se vuelve inejecutable, es necesario en primer lugar determinar cuál es la prestación a la que la parte se comprometió. Por ejemplo en el antes mencionado *First Power and Light*

---

<sup>598</sup> *Wabash Inc. v. Avnet Inc. No. 79 C 240.*, 516 F.Supp. 995 (1981), disponible en [http://www.leagle.com/decision/19811511516FSupp995\\_11369.xml/WABASH,%20INC.%20v.%20AVNET,%20INC](http://www.leagle.com/decision/19811511516FSupp995_11369.xml/WABASH,%20INC.%20v.%20AVNET,%20INC). consultada en octubre 2014.

<sup>599</sup> Citado por Walker, *Ibíd*, 253. Walker señala que en *Louisiana Power & Light v. Allegheny Ludlum Industries*, el juez llegó a afirmar que la doctrina de la impracticability no puede ser aplicado a cualquier situación en que las partes estén descontentas con el resultado de la operación pues ello equivaldría a un abuso de la doctrina. El caso *Louisiana Power & Light v. Allegheny Ludlum Industries*, 517 F. Supp. 1319 (E.D. La. 1981), se halla disponible en la siguiente dirección de la web: [http://la.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19810717\\_0000048.ELA.htm/qx](http://la.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19810717_0000048.ELA.htm/qx) consultada en octubre 2014.

*Co. v. Westinghouse Elec. Co.* (1987)<sup>600</sup> en el que el Estado de Florida demandó a Westinghouse por la falta de cumplimiento de una garantía en la construcción y diseño de una planta nuclear, en dicho caso, los jueces consideraron que con el fin de determinar si hubo o no incumplimiento, es preciso determinar en primer lugar la prestación a la que la parte se comprometió y los medios por los cuales se obligó a cumplir su obligación.

En segundo lugar se debe analizar si existen varias alternativas de cumplimiento, es decir si la parte se comprometió a cumplir su prestación por uno o más medios, el hecho de que uno de ellos se vuelva impracticable no la excusa de cumplir la prestación por otros medios, por ejemplo, en los casos de pérdida de cosecha. Los casos de pérdida de cosecha (*crop failure*) están contenidos en el comentario 9 a la sección 2-615 del Uniform Commercial Code, en adelante UCC, que dice:

The case of a farmer who has contracted to sell crops to be grown on designated land may be regarded as falling either within the section on casualty to identified goods or this section, and he may be excused, when there is a failure of specific crop, either on the basis of the destruction of identified goods or because of the failure of a basic assumption of the contract.<sup>601</sup>

En estos casos, parecería que se asume nuevamente la anterior doctrina de la imposibilidad (anterior a la ley) pero la razón de ser de uno de los redactores de la sección 2-615 fue que se pretendía dar una oportunidad de igualdad de negociaciones a las partes que intervinieran en este tipo de contrataciones<sup>602</sup>.

Sin embargo, en los denominados casos del Canal de Suez se encuentra manifestado de mejor forma esta disponibilidad de medios alternativos para cumplir la obligación. Por ejemplo en *American Trading & Pro. Corp. v. Shell Intl.*

---

<sup>600</sup> *First Power and Light Co. v. Westinghouse Elec. Co.* (1987) disponible en [http://www.leagle.com/decision/19871409510So2d899\\_11300.xml/FLA.%20POWER%20&%20LIG%20HT%20v.%20WESTINGHOUSE%20ELEC.%20CORP.](http://www.leagle.com/decision/19871409510So2d899_11300.xml/FLA.%20POWER%20&%20LIG%20HT%20v.%20WESTINGHOUSE%20ELEC.%20CORP.), consultada en septiembre 2014.

<sup>601</sup> Falk, Mark, *Crop failures and Section 2-615 of the Uniform Commercial Code*, The National Agricultural Law Center, disponible en [http://nationalaglawcenter.org/publication/comment-crop-failures-and-section-2-615-of-the-uniform-commercial-code-22-south-dakota-l-rev-529-552-1977/wppa\\_open/](http://nationalaglawcenter.org/publication/comment-crop-failures-and-section-2-615-of-the-uniform-commercial-code-22-south-dakota-l-rev-529-552-1977/wppa_open/), consultada en septiembre 2014.

<sup>602</sup> Falk, *Ibíd.*, 535 en el que cita la opinión del profesor Llewellyn: “such protection has come to be a normal assumption underlying sales contracts . . . [T] he protection must operate without need for any cause at all lest the law discriminate on an important point of normal commercial understanding against small businesses which do not happen to employ skilled council.”



*Marine*<sup>603</sup>, se resolvió que las partes no habían decidido que la vía exclusiva para transportar la mercadería era el Canal de Suez, que, como sabemos había sido bloqueado, por lo que era posible que las naves recurrieran al Cabo de Hornos para cumplir con su obligación por lo que se rechazó la excusa. En *Transatlantic Finance Corp. v. United States*<sup>604</sup>, la compañía naviera Transatlantic buscó el cobijo de la doctrina alegando que el cierre del canal de Suez de parte del gobierno egipcio constituía una contingencia sobrevenida; la corte aceptó que se trataba de un contingencia que no podía haber sido prevista por la naviera, el juez Wright señaló que “foreseeability or even recognition of a risk does not necessarily proves its allocation” pero indicó también que el punto primordial era determinar si la misma había o no aceptado hacerse cargo de los costos extra; la corte concluyó que no había prueba de que el gobierno americano se haría cargo de los costos extra ni del riesgo por lo que se atribuyó el costo adicional a la naviera; de otro lado, el mismo juez Wright argumentó que el riesgo extra debía ser asumido por Transatlantic ya que era la transportador y que el propietario, es decir el gobierno americano no estaba en posición de adquirir un seguro para asegurar la ruta del trigo hacia su destino final, India<sup>605</sup>.

El segundo requerimiento para su aplicación es que las partes hayan presumido que el evento que alteraría las circunstancias no ocurriría; como señalamos anteriormente, esa sería la razón por la que la cláusula debería denominarse *rebus sic non stantibus* pues el UCC y otras legislaciones parten del hecho de que no ocurrirían circunstancias imprevistas y no de que sí ocurrirían. Como señala Farnsworth:

Determining whether the non-occurrence of a particular event was or was not a basic assumption involves a judgment as to which party assumed the risk of its occurrence. In contracting for the manufacturing and delivery of goods at a priced 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 this risk by concluding

---

<sup>603</sup> *American Trading & Pro. Corp. v. Shell Intl. Marine*, (1975), disponible en <http://h2o.law.harvard.edu/cases/1754> consultada octubre 2014.

<sup>604</sup> 363 F.2d 312, *TRANSATLANTIC FINANCING CORPORATION, Appellant, v. UNITED STATES of America, Appellee*. No. 19632. Disponible en <http://openjurist.org/363/f2d/312/transatlantic-financing-corporation-v-united-states> consultada en octubre 2014.

<sup>605</sup> Walker, *Ibid*, 241.

that the non occurrence of the disaster was a “basic assumption” on which the contract was made.<sup>606</sup>

El problema con este comentario, y con la disposición en sí misma, es que la presunción debe ser común, es decir, no es válido alegar que un hecho era presumido por ambas partes cuando no se tiene prueba de ello y por eso algunas cortes han asumido la regla de la palabra como evidencia de un hecho (*parole evidence rule*). Para Farnsworth existe tres tipos de presuposiciones:

1. Que el gobierno no va a intervenir directamente en el negocio al punto de interrumpir la prestación requerida a una de las partes,
2. Que la persona de la que se requiere la prestación no va a morir ni va a perder la capacidad para ejecutar la prestación requerida
3. Que la cosa que es necesaria para ejecutar la prestación va a continuar existiendo.

A estas tres presuposiciones, Walker añade una adicional que es la descrita en *Mishara Construction v. Transit-Mixed Concrete Corp, 1974*<sup>607</sup>, donde una disputa laboral interrumpió el trabajo de Transit-Mixed que tuvo durante cerca de dos años un piquete de trabajadores en las inmediaciones de su negocio; de su parte Mishara pudo ubicar otra fuente para conseguir el cemento que necesitaba aunque a un costo mayor por lo que demandó a Transit que le pague los costos adicionales. La corte de Massachusetts resolvió que una disputa laboral en sí misma podía constituir fundamento para alegar *impracticability* sólo en el caso de que exista un contexto en el cual las partes puedan conocer la severidad de la misma para afectar la prestación<sup>608</sup>.

Con el objeto de poder probar las presunciones mutuas que las partes hayan hecho, la corte ha determinado que las mismas pueden ser probadas a través del mecanismo denominado *parole evidence rule* que otorga valor probatorio a hechos que las partes hubiesen ejecutado únicamente en el caso de que el contrato estuviese completamente integrado<sup>609</sup> como ocurrió en *Bunge Corp. v. Recker, 1975*<sup>610</sup>. En

---

<sup>606</sup> Farnsworth cita este comentario a los *Restatement Second of Contracts*, en Farnsworth, *Ibid*, 628.

<sup>607</sup> *Mishara Construction v. Transit-Mixed Concrete Corp, 1974*<sup>607</sup>, disponible en <http://masscases.com/cases/sjc/365/365mass122.html>, consultada en septiembre 2014.

<sup>608</sup> Walker, *Ibid*, 243.

<sup>609</sup> Farnsworth, *Ibid*, 629

<sup>610</sup> *Bunge Corp. v. Recker, 1975*, disponible en <http://openjurist.org/519/f2d/449/bunge-corporation-v-h-a-recker> consultado en octubre 2014.

*Bunge* no se permitió el uso de la *parole evidence rule* que, usualmente, no es aceptada por los jueces debido a que se presume que si las partes acordaron algo, ese acuerdo debe constar por escrito y en el contrato; el caso se trataba de la entrega de diez mil fanegas de soya en enero de 1973 en las instalaciones de Bunge. Recker no lo pudo hacer porque condiciones meteorológicas extremas dañaron su producción pero la corte desechó la defensa de "actos de Dios" puesto que no se había probado que la soya que se había contratado tendría que provenir de la tierra de Recker que había sido afectada; sin embargo, condenó a Bunge por haber actuado sin buena fe ya que sus agentes conocían que los cultivos de Recker estaban destruidos y a pesar de ello le dieron más tiempo para cumplir su obligación, tiempo durante el cual el precio de la soya se incrementó y por ende creció su indemnización. No se aceptó que se use la *parole evidence rule* puesto que demostrar o pretender demostrar que la soya debería haber provenido de la tierra afectada por los actos de Dios hubiese sido completamente elusivo, dijo la corte<sup>611</sup>.

Esta es una regla fundamental pues, al igual que otras legislaciones o jurisprudencias, que la incorporan en sus textos, se la utiliza con la condición de que la misma debe ser clara para mostrar sus efectos.

La culpa en este caso, según Farnsworth, puede ocurrir en tres momentos: el primero al momento de celebración del contrato cuando, pese a su experiencia en el negocio en concreto, las partes no ha incorporado una o varias disposiciones sobre *impracticability*; el segundo momento, cuando no ha podido cumplir con su prestación por un acto ejecutado con culpa; y, el tercero cuando no ha establecido mecanismos para distribuir el riesgo en virtud de sus actos en la prestación de la obligación.

Del primer caso, es decir cuando el contratante a pesar de su experiencia en la actividad no ha incorporado cláusulas que prevean eventos que puedan provocar *impracticability* y los jueces, en consecuencia, han rechazado dicha defensa, hemos mencionado varios supuestos ya, como el caso chino *Wong Lai Ying and Investment v. Chinachem Investment Ltd.*, en el que los jueces no aceptaron que la constructora Chinachem no hubiese incorporado una cláusula sobre hechos imprevistos pese a que estaba actuando en un entorno altamente inestable como era Hong Kong en ese

---

<sup>611</sup> Citado por Farnsworth, *Ibid.*

momento, y aún cuando sí se había incorporado una de forma deficiente; al respecto existen varios casos relacionados especialmente en lo que tiene que ver con el incremento de precios.

Siguiendo a Farnsworth, dividiremos estos casos en dos periodos, los anteriores a la expedición del UCC y los posteriores. En el primer grupo se encuentra sin lugar a dudas un caso frecuentemente citado, *United States v. Wegematic Corp.*, 1966<sup>612</sup>, que surge a raíz de un caso suscrito entre la *Federal Reserve Board* y *Wegematic* cuyo objetivo era la provisión de un sistema computarizado. *Wegematic* se comprometió (luego de un concurso) a entregar el sistema en nueve meses a raíz de la firma del contrato pero no pudo hacerlo porque alegó estar realizando mejoras al sistema. En este caso la corte volvió a afirmar que el mero incremento de costos no da lugar a la excusa de *impracticability*<sup>613</sup>. En realidad, *Wegematic* no pudo entregar el producto porque no contó con el grado de desarrollo de la técnica y en consecuencia, su culpa también se radicó allí.

Walker cita también *Maple Farms v. City School District of Elmira*, 1974<sup>614</sup>, en el cual la actora solicitó que se aplique la excusa de *impracticability* al contrato de suministro de leche que tenía suscrito con el distrito escolar de Elmira, debido al incremento de precios derivado de una escasez de leche producida por el acuerdo de venta de alimentos que los Estados Unidos firmaron con la extinta Unión Soviética. La corte resolvió que no cabía *impracticability* porque, nuevamente, no cabe dicho remedio en caso de mero incremento de costo económico pero además porque el entorno económico demostraba que se trataba de un ambiente de precios crecientes debido a la inflación.

En el segundo grupo, es decir los casos dictados con posterioridad al UCC, encontramos los siguientes: *Eastern Airlines v. Gulf Oil Corp* en el cual no se aceptó la excusa de *impracticability* porque no era aceptable que una empresa dedica a este tipo de negocio, como Eastern desconociera que el mercado del petróleo era altamente inestable y en consecuencia, su alegación era del todo inaceptable; y, finalmente, en *Iowa Electric Light & Power v. Atlas Corp* tampoco se permitió a

---

<sup>612</sup> *United States v. Wegematic Corp.*, 1966, disponible en <https://casetext.com/case/united-states-v-wegematic-corporation#.U5miZJR5PBE>, consultada en septiembre 2014.

<sup>613</sup> Walker, *Ibíd*, 244.

<sup>614</sup> *Maple Farms v. City School District of Elmira*, 1974, disponible en [http://www.leagle.com/decision/1974115676Misc2d1080\\_1884.xml/MAPLE%20FARMS%20v.%20CITY%20SCH.%20DIST](http://www.leagle.com/decision/1974115676Misc2d1080_1884.xml/MAPLE%20FARMS%20v.%20CITY%20SCH.%20DIST). Consultada en octubre 2014.

Atlas la excusa debido a que no era entendible que una empresa como Atlas, dedicada a ese negocio altamente riesgoso, no hubiese incorporado una cláusula de ese tipo. En los tres casos se entendió que las recurrentes habían asumido el riesgo por los eventos supervinientes que ocurriesen, de hecho, en *Iowa Electric Light & Power v. Atlas Corp*, Iowa Electric señaló que la razón por la que se había establecido un contrato con precio fijo era para defenderse de los continuos cambios en el mercado de uranio y en consecuencia su objetivo era estabilizar el precio de su abastecimiento, a lo cual, Atlas habría renunciado.

El segundo caso es en el desarrollo de la operación en sí. Farnsworth ubica como *leading case* de este tipo a *Taylor-Edward Warehouse & Transfer Co. v. Burlington Northern*<sup>615</sup>, 1983. Burlington se comprometió a mantener en operación una línea de tren adyacente que comunicaba un almacén de Taylor-Edwards (alquilada con ese requisito por Burlington a Taylor) con la vía principal. Un puente que conectaba la línea adyacente con la principal se cayó y Burlington se negó a repararlo; la corte declaró que era responsabilidad de Burlington mantener la línea en funcionamiento y la responsabilizó por no haber dado mantenimiento al puente. Otro caso señalado por Farnsworth es *Handicapped Children's Educ. Bd. v. Lukaszewski*<sup>616</sup>, 1983, en el que la corte rechazó la alegación de Luzaszewski que su condición de salud le impedía continuar prestando sus servicios en *Handicapped Children's Educ. Bd.*, conforme el certificado médico que presentó; la corte decidió que el quebranto en la salud de Luzaszewski era de su responsabilidad (en el mismo caso se demostró que Luzaszewski había conseguido un empleo mejor remunerado en otro escuela).

En el tercer caso, es decir cuando el contratante ha actuado con culpa en los actos de prestación de su obligación, encontramos también un caso anterior al UCC pero que muestra claramente el punto de la culpa y la falta de conocimiento al momento de ejecutar una acción<sup>617</sup>. Se trata del conocido caso<sup>618</sup> *National Presto*

---

<sup>615</sup> Disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/715/1330/404956/>

<sup>616</sup> Disponible en [http://www.leagle.com/decision/1983309112Wis2d197\\_1291.xml/HANDICAPPED%20CHILDREN'S%20BD.%20v.%20LUKASZEWSKI](http://www.leagle.com/decision/1983309112Wis2d197_1291.xml/HANDICAPPED%20CHILDREN'S%20BD.%20v.%20LUKASZEWSKI), consultada en octubre 2014.

<sup>617</sup> Farnsworth señala que la sección 2-613 del UCC al referirse a culpa de una de las partes, se refiere a negligencia y no meramente a error deliberado: (*Fault is intended to include negligence and not merely wilful wrong*), Farnsworth, *Ibid*, 630.

<sup>618</sup> Walker, *Ibid*, 241.

*Industries v. United States*, 1965<sup>619</sup>, en este caso, el ejército de los Estados Unidos contrató con National Presto, anteriormente un fabricante de ollas de presión que durante la Segunda Guerra Mundial se convirtió en fabricante de cartuchos y proyectiles, la fabricación de un tipo especial de proyectiles con un nuevo método que ahorraba el acero utilizado en la fabricación de los mismos, durante las negociaciones se trató verbalmente de la inclusión en el contrato de algunas facilidades técnicas para la fabricación del producto pero que en el contrato formal no fueron incluidos. National Presto solicitó la reforma del contrato, no la excusa el mismo. El juez Davis señaló que ambas partes eran ignorantes en el desarrollo del nuevo procedimiento para la fabricación de los proyectiles y que en consecuencia ninguna tenía mayor conocimiento técnico que la otra; a pesar de ello, se indicó que fueron los oficiales del gobierno quienes guiaron el proceso de producción por lo que se concluyó que el gobierno no estaba tanto interesado en los proyectiles sino en el proceso de fabricación de los mismos. La corte señaló en este caso que el solo hecho de haber suscrito un contrato de precio fijo no implicaba automáticamente que la parte haya asumido el riesgo ya que se tenían que tomar en cuenta además las circunstancias que rodeaban el caso, que es una posición distinta a la sostenida en *Iowa Electric Light & Power v. Atlas Corp.* En National Presto, se aceptó el pedido de reforma del contrato<sup>620</sup>. Del mismo modo debemos incluir en este acápite a aquellos casos que se refieren a la propia conducta del obligado como se discutió previamente en *Handicapped Children's Educ. Bd. v. Lukaszewski*.

En el cuarto tipo de casos, es decir cuando la parte no debió haber asumido una obligación mayor que la establecida por ley<sup>621</sup>. Como señalamos anteriormente, en el caso *Florida Power & Light v. Westinghouse*, un requerimiento contenido en el UCC (2-615) es que la parte no haya acordado cumplir con la obligación incluso en el caso de *impracticability*. Este acuerdo puede estar relatado de forma expresa en el contrato o puede concluirse del comportamiento de las partes, en cuyo caso la parte que no cumple, alegando *impracticability*, debe ser responsable ante la otra. Así se

---

<sup>619</sup> *National Presto Industries v. United States*, 1965, disponible en <http://www.plainsite.org/dockets/9cqpsnak/united-states-court-of-federal-claims/national-presto-industries-inc-v-the-united-states/>, consultada en octubre 2014.

<sup>620</sup> Walker, *Ibid.* 242.

<sup>621</sup> Farnsworth, *Ibid.* 630.

decidió en *Gulf Oil Corp. v. F.P.C., 1977*<sup>622</sup>. En este caso surgido de un contrato para la explotación de gas natural, Gulf solicitó la revisión del precio debido a que había sobrestimado la cantidad de gas del Bloque 27 del campo Delta West ubicado en Luisiana pero la corte desestimó el caso sobre la base de que Gulf había garantizado la provisión de una cierta cantidad de gas<sup>623</sup>. Del mismo modo que en los casos antes señalados, la jurisprudencia norteamericana determina que se deben tomar en cuenta las presunciones implícitas de las partes al momento de asumir otras obligaciones, como es el caso de cláusulas escalonadas de precios; Farnsworth señala específicamente el caso de *Missouri Pub. Serv. Co. v. Peabody Coal Co., 1979*<sup>624</sup>, en el cual la corte resolvió que el vendedor no puede plantear esta excusa en casos donde existe una cláusula escalonada. Tal vez lo que es más importante es que incluso las dificultades que rodean la ejecución de un contrato y que eran de conocimiento de las partes sirven para demostrar que la parte asumió la obligación de cumplir el contrato incluso en los casos en que existiera esa dificultad y fuera del conocimiento de la misma<sup>625</sup> como ocurrió en *Harper & Assocs. v. Printers Inc., 1986*<sup>626</sup>, en el que se citó el comentario oficial de UCC que señala:

Official Comment 8 to RCW 62A.2-615 notes the limits of the excusable exceptions to performance: [46 Wn. App. 421]. The provisions of this section are made subject to assumption of greater liability by agreement and such agreement is to be found not only in the expressed terms of the contract but in the circumstances surrounding the contracting, in trade usage and the like. Thus the exemptions of this section do not apply when the contingency in question is sufficiently foreshadowed at the time of contracting to be included among the business risks which are fairly to be regarded as part of the dickered terms, either consciously or as a matter of reasonable, commercial interpretation from the circumstances. The language of the agreement may also expressly negate the exemption otherwise present through usage of trade

---

<sup>622</sup> *Gulf Oil Corp. v. F.P.C., 1977*, disponible en <http://openjurist.org/563/f2d/588/gulf-oil-corporation-v-federal-power-commission>, consultada en octubre 2014.

<sup>623</sup> El contrato señalaba: “Seller (Gulf) warrants and agrees that there will be provided under the terms of this Agreement a quantity of gas sufficient to enable Seller to have available for delivery hereunder on any day or days a volume not less than one hundred twenty-five per cent (125%) of the Daily Contract Quantity.”

<sup>624</sup> Un resumen del caso se puede encontrar en <http://www.lawschoolcasebriefs.net/2012/10/missouri-public-service-co-v-peabody.html>, consultada en octubre 2014.

<sup>625</sup> Farnsworth, *Ibid*, 630.

<sup>626</sup> *Harper & Assocs. v. Printers Inc., 1986*, disponible en [http://www.leagle.com/decision/198646346WnApp417\\_1408.xml/HARPER%20%26%20ASSOCS.%20v.%20PRINTERS](http://www.leagle.com/decision/198646346WnApp417_1408.xml/HARPER%20%26%20ASSOCS.%20v.%20PRINTERS), consultada en octubre 2014.

under the present section. Generally, express agreements as to exemptions designed to enlarge upon or supplant the provisions of this section are to be read in the light of mercantile sense and reason, for this section itself sets up the commercial standard for normal and reasonable interpretation and provides a minimum beyond which agreement may not go<sup>627</sup>.

Entre los casos en que se establece que la parte decidió por sí misma asumir un riesgo mayor al establecido en el contrato, Farnsworth destaca el caso del contratista que promete un avance tecnológico. En el muy frecuentemente citado caso *United States v. Wegematic Corp.*, esta compañía se reputó responsable por haber asumido el riesgo al prometer un avance tecnológico para el cual no estaba preparada. La Corte concluyó que no es posible que el riesgo por el pretendido avance recayese en la compradora cuando fue la vendedora quien propuso y ofreció alcanzar dicho umbral tecnológico.

Para McLaughlin, la regla establecida en la sección 2-615 del UCC no establece una definición de lo que significa *impracticability* sino apenas un marco de referencia en la cual el juez debe establecer su accionar<sup>628</sup>. En ese sentido, en los casos en que la parte haya establecido su obligación de vender el objeto de forma absoluta e incondicional a un precio fijo, sin consideración a futuras contingencias y en consecuencia no habría adquirido una obligación más allá de lo establecido por la ley, la corte, sostiene McLaughlin, habría establecido un análisis dual (*a two pronged analysis*) que consiste en las dos consideraciones de la sección 2-615 del UCC.

La primera, ya referida anteriormente, establece que la no ocurrencia del hecho sobrevenido haya sido considerado como una presunción básica de ambas partes sobre el cual las partes suscribieron el contrato (*a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made*); para ello, la jurisprudencia utiliza un doble estándar:

1. El primero es determinar si la ocurrencia de ese hecho era previsible razonablemente<sup>629</sup>, si lo era, el obligado no puede obtener remedio para el

---

<sup>627</sup> *Harper & Assocs. v. Printers Inc.*, *Ibid.*

<sup>628</sup> McLaughlin, *Ibid.*, 448.

<sup>629</sup> En *Bernina Distribs. Inc., v. Bernina Sewing Mach. Co.*, 646 F.2d 434 (10th Cir. 1981), el Décimo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, estableció que los cambios en la fluctuación de una moneda eran razonablemente previsibles, en este caso dólares norteamericanos contra francos suizos y que la misma podía y debía ser prevista por el distribuidor, disponible en <http://openjurist.org/689/f2d/903/bernina-distributors-inc-v-bernina-sewing-machine-co-inc>, citado por McLaughlin, *Ibid.*, 449.



no cumplimiento puesto que su obligación era incorporar en el contrato provisiones que establecieran mecanismos para la distribución del riesgo en ese evento<sup>630</sup>.

2. El segundo estándar es determinar si era o no posible determinar la previsibilidad del hecho, para ello la corte analiza la sofisticación comercial (*business sophistication*) del obligado y la distribución de los riesgos a la que se ha comprometido en el contrato<sup>631</sup>.

Para McLaughlin, la situación de la economía mundial, no permite que un empresario medianamente razonable pueda haber dejado de observar la inestabilidad del mercado y en consecuencia es parte de su actividad como tal el haber previsto de forma razonable las circunstancias que pueden acaecer en el desarrollo de su negocio: “It would be unusual, however, for a court to find that a possible increase in costs over the life of a long term contract was not a reasonably foreseeable contingency.”<sup>632</sup>

La segunda consideración tiene que ver con el hecho de que el contrato se haya vuelto *impracticable* por la ocurrencia del evento no previsto. En ese sentido, el obligado no debe solamente demostrar que el contrato es *impracticable* desde el punto de vista económico, sino que sea extremadamente oneroso cumplir con el mismo. McLaughlin indica que las cortes no han establecido un estándar para determinar el nivel de dificultad por lo que han tomado el camino de definir si la dificultad provoca esa onerosidad extrema desde el punto de vista de la injusticia que se provocaría el forzar dicho cumplimiento. Con lo cual, la aplicación de la *impracticability* desemboca nuevamente en un concepto indeterminado<sup>633</sup>.

### **I.III.10. Frustration of Purpose**

#### **Aceptación de la doctrina de *frustration of purpose***

---

<sup>630</sup> En *Kel Kim Corp. v. Central Markets Inc.*, 131 A.D.2d 947 (1987), la División de Apelaciones de la Corte Suprema de Nueva York, estableció que no era difícil prever las complicaciones en la industria de los seguros y en consecuencia Kil Kem debía proporcionar el seguro al que se había comprometido en el contrato. Caso disponible en [http://www.leagle.com/decision/19871078131AD2d947\\_1443/KEL%20KIM%20CORP.%20v.%20CENTRAL%20MARKETS%20INC.](http://www.leagle.com/decision/19871078131AD2d947_1443/KEL%20KIM%20CORP.%20v.%20CENTRAL%20MARKETS%20INC.), consultada en octubre 2014.

<sup>631</sup> *Eastern Airlines v. Gulf Oil Corp.*, citado anteriormente en que se analizó el tipo de contrato que suscribieron ambas empresas así como el tipo de empresa que eran tanto Eastern Airlines como Gulf Oil Corp.

<sup>632</sup> McLaughlin, *Ibíd.*, 450.

<sup>633</sup> McLaughlin, *Ibíd.*

Las cortes norteamericanas han aceptado la doctrina de *frustration of purpose*. Farnsworth, por ejemplo, considera de que a pesar de que la misma no esté contemplada en el UCC si lo está en el primer y segundo *Restatement* e incluso cita jurisprudencia al respecto<sup>634</sup>. En efecto, el *Second Restatement* señala en su sección 265, lo siguiente:

§ 265. Discharge by Supervening Frustration. 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 remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

Farnsworth señala que la parte que alega *frustration of purpose* tiene que cumplir cuatro requisitos, de los cuales solo el primero es distinto de la *impracticability*:

Primero: El evento debe haber “frustrado sustancialmente” el “propósito fundamental” del contrato.

Segundo: El evento se basaba en una suposición mutuamente asumida de que el evento no se produciría.

Tercero: El evento se produjo sin culpa de la parte que lo alega.

Cuarto: La parte no debió haber asumido una obligación superior que aquella establecida por la ley.

Sin embargo de la similitud entre ambas doctrinas, Farnsworth considera que las cortes tienden a rechazar en mayor medida la *frustration of purpose* ya que son especialmente difíciles de probar dos requerimientos, el primero y el cuarto. En relación al primero vemos que ello ocurre así porque las cortes han calificado el “propósito de la parte” en términos bastante amplios y en segundo lugar porque las cortes han insistido en que para que se acepte este remedio, es decir la *frustration of purpose*, la frustración debe haber sido total o casi total:

First, they have viewed the affected party's principal purpose in broad terms. The mere fact that some exceptional event has prevented a party from taking advantage in the transaction on the particular way expected may not suffice to satisfy the requirement of substantial frustration if the party can turn the bargain to its advantage in some other way. Second, courts have insisted that the frustration be nearly total.

---

<sup>634</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 635.

The mere fact that what was expected to be a profitable transaction has turned out to be a losing one is not enough.<sup>635</sup>

La excepción a esta regla es, por supuesto, el caso *Alcoa*, pero al igual que la corriente principal de la doctrina norteamericana, Farnsworth critica esta sentencia porque le parece insustancial que el propósito de un contrato sea “hacer dinero”<sup>636</sup> y cita para ejemplificar la posición de las cortes el caso *Swift Canadian v. Banet*<sup>637</sup>, 1955 (nótese que es un caso pre *Alcoa*). El mismo surge de un contrato entre, por una parte, Swift Canadian, en adelante Swift, y, por otra, Albert Banet, Sali Banet y Abraham Perlmann, individualmente y como Keystone Wool Pullers, en adelante Banet; en este contrato Swift se comprometía a enviar un cargamento de pieles de cordero a su contraparte. El primer cargamento se embarcó en Toronto y llegó a Filadelfia sin problema; en marzo 12 de 1952, Swift anunció que la segunda parte del cargamento estaba lista para ser embarcada por la misma vía. Sin embargo, ese mismo día el gobierno emite una resolución por el cual se imponen fuertes restricciones a la importación de ese tipo de productos a los Estados Unidos. El comprador alega frustración de propósito debido a esa orden y si bien el contrato establecía que el puerto de llegada era Filadelfia, la Corte entendió el propósito del contrato en términos mucho mas amplios ya que, según indicó el juez Goodrich, “el resto del mundo estaba a disposición de los compradores, en lo que entendemos, como destino de la mercadería” puesto que el propósito de la operación llevada a cabo por parte de los compradores era de tipo comercial y que en consecuencia, dicho propósito no se veía frustrado incluso si las expectativas de los compradores de hubiesen visto disminuidas por la orden del gobierno.<sup>638</sup>

El otro requerimiento que las cortes consideran que es difícil de cumplir es que las partes no hayan asumido una obligación mayor a aquella que la ley impone, incluso si se puede demostrar que el propósito de la obligación se ha visto frustrado, así lo vemos en *Northern Ind. Pub. Serv. v. Carbon County Coal Co.*<sup>639</sup> de 1986.

---

<sup>635</sup> Farnsworth, *Ibíd.*, 636.

<sup>636</sup> Farnsworth, *Ibíd.*

<sup>637</sup> *Swift Canadian v. Banet*, 1955, disponible en <http://openjurist.org/224/f2d/36/swift-canadian-co-v-banet-1> consultado octubre 2014.

<sup>638</sup> Farnsworth, *Ibíd.* 636.

<sup>639</sup> *Northern Ind. Pub. Serv. v. Carbon County Coal Co.*, disponible en [http://www.leagle.com/decision/19861064799F2d265\\_11013.xml/NORTHERN%20INDIANA%20PUB.%20SERV.%20CO.%20v.%20CARBON%20COUNTY%20COAL%20CO](http://www.leagle.com/decision/19861064799F2d265_11013.xml/NORTHERN%20INDIANA%20PUB.%20SERV.%20CO.%20v.%20CARBON%20COUNTY%20COAL%20CO). consultado octubre 2014.

Este caso surge del contrato entre Northern Ind. Pub. Serv., en adelante Northern, con Carbon County Coal Co., en adelante Carbon, por el cual ésta proveería de carbón a aquella; Northern encuentra un proveedor con precios menores y deja de comprar el carbón. Carbon County Coal demanda y Northern contrademanda una medida cautelar<sup>640</sup>. El juez Posner del Séptimo Distrito señaló que:

As we have already noted, a fixed-price contract is an explicit assignment of the risk of market price increases to the seller and the risk of market price decreases to the buyer, and the assignment of the latter risk to the buyer is even clearer where, as in this case, the contract places a floor under price but allows for escalation. If, as is also the case here, the buyer forecasts the market incorrectly and therefore finds himself locked into a disadvantageous contract, he has only himself to blame and so cannot shift the risk back to the seller by invoking impossibility or related doctrines.<sup>641</sup>

Esta decisión es una de las muchas que considera que el establecer un “precio fijo” es un mecanismo de distribución de riesgo debido al incremento del precio en el mercado, al vendedor, mientras que cuando se establece un “precio fijo”, es un mecanismo de distribución de riesgo debido al decremento en el mercado, al comprador.

Lo mismo ocurre con el precio variable; si se establece un piso pero adicionalmente se permite una variación de precios, sea para arriba o para abajo, las partes asumen una obligación distinta a la establecida en la ley (pagar el precio) por tanto, el juez o árbitro debe analizar el mecanismo de distribución de riesgos diseñado por las partes y resolver si las mismas han adquirido una responsabilidad distinta a la establecida en la ley.

---

<sup>640</sup> La reconvencción solicita una *injunction*. La *injunction* es la orden de la corte por la que se ordena o previene una acción. Para conceder una *injunction*, el solicitante debe demostrar que no hay un claro, adecuado y completo remedio en la ley y que un daño irreparable será provocado a menos que se conceda la medida cautelar. Cfr. Garner, Bryan, ed., *Black's Law Dictionary*, Saint Paul, MN, West Group, 1999.

<sup>641</sup> *Northern Ind. Pub. Serv. v. Carbon County Coal Co.*, No. 4, Nos. 85-2110, 86-1069, 86-1074 and 86-1575, disponible en [http://www.leagle.com/decision/19861064799F2d265\\_11013/NORTHERN%20INDIANA%20PUB.%20SERV.%20CO.%20v.%20CARBON%20COUNTY%20COAL%20CO](http://www.leagle.com/decision/19861064799F2d265_11013/NORTHERN%20INDIANA%20PUB.%20SERV.%20CO.%20v.%20CARBON%20COUNTY%20COAL%20CO). consultada en septiembre 2014.

### I.III.11. Jurisprudencia sobre la *frustration of purpose*

La jurisprudencia norteamericana en general ha acogido la doctrina de la *frustration of purpose*:

In general, the doctrine of impracticability of performances operates to the advantage of parties that are bound to furnish goods, lands, services, or some similar performance, while the doctrine of frustration of purpose operates to the advantage of parties that are to pay money in return for those performances.<sup>642</sup>

Esto parecería ser confirmado por el texto de la sección 2-615 del UCC<sup>643</sup>, que atribuye al vendedor dicha excusa.

En contra de esa opinión, McLaughlin<sup>644</sup> cita algunos casos donde las cortes ha permitido que también el comprador haga uso de esa defensa. En *Nora Springs Coop. v. Brandau*<sup>645</sup>, el vendedor (Brandau) se había comprometido a enviar granos a la planta de Nora Springs por su incapacidad para procesar todo el maíz que su tierra había producido. En tres contratos, se estipulaban entregas en dos periodos de tiempo, hasta enero de 1973 y hasta julio de 1973; a pesar de los intentos de Brandau de entregar el maíz, la empresa no lo recibió debido al exceso de trabajo que tenía de otros agricultores de la misma cooperativa y porque no tenían disponibles vagones de tren para transportarlo. La corte de Iowa encontró que no había justificación de parte de Nora Springs Coop para no haber aceptado el grano; en la apelación se ratifica el criterio, sin embargo dejó sentado el criterio de que la defensa de *impracticability* estaba disponible también para el comprador de los granos a pesar de que las palabras textuales del UCC señalaran otras cosa:

The Commercial Code replaces the requirement of objective impossibility by a standard of impracticability. Sellers are excused for nonperformance "if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the

---

<sup>642</sup> Farnsworth, *Ibíd*, 634.

<sup>643</sup> “§ 2-615. EXCUSE BY FAILURE OF PRESUPPOSED CONDITIONS. Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs...”

<sup>644</sup> McLaughlin, Gerald, “Unconscionability and Impracticability: Reflections on Two UCC Indeterminacy Principles”, 14 *Loy. L.A. Int`l & Comp. L. Rev.* 439 (1992).

<sup>645</sup> *Nora Springs Coop. Co. v. Brandau*, 1976, disponible en [http://www.leagle.com/decision/1976991247NW2d744\\_1967.xml/NORA%20SPRINGS%20CO-OP%20CO.%20v.%20BRANDAU](http://www.leagle.com/decision/1976991247NW2d744_1967.xml/NORA%20SPRINGS%20CO-OP%20CO.%20v.%20BRANDAU) consultada en octubre 2014; *Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters*, 1986, disponible en <http://openjurist.org/781/f2d/1280/wisconsin-knife-works-v-national-metal-crafters> consultada en octubre 2014.

nonoccurrence of which was a basic assumption on which the contract was made." Code section 554.2615(a). Comment 3 to this section in the Iowa Uniform Commercial Code clearly indicates that this less stringent test was consciously adopted to reflect the commercial character of modern business practice. *While the section expressly mentions sellers, the explanations in Comment 9 make it evident the provisions should also be equally applicable to buyers.* Thus the Code expressly recognizes the doctrine of "commercial frustration" which has been increasingly utilized as an additional excuse for nonperformance in certain instances. See, 6 Corbin on Contracts, section 1353; Restatement, Second, Contracts, Tentative Draft No. 9 (1974), sections 281 and 285. (Énfasis añadido).

En otro caso, *Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters*<sup>646</sup>, la Corte de Apelaciones del 7mo. Distrito, señaló algo similar. Wisconsin Knife Works era una subsidiaria de Black & Decker con quien acordó un contrato para la venta de picas; para ello debía asegurarse de la provisión de un residuo metálico (trozos de metal) por lo que suscribió un contrato con National Metal Crafters. Wisconsin remitió dos órdenes a National al reverso de las cuales se leía<sup>647</sup> que la aceptación de dichas órdenes, sea por aceptación expresa o ejecución del contrato, constituían una aceptación de una serie de condiciones que solo podían ser modificadas por un representante del comprador. En total se realizaron seis pedidos, dos de los cuales fueron aceptados por escrito por National a través de cartas que contenían espacios en blanco en los cuales Wisconsin escribía las fechas de entrega de la viruta de metal. No existen registros de los últimos cuatro envíos. En octubre de 1981, National deja de proveer de forma cumplida la viruta de metal pero en julio de 1982, Wisconsin demanda el rompimiento del contrato a lo cual National reconviene porque Wisconsin habría incumplido su obligación de proveer para el mantenimiento de la maquinaria que le servía para producir la viruta metálica. National alega que no podía continuar con el contrato porque no podía producir picas a los precios que su casa matriz, Black & Decker, necesitaba. La Corte, luego de un análisis de la forma

---

<sup>646</sup> *WISCONSIN KNIFE WORKS, Plaintiff-Appellant, v. NATIONAL METAL CRAFTERS*, Defendant-Appellee, 781 F.2d 1280, 42 UCC Rep.Serv. 830, No. 85-1801, disponible en <http://openjurist.org/781/f2d/1280/wisconsin-knife-works-v-national-metal-crafters> consultada en octubre 2014.

<sup>647</sup> "Acceptance of this Order, either by acknowledgment or performance, constitutes an unqualified agreement to the following." A list of "Conditions of Purchase" follows, of which the first is, "No modification of this contract, shall be binding upon Buyer [Wisconsin Knife Works] unless made in writing and signed by Buyer's authorized representative. Buyer shall have the right to make changes in the Order by a notice, in writing, to Seller."

en que las partes pueden modificar un contrato, concede que el mismo había sido modificado por la actuación de las partes y/o sus representantes y que en consecuencia, a pesar de reconocer que Wisconsin podía alegar esa *impracticability*, no cabía esa defensa por la modificación del contrato y en consecuencia, se reafirmó en la sentencia de primera instancia y condenó a Wisconsin.

#### **I.III.11.a. Casos de arrendamiento.-**

Existen una serie de casos de arrendamiento en los cuales las cortes americanas han aplicado la doctrina de la *frustration of purpose*. Para Farnsworth, los más conocidos y citados son *Gold v. Salem Lutheran Home Assn.*, *Washington State Hop Producers v. Goschie Farms*<sup>648</sup>, *Lloyd v. Murphy* y *Oglebay Norton Co. v. Armco*.

La doctrina de *frustration of purpose* en la jurisprudencia norteamericana, como vimos, exige especialmente que se cumplan los cuatro requisitos exigidos a la *impracticability*, sin embargo, el primero (frustración sustancial) y el cuarto (obligaciones contractuales mayores a las legales) son especialmente importantes. En *Gold v. Salem Lutheran Home Assn.*<sup>649</sup>, los herederos de Chouvaldjy, en adelante Gold, demandan a Salem Lutheran Home Assn., en adelante Salem, la restitución de ocho mil quinientos dólares pagados por Chouvaldjy, de 84 años de edad, para obtener una plaza en Salem, una entidad sin fines de lucro cuyo objeto es albergar a personas de avanzada edad. Las reglas de aceptación eran las siguientes: luego de un periodo de adaptación al hogar de ancianos de dos meses, el candidato era aceptado o rechazado, en el caso de Chouvaldjy fue aceptado. Salem redacta el contrato y lo envía a Chouvaldjy para su firma el 1 de octubre de 1956; Chouvaldjy lo suscribe el 25 de setiembre y lo remite con un cheque por USD 8.500,00<sup>650</sup> pero fallece el 27. Los familiares de Chouvaldjy demandan a Gold y solicitan la devolución del dinero entregado por frustración del contrato debida al fallecimiento del señor Chouvaldjy pero la corte de California desestima la demanda en consideración a que la muerte de una persona de 84 años era fácilmente previsible y por tanto no se puede hablar de

---

<sup>648</sup> Ambos citados por Farnsworth, *Ibíd.* 637.

<sup>649</sup> *Gold v. Salem Lutheran Home Assn.*, [S. F. No. 20008. In Bank. Dec. 18, 1959.], se puede consultar parte del caso en <http://scocal.stanford.edu/opinion/gold-v-salem-lutheran-home-assn-29790>. Consultado octubre 2014.

<sup>650</sup> Un único pago que debía hacer Chouvaldjy por albergarlo en la casa de ancianos hasta su muerte.

frustración de contrato de arrendamiento de la plaza en el hogar de ancianos; sin embargo, como señala Farnsworth, la Corte de Washington, toma en cuenta una circunstancia adicional que es quién redactó el contrato y si fue posible o no discutirlo y consecuentemente revisa la decisión de la corte de California.

En *Washington State Hop Producers v. Goschie Farms*<sup>651</sup>, la Tercera División de la Corte de Apelaciones de Washington, conoció el caso derivado de una serie de contratos de compra venta de lotes de lúpulo realizados entre *Washington State Hop Producers Inc. Liquidation Trust* y varios compradores de dicha planta de la familia de la cannabáceas, sustancial para la fabricación de cerveza. Con el fin de regular el mercado de lúpulo, el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos estableció un mecanismo basado en asignaciones de lotes para productores de lúpulo. El cálculo se hacía en base a la producción de años anteriores. Los productores a quienes se asignaba un lote podía comercializar dichos cupos. *Washington State Hop Producers* era una entidad formada por productores de lúpulo cuyo objetivo era comercializar esos lotes. Entre 1983 y 1985 comenzaron audiencias para enmendar las regulaciones de dicho mercado; en febrero de 1985 se iniciaron los trámites para disolver *Washington State Hop Producers* y esta cooperativa sacó a la venta dos lotes de lúpulo que fueron comprados por varios productores. El 27 de junio de 1985 el Departamento de Agricultura notificó a la ciudadanía en general que el sistema de mercado controlado de lúpulo y sus derivados terminaría de forma efectiva en diciembre de 1985 por lo que algunos productores que se habían comprometido con *Washington State Hop Producers* se negaron a honrar sus ofertas y otros efectivamente las pagaron. Hubo varios juicios que se acumularon, de *Washington State Hop Producers* contra los productores que no pagaron y de los productores que si pagaron contra *Washington State Hop Producers* para que les reintegre sus valores. La Corte señaló:

Comment a to § 265 denotes the difference between the four preceding sections and § 265; namely, in § 265 there is no impediment to performance by either party. It denotes the elements as: (1) the purpose that is frustrated must have been a principal purpose of that party making the contract, (2) the frustration must be substantial, (3)

---

<sup>651</sup> *Washington State Hop Producers v. Goschie Farms*, 1988, Tercera División de la Corte de Apelaciones de Washington, disponible en [http://www.leagle.com/decision/198853551WnApp484\\_1474.xml/WASHINGTON%20STATE%20HOP%20PRODUCERS%20v.%20GOSCHIE%20FARMS](http://www.leagle.com/decision/198853551WnApp484_1474.xml/WASHINGTON%20STATE%20HOP%20PRODUCERS%20v.%20GOSCHIE%20FARMS), consultada en noviembre 2104.



the nonoccurrence of the frustrating event must have been a basic assumption on which the contract was made, and (4) neither the language nor the circumstances indicate the contrary.

Para la corte, en consecuencia, el propósito del contrato no es una circunstancia que pueda ser delimitada de forma restringida, a menos que las partes de forma expresa lo hayan señalado así explícitamente, en el presente caso: “foreseeability of a possible frustrating event is meaningful only where the party seeking relief could have controlled the language of the contract to the extent of allocating the risk. Here exclusive control of the contract language was in the hands of the other party”<sup>652</sup>

El énfasis de la corte de Washington tiene que ver con la capacidad de las partes de establecer los mecanismos para distribuir los riesgos que hayan sido previsibles; en otras palabras, continuando con la línea jurisprudencial, el remedio de la *impracticability* solo es significativo cuando: i) las partes han hecho esfuerzos por prever el cambio de circunstancias, ii) las partes hayan asumido que las circunstancias no iban a variar, iii) hayan establecido mecanismos para distribuir el cambio de circunstancias, iv) hayan dejado en claro que el propósito del contrato era uno bien determinado; y, v) sobre todo, que el mismo haya sido negociado entre las partes. En caso de que se trate de un contrato redactado por una sola de las partes y que la otra no haya podido influir en la forma en que el mismo fue redactado y en consecuencia, hayan prevalecido el punto de vista de una sola de las partes, los jueces, como los de la corte de apelación de Washington, tienen a aceptar el remedio.

Tal vez uno de los casos más paradigmáticos en relaciones de arrendamiento, es el que Farnsworth señala, *Lloyd v. Murphy*. Este caso surge de un contrato de arrendamiento de parte de Caroline Lloyd de instalaciones para la venta de vehículos nuevos; las instalaciones, de propiedad de Murphy, solo podían ser usadas para dicho propósito, es decir, la venta de vehículos nuevos. El contrato fue celebrado en agosto de 1941 y entraba en vigencia en septiembre del mismo año. Con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno norteamericano impuso una serie de restricciones a la venta de vehículos nuevos que hicieron oneroso excesivamente, según Lloyd, el negocio de venta de autos por lo que abandonó las instalaciones

---

<sup>652</sup> Citado por Farnsworth, *Ibíd*, 637 y disponible en [http://www.leagle.com/decision/198853551WnApp484\\_1474.xml/WASHINGTON%20STATE%20HOP%20PRODUCERS%20v.%20GOSCHIE%20FARMS](http://www.leagle.com/decision/198853551WnApp484_1474.xml/WASHINGTON%20STATE%20HOP%20PRODUCERS%20v.%20GOSCHIE%20FARMS), consultada en noviembre de 2014.

incluso ante el hecho de Murphy de haber permitido el uso de las instalaciones para propósitos distintos y de haber ofrecido una disminución en el canon de arrendamiento. Murphy demandó y Lloyd interpuso el remedio de *frustration of purpose*, la corte de California, sin embargo, no lo estimó, en consideración a que al momento de la suscripción del contrato ya estaba en vigencia la *National Defense Act* que permitía al Presidente de los Estados Unidos relocalizar material y movilizar a la industria nacional por motivos de defensa, por ese motivo, la corte razonó que las condiciones especiales debido a la guerra existían ya al momento de suscribirse el contrato que, por otro lado, no contenía disposición alguna sobre los efectos del conflicto bélico por lo que se entendía que Lloyd había asumido los riesgos de la misma; en consecuencia rechazó la excepción ya que al analizar el propósito del arrendatario, tomar en consideración la ubicación de las instalaciones (en una se las arterias comerciales más importantes de Los Angeles, enfatiza Farnsworth) y el hecho de que Murphy incluso sugirió modificar la cláusula contractual que le permitiría a Lloyd utilizar las instalaciones con otro objetivo, consideró que:

The doctrine of frustration has been limited to cases of extreme hardship so that businessmen, who must take their arrangements in advance, can rely with certainty on their contracts...The sale of automobile was...merely restricted and if government regulation does not entirely prohibit the business to be carried on in the leased premises but only limits on restricts it, thereby making it less profitable or more difficult to continue, the lease is not terminated or the lessee is excused from further performance.<sup>653</sup>

En esa consideración, la corte de California no acepta que la doctrina de la *frustration of purpose* sea aplicada tan pronto como el propósito del contrato se vea frustrado puesto que en este, como en el resto de casos de la jurisprudencia norteamericana, se hace una interpretación amplia de lo que implica el propósito de un contrato que, como vimos anteriormente, no puede limitarse a obtener meramente una ganancia y más aún en casos de arrendamiento. Así lo ha confirmado la mayoría de jurisdicciones que ha entendido que si bien la doctrina de la *frustration of purpose* es aplicable a casos de arrendamiento, para que se conceda dicho remedio, la *frustration* debe ser completa o casi completa. En *Perry v. Champlain Oil Co.*,

---

<sup>653</sup> Citado por Farnsworth, *Ibid.* 638 y disponible en [http://www.leagle.com/decision/198853551WnApp484\\_1474.xml/WASHINGTON%20STATE%20HOP%20PRODUCERS%20v.%20GOSCHIE%20FARMS](http://www.leagle.com/decision/198853551WnApp484_1474.xml/WASHINGTON%20STATE%20HOP%20PRODUCERS%20v.%20GOSCHIE%20FARMS) consultado en octubre 2014.

1957<sup>654</sup> la Corte de New Hampshire, además de hacer una interesante distinción respecto de *comercial impracticability* y *impossibility of performance*<sup>655</sup>, señala, respecto de los casos de arrendamiento que:

Some authorities have taken the position that the doctrine of commercial frustration does not apply to leases but this is a minority view which we do not follow... The majority of jurisdictions have held that the doctrine of frustration is applicable to leases but have indicated that there must be complete or nearly complete frustration. Even more clearly with respect to leases than in regard to ordinary contracts the applicability of the doctrine of frustration depends on the total or nearly total destruction of the purpose for which, in the contemplation of both parties, the transaction was entered into.<sup>656</sup>

Es decir, si bien la doctrina puede ser aplicada, es fundamental que la frustración no implique una mera disminución de ganancia o de interés para una de las partes.

En otros casos, la corte ha decidido que no se conceda el remedio por la incapacidad de la parte de demostrar que ha habido una frustración del propósito del contrato, es decir por una cuestión de prueba, mientras que en otros, no se lo ha concedido en consideración a que la parte ha asumido el riesgo puesto que sí era previsible. Para sustentar esta afirmación, Farnsworth pone como ejemplo la resolución de la corte de Massachussets en *Essex-Lincoln Garage v. City of Boston*<sup>657</sup> litigio que proviene de un contrato de arrendamiento entre la ciudad de Boston y una empresa de garajes y surge a consecuencia de la decisión de la municipalidad de Boston de variar el sentido de una calle. La empresa de garajes, actora, considera que el hecho de mantener el sentido de una calle era una obligación implícita del municipio y que el cambio de la misma equivale a un frustración del contrato. Sin

---

<sup>654</sup> *Perry v. Champlain Oil Co.*, 101 N.H. 97 (1957), en <http://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/1957/4548-0.html>, citado por Farnsworth, *Ibíd*, 638.

<sup>655</sup> La Corte de New Hampshire estableció que: “The relatively modern doctrine of commercial frustration in the law of contracts is similar to the doctrine of impossibility of performance in that both require extreme hardship in order to excuse the promisor. Commercial frustration is different in that it assumes the possibility of literal performance but excuses performance because supervening events have essentially destroyed the purpose for which the contract was made. *Lloyd v. Murphy*, 25 Cal. (2d) 48, 53; *Brown v. Oshiro*, 68 Cal. App. (2d) 393. Whether the basis for commercial frustration rests on failure of consideration...or on equitable principles of allocation of risks....is not made entirely clear by the decided cases.”

<sup>656</sup> *Perry v. Champlain Oil Co.*, 1957, *Ibíd*, citado por Farnsworth, *Ibid*.

<sup>657</sup> *Essex-Lincoln Garage v. City of Boston*, 342 Mass. 719 May 3, 1961 - June 7, 1961 Un resumen del caso se puede encontrar en <http://masscases.com/cases/sjc/342/342mass719.html>. Consultado Octubre 2014.

embargo la corte, al analizar el caso establece que el contrato entre las partes establece una serie de “provisiones, condiciones y acuerdos” que no contiene una cláusula implícita y que está más orientada a entender que lo opuesto era probable, es decir, se debería entender en el caso de una empresa de garajes que era probable que el sentido de una calle podía cambiar y en consecuencia, era obligación del contratante establecer o negociar una cláusula para el evento de cambio de sentido de la calle que pudiese afectar su negocio.

### **I.III.12. Incremento o disminución excesiva de la prestación**

Para el derecho norteamericano y bajo la doctrina de la *impracticability*, se distinguen, como acabamos de ver, dos situaciones, la primera cuando el contrato es meramente más oneroso de aquellas situaciones donde el contrato es excesivamente oneroso. El baremo para hacer esta distinción es muy exigente. En *Publicker Industries v Union Carbide Corp.*, 17 UCC Rep. Ser 989<sup>658</sup>, que se deriva de un contrato para la provisión de etanol, que contenía una cláusula de incremento de precios que fijaba un techo de 28,5 centavos por galón pero debido a la crisis energética, uno de los componentes del etanol, el ethylene, pasó de 21,2 centavos a 37,2 centavos lo que implicaba un incremento en el precio total del contrato de cerca de 8 millones de dólares; la corte del distrito de Pennsylvania señaló que no se debe conceder el remedio cuando la alteración de los precios ha sido inferior al cien por ciento<sup>659</sup>, por lo que rechazó la aplicación del remedio debido a que el incremento no fue superior al cien por ciento. Otros casos en que las cortes norteamericanas resolvieron de forma similar son *American Trading & Prod. Corp. v Shell Intl. Maritime* y *Maple Farms v City School Dist*<sup>660</sup>. donde las cortes resolvieron que incrementos de 23 y 30% no tenían la entidad suficiente como para ser otorgado el remedio.

---

<sup>658</sup> Treitel, *Ibid*, 263.

<sup>659</sup> Desafortunadamente no existe un reporte ni resumen completo del caso pero el mismo es reportado por Treitel, *Ibid*; por Brunner, *Ibid*. 429 y por Frederick R. Fucci, *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, publicado por American Bar Association, Section of International Law, Spring Meeting – April 2006, New York, disponible en [http://www.arnoldporter.com/resources/documents/Hardship\\_Excuse\\_Article.pdf](http://www.arnoldporter.com/resources/documents/Hardship_Excuse_Article.pdf) , consultada octubre 2014.

<sup>660</sup> *American Trading & Prod. Corp. v Shell Intl. Maritime*, *Ibid*; y, *Maple Farms v City School Dist.*, *Ibid*.

## II. Las jurisdicciones de *civil law*.

Como regla general, en estos sistemas existe la doctrina conocida como *rebus sic stantibus*, es decir, el contrato obliga a las partes mientras se mantengan las circunstancias que existieron al momento de suscribirse el contrato, más bien dicho, *rebus sic non stantibus*. En los sistemas de *civil law*, es necesario hacer una observación previa, de la misma forma que lo hicimos en los del *common law*. En el derecho continental clásico es necesario distinguir la imposibilidad que precede a la suscripción del contrato de aquella que es posterior al mismo. Mientras la imposibilidad precedente vuelve al contrato nulo, la posterior puede liberar al deudor de las obligaciones adquiridas en base del contrato; del mismo modo, en los sistemas de derecho civil, el deudor se libera de dicha responsabilidad si la imposibilidad que provoca el incumplimiento no le puede ser atribuida<sup>661</sup>.

En este capítulo analizaremos la forma en que las jurisdicciones que han continuado la tradición del derecho civil tratan el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*. Nos concentraremos en la experiencia francesa con su teoría de la imprevisión (2), pasaremos a analizar la doctrina alemana de alteración de la base negocial (3), visitaremos la doctrina italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida (4) y revisaremos la práctica latinoamericana (5) y española (6).

### II.I. Francia y su *Code Cive*

*Los bueyes se sujetan con el yugo, los hombres, con las palabras.*  
Jossierand

#### **Previo.**

Intentaremos una aproximación distinta a la problemática del derecho francés. Si bien se considera que el mismo no acepta el principio establecido en la *clausula rebus sic stantibus* veremos que dicha lectura no es completamente acertada o al menos deja de lado algunos desenvolvimientos recientes de la jurisprudencia, doctrina y legislación francesas.

Analizaremos en primer lugar la forma en que el *Code Cive* analiza la institución del cumplimiento de los contratos y su exoneración en razón de la *force*

---

<sup>661</sup> Brunner, *Ibid*, 77.

*majeure* y luego revisaremos el caso *Craponne* para posteriormente revisar los cambios a la legislación civil y comercial con algunas sentencias que muestran los desarrollos recientes y en especial al uso de la *bonne foi* para tratar temas de cambio de circunstancias y una revisión somera del proyecto de ley Catalá que incluye la norma sobre *rebus sic stantibus*.

Luego pasaremos revista breve a la jurisprudencia administrativa y la aplicación de dichos principios a contratos entre privados y concluiremos que la aproximación francesa sí tomó en consideración la posibilidad de que el cumplimiento de un contrato se vea excusado por eventos sobrevenidos que provocaron que dicho cumplimiento sea excesivamente oneroso para la parte; la forma en que Francia lo hizo, a través de la *Loi Failliot*, difirió, eso sí, de la del resto de países europeos, acercándose más bien a la experiencia de Éfeso en la Antigüedad.

### **II.I.1. La fuerza de los contratos.**

El artículo 1134 del Código Civil francés<sup>662</sup> de 1804 establece que los contratos tienen la fuerza de la ley y deben ser ejecutados de buena fe.

Esta redacción consagra en el derecho francés el imperio de la *clausula pacta sunt servanda* en tanto y cuando considera que el contrato tiene fuerza de ley para las partes que lo suscribieron.

Al igual que otros códigos de rai gambre francesa, como el código ecuatoriano, el *Code Civil* ordena que las convenciones se revocan a través de consentimiento mutuo o por las causa que la ley autoriza.

El *Code Civil*, sin embargo, incorpora el tercer inciso que ordena que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe.

La fuerza de este artículo se consolidó cuando la Corte de Casación francesa dictó el 6 de marzo de 1876 su resolución dentro del caso *De Galliffet c. Comuna de*

---

<sup>662</sup> El artículo señala: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. Disponible en [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B74A3C18706B5910432F5D5CEA3BCEF8.tpdjo05v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140916](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B74A3C18706B5910432F5D5CEA3BCEF8.tpdjo05v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140916) consultado en diciembre 2013.

*Pélissanne*, fallo que posteriormente sería conocido como *Craponne*, por su actor<sup>663</sup>, el aristócrata Adam de Craponne.

De otro lado, el artículo 1148<sup>664</sup> ordena que el deudor se libera de su obligación en los casos de fuerza mayor y caso fortuito, según Hujo: “Un cas de force majeure est constitué par des évènements qui rendent l’exécution de l’obligation impossible, mais pas ceux qui la rendent seulement plus onéreuse.”<sup>665</sup>

La concepción, que considera que una fuerza exterior, irresistible e imprevisible puede excusar el cumplimiento de una obligación, se enmarca en la tradición jurídica francesa que reconoce los casos de fuerza mayor pero no los de excesiva onerosidad supervenida por lo que se afirma, usualmente, que Francia es uno de los países que no reconoce la *théorie de l’imprévision* o, mejor dicho, la modificación del contrato por la ocurrencia de eventos que vuelven los contratos más onerosos, aunque no imposibles de ser cumplidos. Analizaremos esta afirmación para lo cual revisaremos en primer lugar la posición de la doctrina francesa respecto de la previsión en los contratos para luego revisar las soluciones que la jurisprudencia y legislación francesa han adoptado al respecto.

### **II.I.2. La doctrina francesa sobre las previsiones**

Terré y Lequette citan como observación al análisis del caso *Craponne*, la conclusión hecha por Lecuyer cuando señalan que el contrato sufre las “magulladuras del tiempo” y en consecuencia, sugiere realizar el análisis de los efectos de las previsiones que las partes hacen al momento de suscribir el contrato.

Hervé Lecuyer, a su vez, cita a Maurice Hauriou: “El contrato es la iniciativa más audaz que pueda concebirse para lograr la dominación de la voluntad del

---

<sup>663</sup> Para una revisión del proceso *Craponne*, cfr. Capitant, Henri, *et alt.*, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Civil Francesa*, Bogotá, Ediciones Dalloz, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Tomo 2, pag. 129 y sigs; el artículo es suscrito por los Profesores Terré y Lequette de París II. La versión francesa se la puede encontrar en [http://fiches.dalloz-étudiant.fr/fileadmin/contenu\\_fiches/Prive/La\\_revision\\_du\\_contrat/-GAJC-Terre-Lequette\\_183.pdf](http://fiches.dalloz-étudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Prive/La_revision_du_contrat/-GAJC-Terre-Lequette_183.pdf), consultada en diciembre de 2013.

<sup>664</sup> Article 1148 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804).- Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite 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 qui lui était interdit.

<sup>665</sup> Hujo, Philipp, *Force Majeure et Imprévision*, GRIN, libro electrónico, posición 152, publicado, 2013 disponible en [www.amazon.com](http://www.amazon.com).

hombre sobre los hechos, integrándolos de antemano en un acto de previsión”<sup>666</sup> presentando de ese modo el contrato como un intento de apropiación del futuro y un mecanismo para anticiparse a él.

En concordancia con este criterio para Hervé Lecuyer, las previsiones<sup>667</sup> desde ese punto de vista pueden ser de dos clases, las denominadas intrínsecas y las extrínsecas. El primer tipo de previsión opera en términos de objeto ya que se refiere a las previsiones que son hechas por las partes y fueron fruto del acuerdo entre las mismas; el segundo tipo se refiere a los elementos que han guiado la decisión de vincularse y en consecuencia operan en el ámbito de la causa<sup>668</sup>. Analizaremos en primer lugar el objeto del contrato, es decir, las obligaciones y, posteriormente, las denominadas previsiones extrínsecas<sup>669</sup>.

Como veremos más adelante, es común en el derecho contractual distinguir el tiempo en el que se suscribió el contrato y en el que se ejecuta. Para Lecuyer, es necesario distinguir entre contratos consensuales y contratos no consensuales ya que en los primeros, los efectos de los contratos no participan en los mismos. Para entender esta distinción es necesario traer a la memoria la distinción hecha por la doctrina francesa entre efectos de la obligación y efectos del contrato.

Ambroise Colin y Henry Capitant consideraban que las obligaciones<sup>670</sup> tenían diferentes contenidos a los que denominaron prestaciones que podían ser de dar, las de hacer y las de no hacer. Las obligaciones de dar tienen por objeto la adquisición por parte del acreedor de un derecho real sobre la cosa; las de hacer, un hecho activo

---

<sup>666</sup> Lecuyer, Hervé, *El contrato, acto de previsión*, originalmente publicado en AA.VV., *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Presses Universitaires de France, Dalloz, Paris, 1999, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1623284](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623284), consultada en diciembre de 2013. La obra de Hauriou de la cual se toma la cita es *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Comares, 2003.

<sup>667</sup> Lecuyer define así la previsión: “...es todo acto de prever, que consiste en representarse o en organizar algo de antemano, así como el fruto de esa acción, la conjetura o la hipótesis que de ella resulta. La previsión se reconoce en el hecho de que ella recae sobre un acontecimiento que es posterior al momento en que ha sido formulada y cuyo acaecimiento es más o menos incierto. La previsión conduce a su autor a un futuro incierto.”, Lecuyer, *Ibíd*, 39.

<sup>668</sup> Lecuyer, *Ibíd*.

<sup>669</sup> Como informa Lecuyer, esta distinción no es absoluta puesto que las partes pueden incorporar en el contrato las previsiones extrínsecas, es decir aquellas que les llevó a suscribir el contrato en la forma indicada. Lecuyer, *Ibíd*.

<sup>670</sup> Pothier consideraba que son de la esencia de las obligaciones, que exista una causa de donde nazca la obligación, que existan personas que hayan contratado que alguna cosa haya sido objeto de dicho contrato, Pothier, Roberth Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, México, Tribunal Superior de Justicia Federal, 2002-2003, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1389>, pag. 11, consultada en diciembre 2013.



distinto de la transmisión o constitución de propiedad de la cosa y las de no hacer, aquellas que tiene por objeto que el deudor se abstenga de realizar ciertos actos<sup>671</sup>.

Pothier señalaba que aquel que está obligado a dar una cosa, está obligado a darla en el lugar y tiempo acordado para entregarla<sup>672</sup>. Cuando la obligación consiste en entregar un cuerpo cierto, el deudor adquiere la obligación de conservar la cosa hasta su entrega, siendo responsable por su destrucción o desaparición. El grado de responsabilidad dependerá del tipo de contrato del que se trate. En consecuencia, según este autor, los contratos pueden ser sólo en interés del acreedor, del deudor o de ambas partes, correspondiendo a cada uno de ellos, diverso grado de responsabilidad.

Distingue del mismo Pothier<sup>673</sup> cuatro grados de culpa: el *dolo* o culpa mala, intencionada; la *culpa lata* o *culpa grave*, aquella que se le imputa a quien no ha puesto en el asunto de otro aquello que las personas menos diligentes ponen en los suyos; la *culpa leve* cuando no se pone en los asuntos de otro la diligencia que se pone en los propios; y la *culpa levísima* que consiste en no poner en los asuntos de otro la diligencia que las personas más atentas ponen en sus asuntos.

Capitant difiere de esta gradación ya que la considera fruto de un error de la tradición puesto que “(l)a verdad consiste en que el deudor esta siempre obligado a la misma cosa, que es cumplir su obligación...ya que en los distintos contratos, la única cuestión que se plantea es la de saber hasta dónde llega exactamente el contenido, es decir, el objeto de la obligación”<sup>674</sup> y considera que “...el deudor incurre en culpa y, por consiguiente, es responsable del perjuicio causado al acreedor desde el momento en que la obligación no ha sido cumplida por obra suya.”<sup>675</sup> En consecuencia, las partes se obligan a cumplir las previsiones explícitas, en tanto y cuanto las implícitas, es decir aquellas relacionadas con la causa por la que contrataron, se mantengan dentro del ámbito de la buena fe.

---

<sup>671</sup> Colin, Ambroise et Capitant, Henry, *Derecho Civil. Obligaciones*, San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Universitaria y Asociación de Investigaciones Jurídicas, Tomo 1, 2004, pag. 3 y sigs.

<sup>672</sup> Pothier, *Ibíd*, 83.

<sup>673</sup> Pothier, *Ibíd*, 84.

<sup>674</sup> Colin et Capitant, *Ibíd*, 4.

<sup>675</sup> Colin et Capitant, *Ibíd*, 5.

### II.I.3. La *force majeure*

Los casos en los que el deudor se libera de la obligación que no ha sido cumplida son aquellos que proceden de una causa que le es extraña, que no pueden ser otros que: a) el hecho del acreedor mismo; y, b) el caso fortuito o fuerza mayor.

El *Code Cive* considera que: “Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite 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 qui lui était interdit.”<sup>676</sup>

En ese sentido, Pothier enseña que: “...el deudor de un cuerpo cierto, en tanto no está en disposición de pagarlo, no está jamás obligado a hacerlo, como no sea a consecuencia de una convención particular por la que se hubiere encargado de ello, o que una falta precedente del deudor no hubiere dado lugar al caso fortuito.”<sup>677</sup>

Para la doctrina francesa, caso fortuito es sinónimo de fuerza mayor (*vis maior*), aunque una parte de la doctrina conoce el caso fortuito con el nombre de *vis menor*. Colin y Capitant distinguen las siguientes interpretaciones:

- Según algunos autores, la fuerza mayor procede de una fuerza extraña mientras el caso fortuito de una causa interna al deudor.
- Para otros, el caso fortuito es la imposibilidad relativa al cumplimiento, es decir la que ha podido impedir la acción del deudor, considerado ya en sí mismo, ya como *bonus pater familias* ordinario pero que con una voluntad mejor armada hubiera podido cumplir la obligación.
- La fuerza mayor, de su parte sería la imposibilidad absoluta procedente de un obstáculo *irresistible, imprevisto e imprevisible* <sup>678</sup>.

Aunque Capitant asume esta interpretación, reconoce su inutilidad ya que ambas liberan al deudor de responsabilidad<sup>679</sup>. Más modernamente, Hujo, considera que el artículo 1148 del *Code Cive* establece que un caso de fuerza mayor está

---

<sup>676</sup> Article 1148, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>677</sup> Pothier, *Ibíd*, pag. 84.

<sup>678</sup> Colin et Capitant, *Ibíd*.

<sup>679</sup> Sin embargo reconoce que existe una jurisprudencia en la que a pesar de que existió fuerza mayor, no se libera por el caso fortuito, como es el caso de los efectos de la sentencia dictada con ocasión de la ley de 9 de abril de 1898 que imponía al patrón la obligación de indemnizar al trabajador por accidente de trabajo; si el mismo era ocasionado por un hecho suyo, es decir caso fortuito, entonces el patrono debía la indemnización; si se debía a un hecho externo, no la debía. Capitant impugna este sentencia.

constituido por elementos que vuelven la obligación de imposible cumplimiento y excluyen los casos en que la misma es solamente más onerosa<sup>680</sup>.

Tanto *Capitant* como *Hujo*, ilustran la evolución de la institución de la *force majeure* en Francia, con tres casos importantes, el arrendamiento de fincas, los fondistas y posaderos y los empresarios de transporte que, como recordamos son los mismos que regulaba el derecho romano.

En el caso del arrendamiento de fincas, cuando las partes estipulen que los casos fortuitos son de cargo del arrendatario, solo se obligará a responder al mismo de los denominados casos fortuitos ordinarios (granizo, rayo, helada, destrucción) y no de los denominados casos fortuitos extraordinarios (daños de guerra, inundación) que son, como veremos posteriormente, casos de *force majeure*.

En el caso de fondistas y posaderos, éstos no son responsables de los casos de robo a mano armada u otros de *force majeure* pero si son responsables de los robos en los que incurran sus empleados.

Finalmente, en el caso de los empresarios de transporte, éstos son responsables solo por casos de *force majeure* y no por caso fortuito por el monopolio de hecho que gozan en sus actividades<sup>681</sup>.

En definitiva, para que se excuse al deudor por los casos de *force majeure*, es necesario lo siguiente:

- Que se trate de un acontecimiento que sea imprevisible; es decir, no es necesario que el acontecimiento no haya sido previsto sino que ese acontecimiento no haya podido ser previsto por el deudor en cuestión, de forma normal<sup>682</sup>. *Colin* y *Capitant* citan una sentencia de 13 de junio de 1911 en la cual, el tribunal declara que si una persona debe pagar una prima un día determinado para evitar caer en caducidad inmediata, y ese día la persona sufre un ataque de apoplejía, el deudor cae en caducidad debido a que la enfermedad puede y debe ser prevista debido a que no es uno de aquellos acontecimientos que escapan a toda previsión.

---

<sup>680</sup> *Hujo*, posición, 152.

<sup>681</sup> Los tres casos constan en *Colin et Capitant*, *Ibíd*, 6.

<sup>682</sup> *Colin et Capitant* usan el adverbio “normalmente” que parecería referirse al hecho de que en circunstancias ordinarias ese deudor no pudo haber previsto el acontecimiento, lo cual introduce un elemento de subjetividad; esta subjetividad, por supuesto, debe estar sometida a la prueba, asunto que se trata de forma inmediata.

- De otro lado, es necesario que el deudor se haya visto impedido de cumplir y aquí, probablemente está el punto más importante respecto de la cláusula *rebus sic stantibus* y la jurisprudencia francesa de entonces, ya que la misma ha entendido que solo es excusa el impedimento que no permite que el deudor lleve a cabo su prestación y ha declarado que: "...la huelga y la guerra no constituyen *ipso facto* casos de fuerza mayor; solo pueden ser consideradas tales cuando las consecuencias que han producido han hecho el cumplimiento de la obligación no solo más oneroso o más difícil, sino también absolutamente imposible."<sup>683</sup>

Hujo añade a estos requisitos, que el evento sea exterior, es decir, que la parte que pretende beneficiarse de la exoneración no sea la responsable de dicho evento<sup>684</sup>.

Pothier, de su parte, incorpora plenamente la diligencia como elemento fundamental a la hora de otorgar la excusa:

Por ejemplo, si os he prestado mi caballo para ir a cierto lugar, y habéis sido atacado por ladrones que os han robado y matado mi caballo, aunque esta violencia que vos habéis sufrido sea un caso fortuito del cual un deudor generalmente no es responsable, sin embargo, si en lugar de seguir el camino ordinario y más seguro, hubieseis tomado por un camino de travesía, conocido como infestado por bandidos, y si en el fueseis atacado, seríais responsable de ese caso fortuito, por cuanto es vuestra imprudencia quien ha dado lugar al robo.<sup>685</sup>

Los eventos típicos que constituyen la *force majeure* son huracanes, sequías, guerras, disturbios, motines, huelgas generales, epidemias<sup>686</sup>.

Existen otros autores que requieren además que el impedimento sea absoluto, es decir se trate de un obstáculo que el deudor objetivamente no pueda superar; por lo tanto, si se trata de un buen padre de familia, u hombre diligente, Chamie Gandur, por ejemplo, señala que la Corte de Casación ha exigido que el impedimento sea físicamente imposible antes de conceder el remedio puesto que:

...no debe confundirse la imposibilidad con la simple dificultad: si el deudor puede superar el obstáculo aplicando una dosis adicional de trabajo o de dinero, se deriva entonces el deber de hacerlo lo que se traduce en una exigencia al deudor para que

---

<sup>683</sup> Colin et Capitant, *Ibíd.*

<sup>684</sup> Hujo, posición 152.

<sup>685</sup> Pothier, *Ibíd.*, 84.

<sup>686</sup> Hujo, posición 168.

procure todos los esfuerzos y los medios necesarios para superar la dificultad, aunque en la realidad ello no sea posible.”<sup>687</sup>

Lo mismo ocurre con las intervenciones legislativas pues solo se admite el remedio del incumplimiento en el caso de imposibilidad absoluta de superar dicho evento; para Chamie Gandur, la misma es claramente el resultado de aplicar el *puissance du droit*, es decir, una intervención que impide el cumplimiento de la obligación siempre que se registren el resto de requisitos para la *force majeure*.

Como consecuencia de este análisis le compete al deudor probar el caso fortuito o la fuerza mayor, así lo dispone el artículo 1302<sup>688</sup> del *Code Cive* que no es sino la aplicación de la regla del 1315<sup>689</sup> que ordena que el actor debe probar sus afirmaciones. Para Colin y Capitant, sin embargo, no siempre el actor deberá probar el hecho exterior que le impide el cumplimiento, sino que en ocasiones será suficiente que pruebe que ha cumplido sus obligaciones como un buen padre de familia<sup>690</sup> ello ocurre porque tanto en el caso fortuito como la *force majeure* los impedimentos son hechos y no actos jurídicos y, en consecuencia, pueden ser probados por todos los medios y, en especial, por presunciones, es decir, si el deudor demuestra que ha actuado con diligencia, existirá una presunción de que el hecho que le ha impedido el cumplimiento es un acto de *force majeure*<sup>691</sup>.

La ley francesa, no obstante, establece una serie de excepciones para el caso de que el deudor alegue la excusa de fuerza mayor. Es decir, en estos casos ni la fuerza mayor le excusa:

Cuando el deudor ha incurrido en mora<sup>692</sup>.

---

<sup>687</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 158.

<sup>688</sup> Article 1302 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804).- Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure. Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. Este y los siguientes artículos del *Code Cive* son citados por Colin et Capitant, *ibidem*.

<sup>689</sup> Article 1315.- (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804).- Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

<sup>690</sup> Colin et Capitant, *Ibíd*. Los autores señala que es esa la razón por la que se incluyó el artículo 4 de la ley de 18 de julio de 1889 por la cual se el colono, en caso de incendio, puede liberarse de su obligación si prueba que ha velado por la guarda y conservación de la cosa.

<sup>691</sup> Colin et Capitant, *Ibíd*, pag. 7.

<sup>692</sup> El artículo 1302 dice: “Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence,

Cuando la ley le impone una carga de riesgos (como el caso de quien ha aceptado en pago una cosa que no le era debida)<sup>693</sup>.

Cuando el contrato contiene una cláusula en este sentido, es decir, ha asumido los riesgos para sí<sup>694</sup>.

#### II.I.4. Efectos del contrato.

Para Colin y Capitant, el contrato, y en especial el de compra venta, es producto de una evolución del trueque, que parecería haberse originado en el intercambio de rebaños, *pecunia*<sup>695</sup> pero que posteriormente empezó a hacer uso de la moneda<sup>696</sup>; el efecto principal sería al traslado de propiedad de ciertos objetos.

Pothier, de su parte, consideraba que el contrato es una especie de convención, siendo la convención o pacto "...el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas un compromiso, o para resolver uno existente o para modificarlo..."<sup>697</sup> y el contrato, en consecuencia, es la convención que tiene como objeto formar un compromiso<sup>698</sup>, es decir: "...una convención por la cual dos partes recíprocamente, o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra, a darle alguna cosa, a hacer o no hacer tal cosa..."<sup>699</sup>. En este sentido, concuerda con Colin y Capitant, para quienes la venta tiene tres efectos:

- a) Transmisión de la propiedad de la cosa y de los riesgos que le son inherentes<sup>700</sup>.

---

*l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.*" (Énfasis agregado).

<sup>693</sup> Article 1379.- (Créé par Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804).- Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périée ou détériorée par sa faute ; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi.

<sup>694</sup> Article 1825.- (Créé par Loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804).- La perte, même totale et par cas fortuit, est en entier pour le fermier, *s'il n'y a convention contraire*. (Énfasis agregado). Article 1883 .- (Créé par Loi 1804-03-09 promulguée le 19 mars 1804).- Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire.

<sup>695</sup> Una posición bien diversa es la seguida por Graeber, David, *Debt. The First 5000 years*, New York, First Melville House Printing, 2011.

<sup>696</sup> Para un análisis del uso de la moneda, Aristóteles, *Ética a Nicómano*, antes citado.

<sup>697</sup> Pothier, *Ibíd.*, 12.

<sup>698</sup> En consecuencia, para Pothier, en el derecho francés el contrato no se define a la forma romana, es decir, *Conventio nomen habens a jure civil vel causam*, Pothier, *Ibíd.*, 12.

<sup>699</sup> Pothier, *Ibíd.*

<sup>700</sup> Article 1138 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804).- 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.

- b) Nacimiento de determinadas obligaciones para el vendedor (básicamente la entrega de la cosa y el saneamiento de la misma)<sup>701</sup>.
- c) Imposición de determinadas obligaciones al comprador (recibir y hacerse cargo de la cosa, satisfacer los gastos de la venta y abonar el precio)<sup>702</sup>.

De su parte, Planiol y Ripert definían así el contrato:

“La convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico..., y el contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”<sup>703</sup>

Con lo cual, Planiol y Ripert introducen un elemento adicional a la definición de contrato que es la referida al interés jurídico. En el caso de estos autores, se produce, respecto del objeto del contrato, un particular razonamiento, señalan lo siguiente:

Hablando propiamente, un contrato no tiene *objeto*: por lo menos solo podemos atribuirle uno con ayuda de una *elipsis*<sup>704</sup>; el contrato es un acto jurídico que tiene *efectos*, y estos efectos consisten en la producción de diversas obligaciones; las obligaciones son las que tienen un *objeto*, y por una especie de abreviación se atribuye directamente este objeto al contrato mismo. Así cuando se habla de objeto del contrato, se refiere uno a la cosa o hecho sobre el cual se ponen de acuerdo las partes, y que forma, como dice el artículo 1106, la materia de la obligación.<sup>705</sup>

En consecuencia para estos autores, el objeto del contrato es lo que debe el deudor, que a su vez es el efecto de la obligación, peculiar punto de vista que, sin embargo, se asemeja a lo que había señalado Pothier siglos antes.

---

<sup>701</sup> Article 1136 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier. Article 1137 (Modifié par LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 26) L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins raisonnables. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

<sup>702</sup> Article 1650 (Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804).- La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente. Article 1657 (Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804) En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. Article 1593(Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804).- Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur. Artículos citados por Colin et Capitant, *Ibid*, 323.

<sup>703</sup> Planiol, Marcel et Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo V, Teoría General de los Contratos, Contratos Especiales*, México, Cárdenas Editor, 9.

<sup>704</sup> La elipsis, tanto en francés como en español, implica la omisión de una parte de la oración que, aunque necesaria, se entiende por su contexto.

<sup>705</sup> Planiol et Ripert, *Ibid*, 32.

El objeto del contrato para Pothier es: “Los contratos tienen por objeto: o cosas que una de las partes contratantes estipula que se le dará, y que la otra parte promete darle; o bien alguna cosa que una de las partes contratantes estipula que hará o no hará y que por otra parte promete hacer o no hacer.”<sup>706</sup>

Respecto del efecto que produce el contrato, Pothier indica que una convención no tiene más efecto que respecto de las cosas que han sido objeto de la convención y solamente entre las partes contratantes<sup>707</sup>, ello porque siendo la convención un acuerdo de voluntades, el contrato no puede tener más efecto que sobre los objetos que las partes han querido que sean parte de la convención, con exclusión de otros<sup>708</sup>.

La consecuencia del razonamiento de Planiol y Ripert, por otro lado, es que desde su punto de vista, el *Code Civile* reglamenta en un mismo artículo los efectos de los contratos y los de las obligaciones, a pesar de que según los mismos autores se tratan de cosas distintas y ello se debe a la elipsis antes mencionada. Para Planiol y Ripert, la fuerza del contrato radica en que las convenciones tienen fuerza de ley para quienes las hayan celebrado<sup>709</sup>. Esa es la razón por la que, consideran que solo las partes pueden modificar el contrato y de ninguna manera puede hacerlo el juez, si no existe una causa de nulidad o rescisión prevista por la ley; como veremos más adelante, la crítica canónica a la denominada teoría de la imprevisión puede ser hallada en el trabajo de estos dos autores, como lo veremos más adelante.

### **II.I.5. Las previsiones extrínsecas en los contratos**

Para Lecuyer, en los contratos consensuales, los efectos de los contratos no se deben separar del acuerdo de voluntades que da origen a esos contratos, en consecuencia, las obligaciones nacidas de esos contratos, como la constitución o transmisión de un derecho real o personal, son efectos del contrato pero no pueden ser previsiones del mismo porque forman parte de la voluntad de las partes ya que las

---

<sup>706</sup> Pothier, *Ibíd*, 41.

<sup>707</sup> Pothier, *Ibíd*, 58.

<sup>708</sup> Pothier, *Ibíd*.

<sup>709</sup> En una celebrada nota al pie de página, Planiol y Ripert enseñan lo siguiente: “Lo anterior significa que la observancia del contrato se impone a las partes, como la de las leyes, y ninguna de ellas puede sustraerse sin consentimiento de la otra. (Com. Ulpiano “Hoc servabitur quod initio convenit; legem enim contractus dedit, D. 1, 17, 23) pero esto no quiere decir que el contrato sea una ley y que su mala interpretación, haga procedente la casación.”



partes de forma instantánea al momento de obligarse, declaran esos objetos y en consecuencia no existe incertidumbre respecto de dichos objetos: “En un contrato consensual permanecen a título de previsiones de los contratantes los efectos de las obligaciones que nacen del contrato; efectos que “se organizan alrededor de dos destinos posibles: la ejecución o el incumplimiento.”<sup>710</sup>

En otras palabras, los efectos del contrato, es decir que las partes se obliguen, creen o transmitan obligaciones, son efectos indisociables del nacimiento de la obligación, sin embargo, tanto la el cumplimiento como el incumplimiento son acontecimientos posteriores al nacimiento del contrato y son, de por sí, inciertos. De allí que Lecuyer discrepa con Planiol y Ripert, Pothier y Colin & Capitant puesto que para aquel:

Así las cosas, la distinción es límpida, entre los efectos del contrato que son indisociables de su formación y que no constituyen previsiones, y los efectos de las obligaciones, previsiones éstas que se realizan - o no – al momento de la ejecución del contrato, de suerte que un razonamiento en términos de previsiones, resalta la distinción formación-ejecución del contrato para los contratos consensuales e incita a evitar toda confusión entre efecto del contrato y efecto de la obligación.<sup>711</sup>

Para Lecuyer, entonces, nada puede hacerse respecto de los efectos del contrato, que es la expresión de la voluntad de las partes; sí se puede hacer respecto de los efectos de las obligaciones que son susceptibles de no ser ejecutadas.

Respecto de los contratos no consensuales<sup>712</sup>, Lecuyer que los contratos reales al formarse de forma posterior al acuerdo de voluntades, permiten que ambos hechos, la formación y el acuerdo de voluntades, se aúnen en un solo acto: el acto solemne, porque tanto la voluntad de formalizar el acuerdo como los efectos obligaciones que las partes han acordado de los cuales, tienen su ancla, su manifestación formal en el contrato escrito <sup>713</sup>. Cosa similar ocurre en los contratos solemnes que asumen dicha categoría por voluntad de las partes; en ellos, las partes llegan a un acuerdo y posteriormente celebran el rito que da la forma solemne a los mismos<sup>714</sup>.

---

<sup>710</sup> Lecuyer, *Ibíd*, 41.

<sup>711</sup> Lecuyer, *Ibíd*

<sup>712</sup> Reales y solemnes en la clasificación de Lecuyer.

<sup>713</sup> De la misma forma que en el derecho romano, en que se redactaba un escrito que les servía de prueba y al final del cual se hacía constar que se había realizado la estipulación. Este escrito recibía el nombre de cautio. Planiol et Ripert, *Ibíd*, 20.

<sup>714</sup> Lecuyer, *Ibíd*, 46.

Con esos antecedentes, Lecuyer señala que los contratos deben ser cumplidos por varias razones, señalemos las dos más importantes: desde el punto de vista moral, la fuerza obligatoria de los contratos nace de la palabra dada; desde el punto de vista económico y social, la seguridad de las transacciones, garante de la paz pública ya que a través de la misma, se respeta, en lo micro, el interés particular del contratante y en lo macro, el interés general, nociones más o menos repetidas en otras legislaciones y contextos.

Nos interesa, sin embargo, la concepción de Lecuyer sobre el contrato como acto de previsión, para este autor, el contrato debe ser respetado sobre todo porque las previsiones de los contratantes no debe ser desestimadas en especial cuando se mira las dos posibilidades que rodean las estipulaciones contractuales, el cumplimiento o no de la obligación. Si las partes fijan o determinan las consecuencias en caso de incumplimiento, entonces esas previsiones deben ser respetadas puesto que es esa la voluntad de las partes; lo mismo debería aplicarse cuando las partes guardan silencio respecto de los escenarios de incumplimiento que se podría leer como el deseo de las partes de someterse al derecho del código en caso de incumplimiento<sup>715</sup>. Para el autor francés, la redacción del artículo 1134 no parecería muy adecuada especialmente si tomamos en cuenta lo señalado por el artículo 1135 del mismo código: “las convenciones obligan no solo a lo expresado por ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley asignen a la obligación según su naturaleza”, la consecuencia de ello es que:

Así las cosas, se proponen dos definiciones del dominio cubierto por la fuerza obligatoria del contrato, según procedan a una confusión o a una distinción. La confusión conduciría a proponer que el contrato comprendiese – que la fuerza obligatoria cubriese – el conjunto de elementos provenientes de las dos fuentes: la fuente voluntaria (las previsiones) y la fuente legal (las consecuencias del artículo 1135 del Código Civil).<sup>716</sup>

De otro lado, conforme el artículo 1150 del *Code Cive*, el deudor solo es responsable de los daños y perjuicios que han sido previstos o que se pudieron prever

---

<sup>715</sup> Lecuyer, *Ibíd*, 47.

<sup>716</sup> Lecuyer, *Ibíd*, 49.

en el contrato, cuando no es por su dolo que la obligación no ha sido ejecutada<sup>717</sup>, en otros términos, el daño previsible no es ni más ni menos que el objeto mismo de la obligación no ejecutada, es decir la ventaja no prometida y no recibida<sup>718</sup>. En esas circunstancias, para Lecuyer, se presentan dos alternativas, la primera que los contratantes no quieran o no puedan prever de forma alguna lo que podría ocurrir en el futuro<sup>719</sup> y la segunda que lo hagan en detalle, en demasía, apostilla este autor. En el segundo caso planteado por Lecuyer, se encuentran las denominadas cláusulas de *hardship* cuyo objetivo es justamente prever lo que ocurrirá en caso de que se presenten situaciones previstas por las partes o al menos la regla general con la que las partes se comprometen a tratarlas.

En los casos de que las partes no hayan podido o no hayan querido prever la ocurrencia de casos no previstos, la doctrina francesa ha recurrido frecuentemente a lo que se denomina la teoría de la imprevisión, *théorie de l'imprévision*.

#### **II.I.6. ¿La teoría de la imprevisión en el caso Craponne?**

Para la enorme mayoría de la doctrina, el sistema del *code civil* es de los pocos que rechazan la denominada *clausula rebus sic stantibus*. Es necesario hacer algunas acotaciones al respecto.

Como señalan Terre y Lequette, el caso *Craponne* no es el primero en tratar sobre el cambio de circunstancias ya que la *Cour de Cassation* (en adelante la *Cour*) había rechazado el modelo de rescisión implementado por las cortes de apelaciones con ocasión de los procesos que se iniciaron a raíz de la Guerra de Crimea<sup>720</sup> que tuvo lugar entre 1853 y 1856.

El caso *Craponne* se remonta al diferendo surgido por la modificación de los precios de uso de agua del canal del mismo nombre que fue construido en 1567 y

---

<sup>717</sup> Article 1150.- (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804).- Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont 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.

<sup>718</sup> Lecuyer, *Ibid*, 50.

<sup>719</sup> Y sin embargo, señala Lecuyer, recurrir a la denominada técnica de los contratos-marco, que tienen como esencia regular relaciones estables entre los contratantes y sin embargo dejar libertad o flexibilidad para la suscripción de contratos más puntuales. Lecuyer, *Ibid*. El otro mecanismo es dejar al arbitrio de la ley la solución de situaciones no previstas por la ley.

<sup>720</sup> Los casos citados por Telle et Lequette son: Civ. 9 de enero de 1856, DP 56.1.33, 11 de marzo de 1856, DP 56.1.100.

cuya sentencia fue emitida por la *Cour de Cassation* en 1876, es decir más de tres siglos después.

Adam Craponne se compromete el 22 de junio de 1567 a construir y mantener un canal destinado a regar huertas, viñedos, prados y otras propiedades de los habitantes de la comuna de Pélissanne que a su vez se comprometen, conjuntamente con los representantes de dicha comunidad, a hacer dos tipos de pagos: a) un pago de 20 florines por cada *carteirade*<sup>721</sup> en tres años; y, b) 3 soles por cada *carteirade* de cada regadío. Este pago se hará a perpetuidad.

El contrato además contenía dos cláusulas notables. La primera que los vecinos de Pélissanne no destruirían de ninguna forma el canal y que no cobrarían al constructor Adam Craponne, cantidad alguna por el paso de dicho canal. La segunda cláusula, más importante aún, es que los vecinos no fijarán impuesto alguno sobre las rentas que provengan de dicho canal. De su parte, Craponne se comprometía a conservar a sus expensas el canal y a construir tres puentes y mantenerlos.

El contrato, como queda mencionado fue suscrito en 1567 y la demanda fue resuelta por el tribunal de apelación de Aix en 1841. La *Cour de Cassation* se pronuncia el 6 de marzo de 1876.

Debe recordarse del mismo modo que en 1778, el marqués de Galliffet fue informado por el gobierno que el canal Craponne no podría seguir siendo mantenido por el aristócrata si no se revisaban los precios acordados entre las partes. Del mismo modo, según informan Terré y Lequette, los habitantes de Pélissanne, a través del alcalde y suplentes de la comuna, informaron al marqués de Galliffet que los precios de mantenimiento del canal efectivamente no podían ser mantenidos en ese nivel debido a los altos costos que implicaba la conservación de dicho canal. En consideración a ambos informes se tomaron medidas administrativas provisionales para paliar el problema ya que el propio marqués de Galliffet solicitó la revisión del precio debido a que no podía cancelar el valor necesario. Es así que la comunidad de Pélissanne entregó en calidad de préstamo al marqués una suma cercana a los seis mil francos para hacer obras de mantenimiento y decidieron que la suma referida sería pagada al momento del incremento de los precios.

---

<sup>721</sup> Cerca de 190 áreas, es decir casi dos hectáreas considerando que una hectárea tiene cien áreas, de otro lado, una hectárea tiene diez mil metros cuadrados.

Para resolver la cuestión, la corte de Aix cita a Jullien quien indicaba: “El contrato que tiene carácter sucesivo debe someterse a la equidad cuando el paso del tiempo lo hace injusto, cuando el estado de las cosas cambió tanto que el antiguo convenio, en relación con el tiempo presente, llega a ser injusto.” En consecuencia, señala que la única alternativa para remediar esa situación es el aumento de los derechos que recibe el marqués Galliffet, incremento que se hace, dice la corte, en una medida que la corte considera razonable en base a los cuadros de precios presentados por el marqués. La conclusión a la que llega la corte es la siguiente, transcribimos la parte pertinente:

Considerando que si los convenios legalmente formados tienen lugar de ley entre las partes y que no pueden modificarse sino con el consentimiento común, no ocurre lo mismo para los contratos de carácter sucesivo; que se reconoce, en derecho, que estos contratos que se fundamentan en un canon periódico, pueden verse modificados por la justicia, cuando ya no existe una correlación equitativa entre los cánones de una parte y las cargas de la otra; que, en el caso, el canon debido por los usuarios de riesgo representa el goce sucesivo de las aguas del canal, al tener como correlativo el mantenimiento y los gastos de este mismo canal; que a partir del día en que esta igualdad deja de existir, la ley primitiva del contrato se rompe y corresponde a los tribunales restablecer la igualdad primitiva.<sup>722</sup>

Por supuesto, la parte afectada recurrió esta sentencia en base a dos causales, abuso de poder y violación del artículo 1134 puesto que, según el recurrente, con el pretexto de tratarse de un fallo sucesivo, “...el fallo atacado substituyó un nuevo precio al que resultaba del convenio de las partes”<sup>723</sup>; y, exceso de poder y violación de los artículos 1135 y 1135 porque, según el recurrente, la corte, con el pretexto de que no podía determinarse la parte de los trabajos que le correspondería a cada parte, decidió que los mismos serían soportados a escote, es decir, pagando cada uno lo que le corresponde en un gasto común.

La Corte de Casación no aceptó la segunda causal por cuanto el valor que la corte de Aix condenó a pagar corresponde al valor que cada parte tenía la obligación de aportar sea como canon o sea como obligación de conservación del canal.

Respecto de la causal segunda, la Corte de Casación analiza en primer lugar la posibilidad de aplicar el principio establecido en el *Code Cive* de 1804 a un contrato

---

<sup>722</sup> Terré et al., *Ibíd.*, 131.

<sup>723</sup> Terré et al., *Ibíd.*

suscrito en 1567; como la Corte considera que dicho contrato se fundamenta en principios recogidos por el código y vigente, en consecuencia, desde el momento mismo de la suscripción del contrato, la Corte no ve problema en aplicar los principios establecidos en el código a dicho contrato.

En cuanto a la aplicación mismo del principio la Corte razona de la siguiente forma:

Considerando que la norma que consagra (el artículo 1134) es general y absoluta y rige los contratos cuya ejecución se extiende así a épocas sucesivas como los de cualquier naturaleza; Que, en ningún caso, pertenece a los tribunales, tan equitativa como les pueda parecer su decisión, considerar el tiempo y las circunstancias para modificar los convenios de las partes y sustituir nuevas cláusulas a las que fueron aceptadas libremente por los contratantes; Que al decidir lo contrario y al elevar a 30 centavos de 1834 a 1874, después a 60 centavos a partir de 1874, el canon de riego, fijado en 3 soles por los convenios de 1560 y 1567, so pretexto de que este canon no tenía ya relación con los gastos de mantenimiento del canal de Craponne, el fallo impugnado violó formalmente el artículo 1134 anteriormente visado.- Por estos motivos, casa....<sup>724</sup>

El análisis clásico sobre esta sentencia es el que realizan Planiol y Ripert, quienes llegan a afirmar, cuando analizan la fuerza de los contratos, lo siguiente: “Véase una curiosa aplicación de esta regla, tratándose de una renta por riego, que en el siglo XVI se fijó en tres sueldos, cifra que con el tiempo fue absolutamente insuficiente para la conservación del canal de irrigaciones y que el tribunal ilegalmente elevó a 60 céntimos. (Cas. 6 mar. 1876, D. 76. 1. 103)<sup>725</sup>”

La crítica que hacen Planiol y Ripert a la sentencia emitida en el caso Craponne es canónica y debido a su importancia las seguiremos atentamente. Planiol y Ripert conceden que a partir de la Guerra Civil europea de 1914, las nuevas condiciones económicas fomentaron el impulso de lo que se conoce como teoría de la imprevisión, sin embargo, señalan, el principal argumento, es decir permitir que el juez modifique las condiciones de cumplimiento de la obligación sin que las partes hayan podido prever racionalmente los hechos imprevistos, está sujeto a la ley francesa que no permite que el juez modifique el contrato bajo ninguna circunstancia. Si bien, en algunos casos, y siempre según Planiol y Ripert, el cumplimiento del

---

<sup>724</sup> Terré et al., *Ibíd.*, 132.

<sup>725</sup> Este caso, por cierto, es el caso Craponne que analizamos al inicio de este capítulo.

contrato devendría en la ruina del deudor y en el enriquecimiento del acreedor y parecería equitativo ayudar al deudor al cumplimiento de la obligación, no es permisible que se conceda al juez tales facultades:

Las dificultades en el cumplimiento no constituyen la fuerza mayor liberatoria y no puede presumirse que las partes no hayan tomado en consideración las posibles modificaciones del estado de cosas existente al celebrar el contrato, pues al contratar, por ejemplo, un arrendamiento de duración ilimitada, cada contratante persigue por el contrario, asegurar el futuro. Por otra parte, el motivo del incumplimiento invocado por el deudor, es el desequilibrio entre las prestaciones, sobrevenido con posterioridad al contrato. Pero, así como la lesión, contemporánea a la formación del contrato, no es una causa de nulidad, la que se produce durante su cumplimiento, no puede tomarse como causa para revisar el contrato.<sup>726</sup>

Como se ve, Planiol y Ripert aceptan con claridad la equidad<sup>727</sup> en la posibilidad de modificación de las relaciones contractuales pero insisten en que los jueces no tienen tal facultad. Desde ese punto de vista, se hace necesario recordar que la Corte de Casación no condena que se haya buscado la equidad en la modificación del contrato sino que el tribunal de apelaciones de Aix haya actuado más allá de sus facultades puesto que es el juez y no las partes quienes modifican los términos del contrato<sup>728</sup>. Se hace necesaria esta aclaración, necesaria aunque de pocos efectos prácticos, debido a que parecería rondar la falsa idea de que la legislación francesa habría actuado de forma irracional rechazando un principio revestido de una gran apariencia de equidad como la *cláusula rebus sic stantibus* porque el imperio del principio *pacta sunt servanda* sería en la legislación francesa, absoluto.

A este respecto, es necesario recordar el énfasis de la *Cour de Cassation* cuando resuelve el caso ya que en el mismo se condena el hecho de que los jueces hayan modificado los términos del contrato y es por eso que la casación rechaza la solución presentada por el tribunal de Aix.

---

<sup>726</sup> Planiol y Ripert, *Ibíd.*, 97.

<sup>727</sup> “Equitativo parece entonces ayudar al deudor, facultando a los tribunales para reglamentar sus obligaciones en consideración de las circunstancias.”, Planiol et Ripert, *Ibíd.*

<sup>728</sup> La sentencia de la *Cour de Cassation* señala: “Que, en ningún caso, pertenece a los tribunales, tan equitativa como les pueda parecer su decisión, considerar el tiempo y las circunstancias para modificar los convenios de las partes y sustituir nuevas cláusulas a las que fueron aceptadas libremente por los contratantes.”

## II.I.6. ¿Soluciones alternativas?

Desde este punto de vista, la *Cour de Cassation* adoptó, cien años antes, el mismo punto de vista que la doctrina norteamericana cuando criticó la sentencia emitida por el juez Teitelbaum en *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc*<sup>729</sup>. En ese caso, el juez Teitelbaum modificó los términos contractuales establecidos por las partes. Recordemos que la doctrina norteamericana se pronunció, en su mayoría, en contra de la modificación de los términos contractuales por parte del juez ya que consideraban que el mismo no tenía facultades para hacerlo; que es justamente el argumento que la *Cour de Cassation* utilizó para revocar la sentencia del tribunal de Aix en el caso *Craponne* que modificó los términos contractuales establecidos por las partes<sup>730</sup>.

Sin embargo, las razones por las cuales las cortes francesas decidieron dejar de lado la solución planteada por la *rebus sic stantibus* fueron de dos tipos, jurídicas y económicas.

Terré y Lequette señalan que desde el punto de vista jurídico, los jueces temieron que los contratantes de mala fe busquen sustraerse de sus obligaciones y que la arbitrariedad del juez favoreciese la inestabilidad de los contratos. Desde el punto de vista económico, la razón es que la revisión del contrato es ciertamente el camino para evitar la ruina del contrato pero de aceptarla, se produciría una serie en cadena de efectos generalizados que buscarían sustraerse de sus obligaciones contractuales<sup>731</sup>.

De todos modos, hay otras pistas que pueden ayudar a morigerar el peso de la afirmación que señala que la legislación francesa no reconoce este cláusula.

En primer lugar, la antigüedad de la crítica. Marcel Planiol falleció en 1931 y George Ripert en 1958 y desde que ambos autores redactaron su famoso tratado, la doctrina francesa a este respecto ha cambiado sustancialmente<sup>732</sup>.

---

<sup>729</sup> Un resumen está disponible en <http://www.lawschoolcasebriefs.net/2013/12/aluminum-company-of-america-v-essex.html>.

<sup>730</sup> En el caso *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc*<sup>730</sup> hubo una apelación pero las partes llegaron a un acuerdo y en consecuencia la Corte Suprema no se pronunció al respecto.

<sup>731</sup> Terré et Lequette, *Ibid*, 134.

<sup>732</sup> Es interesante constatar que las críticas que se hacen a la sentencia *Craponne* de parte de muchos de los estudiosos contemporáneos recurren frecuentemente a las palabras de Planiol y Ripert e incluso, cuando se habla de las excepciones, vuelven a recurrir a la misma, la sentencia administrativa emitida en el caso *Gas de Bordeaux*.



En segundo lugar porque la solución no es desconocida en la legislación francesa. En efecto, como señalan Terré y Lequette, debido a que los jueces se abstuvieron de emitir sentencias que reconozcan dicho principio por el temor a una generalización del fenómeno o, por la sencilla razón, de que no pueden apreciar el fenómeno de forma general, se prefirieron otras soluciones.

En tercer lugar, si se analiza el tipo de contrato, vemos que se trata de un contrato entre un privado que realiza una obra en beneficio de una comunidad. Por supuesto que no se puede extrapolar las categorías jurídicas, pero si se observa un poco el contenido del contrato por el cual Adam Craponne se comprometió a construir el canal, podríamos llegar a la conclusión de que dicho contrato podría encajar dentro de lo que se conoce como contrato administrativo y en consecuencia, no sería en estricto sentido un contrato de derecho privado.

De otro lado, el código civil francés fue expedido en 1804 mientras que el contrato fue suscrito en el siglo XVI, por lo que se podría pensar si el tipo de legislación aplicable al caso fue la correcta y si hubo un análisis de la relación entre norma y tiempo.

En efecto, cabe hacerse la pregunta sobre el impacto que la ocurrencia de un fenómeno pueda tener. Si se trata de un acontecimiento que provoca que sea imposible de superar, que no haya sido previsto, que sea irresistible y exterior a los contratantes, efectivamente se trata de un fenómeno general, no limitado a un contratante determinado. Si afirmamos, por otro lado, que la imposibilidad debe ser objetiva, en el caso de fuerza mayor, es decir que no se refiera a que la ejecución de ese contrato sea de imposible cumplimiento para cualquiera y no solo para el deudor, se debe aceptar, de hecho que el impedimento debe ser generalizado.

En otras palabras, si ocurre un fenómeno exterior, irresistible e imprevisto, el mismo debería afectar, en mayor o menor medida, a un grupo importante de contratantes y no solo a uno de ellos ya que, por definición, si solo afecta a uno de ellos (o a varios) no podría tratarse de una imposibilidad objetiva sino de una subjetiva, es decir que afecte solo a un sujeto.

Terré y Lequette señalan:

Sin embargo, el juez está mal situado para apreciar si su decisión, particular por definición, será con respecto, a la economía nacional, buena o mala. De ahí su rechazo de proceder a la revisión. Le corresponde al legislador, más equipado para

apreciar las consecuencias económicas de tal o cual elección, intervenir puntualmente, cuando la justicia contractual es particularmente escandalosa y que una categoría importante de personas arriesguen verse arruinadas.<sup>733</sup>

### II.I.7. La solución legislativa

La solución francesa, en consecuencia, se ha mostrado más proclive a tomar en consideración, además de que se trate de una fuerza exterior, imprevisible e irresistible, que se trate de una fuerza que afecte a un gran número de contratantes, haciendo eco, de ese modo, a una fuerza generalizada. Tal es así que a continuación de las dos guerras mundiales, la república francesa emitió leyes cuyo objetivo era justamente aplicar el remedio a los casos generales donde la ocurrencia de un evento hizo que el cumplimiento del contrato sea más oneroso, excesivamente oneroso, para una de las partes contractuales.

Luego de la primera Guerra Civil europea de 1914 y de la segunda guerra, el legislador francés expidió dos leyes, la primera la denominada *Ley Failliot* de 21 de enero de 1918<sup>734</sup> y la signada como 49-547 de 22 de abril de 1949<sup>735</sup>. En la ley Failliot, se concede a los jueces un poder de revisión de los contratos mercantiles suscritos antes del 1 de agosto de 1914 siempre y cuando dichos contratos se hayan vuelto excesivamente onerosos para una de las partes. Lo mismo ocurre con la ley 49-547 de 1949 cuyo objetivo era revisar los contratos anteriores al 2 de septiembre de 1939<sup>736</sup>.

En la discusión del Senado francés de 29 de noviembre de 1919, el reporte de las deliberaciones indica lo siguiente: “...pour certains de ces contrats, l’exécution en était rendue tellement onéreuse par suite de la guerre qu’elle était pour ainsi dire irréalisable, a voulu permettre aux intéressés par trop victimes d’évènements déifiant toutes les prévisions, d’obtenir la résolution ou la suspension de ces conventions. »<sup>737</sup>

---

<sup>733</sup> Terré et Lequette, *Ibid.*, 134.

<sup>734</sup> Esta ley está disponible en [http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/3eme/pdf/documents\\_parlementaires/1917/DP1917\\_725\\_853.pdf](http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/3eme/pdf/documents_parlementaires/1917/DP1917_725_853.pdf).

<sup>735</sup> Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000314871> consultada en diciembre 2013.

<sup>736</sup> En Alemania ocurre algo similar, puesto que el 22 de marzo de 1952 se expide la ley *Vertragshilfegesetz* con un objetivo similar. La noticia de estas leyes está tomada de Hujó, *Ibid.*, posición 1282.

<sup>737</sup> Deliberaciones del Senado francés de la ley Failliot antes citada, 725.

Como se puede observar, el Senado francés toma en consideración los casos que se han vuelto onerosos al punto de ser considerados irrealizables (con un lenguaje que recuerda la institución de la *impracticability* de la tradición norteamericana) así como que se hayan vuelto de ese modo por ser ajenos a toda previsión de parte de los contratantes. Failliot había puesto innumerables ejemplos sobre esta situación: el fabricante de sedas que había comprado con vista a su fabricación anual los hilos que le son necesarios, el fabricante de alcohol que se ha provisto de químicos para su producción anual, el proveedor de administraciones públicas o privadas que ha obtenido la adjudicación de negocios de suministro, los propietarios vinícolas, etc. En seguida el reporte señala que la consecuencia de esta serie de negocios fracasados es la ruina de unos y el exagerado enriquecimiento de otros: “La conséquence inéluctable de cette perturbation effroyable dans toutes les transactions est la ruine de l’un et l’enrichissement exagère de l’autre des contractants. »<sup>738</sup> Es interesante subrayar que el Senado conoce de contratantes que han recurrido a los tribunales para obtener la resolución de los contratos que no pueden ser ejecutados en las condiciones en las que fueron suscritos y en consecuencia han sido transformados y es por ello que se reconoce el poder de los jueces, aplicando la equidad, de buscar la común intención de las partes al momento de suscribir el contrato ya que: “...il a paru nécessaire, pour remédier a cette crise déplorable, d’édicter des dispositions exceptionnelles qui se justifient par des évènements exceptionnelles.”<sup>739</sup>

Por supuesto que las circunstancias excepcionales son aquellas referidas a la Guerra Civil europea de 1914 y en este sentido es curioso la deliberación del Senado francés cuando se refiere a otra guerra, la franco prusiana de 1870. El Senado francés considera que dicha guerra no alteró sustancialmente las circunstancias del comercio ya que duró menos de un año, no cuatro como la de 1914 y en consecuencia, el impacto sobre la actividad económica no fue sustancial.

En consecuencia, la legislatura francesa adopta el punto de vista general de que los eventos excepcionales deben ser tratados con medidas excepcionales provenientes de la voluntad del legislador y no del juez.

---

<sup>738</sup> Deliberaciones del Senado francés de la ley Failliot, *Ibíd.*

<sup>739</sup> Deliberaciones del Senado francés de la ley Failliot antes citada, 726.

La ley de 1949 es mucho más precisa pues indica que el procedimiento se iniciará siempre y cuando no las partes no hayan alcanzado un acuerdo y el juicio haya iniciado antes del 1 de julio de 1949 pero en general sigue la aproximación de la ley Failliot<sup>740</sup>.

Esta forma de afrontar los eventos extraordinarios que provoque la excesiva onerosidad en los contratos, se refleja del mismo modo en otras leyes adoptadas por la legislatura francesa para aproximarse al fenómeno de la excesiva onerosidad supervenida ocasionada por eventos no previstos, exteriores e irresistibles a las partes.

La legislatura francesa ha expedido varias soluciones a este problema, uno de ellas es precisamente el Código de Comercio francés, que en sus artículos 145-33 y 145-34<sup>741</sup> le permiten al juez modificar los términos contractuales por razones de equidad.

En la misma línea se encuentra las disposiciones sobre rentas vitalicias públicas y privadas contenidas por la cual se dispone la modificación de las mismas en tanto y cuanto las mismas sean insuficientes para el mantenimiento del

---

<sup>740</sup> De forma similar a Francia, Inglaterra emitió una ley especial para tratar el tema de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943.

<sup>741</sup> Article L145-33 (Modifié par Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 33 JORF 12 décembre 2001).- Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative. A défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après : 1 Les caractéristiques du local considéré ; 2 La destination des lieux ; 3 Les obligations respectives des parties ; 4 Les facteurs locaux de commercialité ; 5 Les prix couramment pratiqués dans le voisinage ; Un décret en Conseil d'Etat précise la consistance de ces éléments.- Article L145-34 (Modifié par LOI n°2014-626 du 18 juin 2014 - art. 11. Modifié par LOI n°2014-626 du 18 juin 2014 - art. 9) A moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33, le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler, si sa durée n'est pas supérieure à neuf ans, ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques. A défaut de clause contractuelle fixant le trimestre de référence de cet indice, il y a lieu de prendre en compte la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires, calculée sur la période de neuf ans antérieure au dernier indice publié. En cas de renouvellement postérieur à la date initialement prévue d'expiration du bail, cette variation est calculée à partir du dernier indice publié, pour une période d'une durée égale à celle qui s'est écoulée entre la date initiale du bail et la date de son renouvellement effectif. Les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont plus applicables lorsque, par l'effet d'une tacite prolongation, la durée du bail excède douze ans. En cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. NOTA : Conformément au 21 II de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, les présentes dispositions sont applicables aux contrats conclus ou renouvelés à compter du 1er septembre 2014.

beneficiado<sup>742</sup>, en estas leyes incluso se introducen índices fijos de mejoramiento anual o mensual<sup>743</sup>.

Es por esta razón que algunos autores, consideran que la aproximación al principio contenido en la denominada *clausula rebus sic stantibus* se puede obtener mediante el uso de otras figuras no necesariamente contenidas en el código francés con esa denominación. Entre ellas tenemos la revalorización debida a un partícipe contenida en el artículo 833-1<sup>744</sup> y la revisión que se puede hacer de ciertas liberalidades como las contenidas en 900-2<sup>745</sup> del *Code Cive*<sup>746</sup>.

## II.I.8. Incidencia del principio de *bonne foi*

### II.I.8.a Buena fe y *rebus sic stantibus*

En el derecho francés se han planteado varias alternativas para la resolución de problemas relacionadas con el cambio de circunstancias, una de ellas es la teoría de la causa<sup>747</sup> y la otra la aplicación del principio de buena fe. En este trabajo nos centraremos en la segunda. Siguiendo la corriente europea a este respecto, la *Cour de Cassation* ha comenzado a utilizar el principio *bona fides*, la *bonne foi* como

---

<sup>742</sup> En especial el decreto de 7 de diciembre de 2012 que reforma la ley 48-957. Ambos disponibles en [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000026766965\\_consultada\\_novembre\\_2013](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000026766965_consultada_novembre_2013).

<sup>743</sup> Estas leyes son referidas por Hoju, *Ibíd*, 298.

<sup>744</sup> El artículo dice “Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants. S'il y a lieu, la demande d'attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux, sans préjudice de l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d'une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers.

<sup>745</sup> El artículo señala: “Article 900-2 ( Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007).- Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable.

<sup>746</sup> Ambos casos citados por Terré et Lequette, *Ibíd*, 135.

<sup>747</sup> Lecuyer, por ejemplo, señala que mediante sentencia de 17 de enero de 1956, publicada en el *Bulletin civil*, I. No. 29, la *Cour de Cassation* sancionó la desaparición de la causa de la obligación al momento de la ejecución del contrato con el fin de liberar al cesionario de su obligación de pagar la comisión. En el caso en cuestión, la Primera Sala dispuso que un agente inmobiliario que había facilitado la celebración de un contrato de cesión y es acusado de no haber obtenido el consentimiento del arrendatario, por esa razón el comisionado no estaba autorizada para cobrar la comisión aún si el contrato original no estaba inicialmente viciado de nulidad. Ello es así porque la Corte de Casación ha decidido referirse aquí a la desaparición completa de la causa y no a la parcial por lo que difícilmente puede explicar la imposibilidad sobreviniente que solo causa una extrema onerosidad.

herramienta para solucionar una serie de problemas contractuales no definidos de forma expresa en el *Code Cive*. Whittaker y Zimmermann, por ejemplo, cuando analizan la forma en la que el ordenamiento jurídico europeo maneja el principio *bona fides*, de manera expresa colocan el principio *rebus sic stantibus* dentro de los casos de buena fe; de hecho, en el caso francés analizan el caso *Craponne y Gas de Bordeaux* para demostrar el gran afecto que los jueces franceses sienten por el principio *pacta sunt servanda*<sup>748</sup>.

El principio de buena fe contractual se halla consignado en el artículo 1134 del *Code Cive* en el cual se dispone que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe (*bonne foi*).

Este principio se debe contrastar con los artículos 1147<sup>749</sup> y 1148<sup>750</sup> del *Code Cive* en los cuales se trata sobre la *force majeure* y sobre todo tener en cuenta que la misma aplica a toda clase de contratos, en efecto, René David afirma: “This doctrine is dealt with by Articles 1147 y 1148 of the Civil code. It applies to all sorts of contracts, including the contacts known as *contrats administratifs*, concluded between the State or a public corporation and a private person.”<sup>751</sup>

Por ello, los tribunales administrativos han aplicado el principio de la cláusula *rebus sic stantibus* a contratos suscritos entre una persona privada y una corporación pública como veremos más adelante y donde la *théorie de l'imprévision* ha sido aceptada por tribunales administrativos y en especial por el *Conseil d'Etat*, que no se obliga por el código civil y que rinde sus decisiones a las reglas de derecho administrativo.

---

<sup>748</sup> Whittaker, Simon & Zimmermann, Reinhard, “Coming to terms with good faith”, en Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 653 y sigs.

<sup>749</sup> Article 1147 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804).- Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

<sup>750</sup> Article 1148 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804).- Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite 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 qui lui était interdit.

<sup>751</sup> David, René, “Frustration of Contract in French Law”, en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 28, No. 3 / 4 (1946), 11-14.

### II.I.8.b. *Bonne foi* en la jurisprudencia civil

Existen en la jurisprudencia civil francesa casos en los que los tribunales han aplicado normativas o criterios que se asemejan a los que la doctrina, *soft law* y jurisprudencia contemporánea consideran son los que se corresponden con los principios de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Como vimos, la legislación francesa no es ajena al principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, lo prueba el hecho de la expedición de la *Loi Failliot* y de las sucesivas reformas a regímenes legales especiales, como arrendamiento de predios rústicos, deudas y ciertas liberalidades. Sin embargo, es útil recordar que varios juristas han realizado muy sofisticadas disertaciones sobre la necesidad y mecanismos que se deben utilizar para llevar a cabo la aplicación de parte de las Cortes francesas de dicho principio. David considera que dos han sido los asideros fundamentales para tales disertaciones. El primero, que de conformidad con la legislación francesa, un contrato siempre debe ser interpretado y construido conforme la intención de las partes; y el segundo que de conformidad con el artículo 1134 los contratos deben ejecutarse según el principio *bona fide*, el cual podría suponer un fundamento para la aplicación de la *théorie de l'imprévision*<sup>752</sup>. Cabe señalar que, conforme lo puntualiza David, a partir de 1914, los cambios de circunstancias se hicieron frecuentes en la Francia de ese entonces, por lo que las partes, *in crescendo* incorporaron en sus contratos cláusulas para distribuir los riesgos en caso de eventos no previstos, irresistibles y exteriores que provocasen un excesivo encarecimiento de la prestación, lo cual ha hecho que incluso en los casos de los *contrats administratifs* se hayan ido reduciendo los casos de *imprévision* lo que, sumado a la creciente importancia del arbitraje en Francia, al punto que, como hemos visto, la ICC con sede en París ha desarrollado uno de los cuerpos arbitrales más importantes en la actualidad y que la misma ICC emita o actualice cada cierto tiempo cláusulas relativas a *hardship* o *force majeure*<sup>753</sup> ha provocado no un desinterés pero si una solución al problema a través de otros mecanismos como el arbitraje, la legislación específica y la incorporación creciente de cláusulas a este respecto.

---

<sup>752</sup> David, *Ibíd*, 12.

<sup>753</sup> David, *Ibíd*, 14.

En la doctrina, Lecuyer sostiene que la buena fe puede ser el mecanismo que se utilice para restablecer el poder de la voluntad corrigiendo las consecuencias de las previsiones descartadas, en cuanto que la buena fe implica para este autor, la necesidad de renegociar con el fin de adaptar el contrato<sup>754</sup>. Esta facultad, es decir la modificación del contrato, es justamente la crítica que se hizo a los jueces del denominado caso *Craponne* donde la sentencia del tribunal de Aix fue atacada por un supuesto abuso de poder en tanto y cuanto la legislación francesa no permite que el juez intervenga en la voluntad de las partes; si bien, la cláusula *rebus sic stantibus* no se limita a la modificación de contrato, puesto que las soluciones disponibles incluyen en unos casos la modificación (CISG, UPICC e Italia) y en otros la terminación del contrato (Inglaterra) y difieren sustancialmente en las causas para que ocurra dicha modificación o terminación.

En consecuencia, es necesario considerar, como lo señala Mekki, que la modificación del contrato en caso de *hardship* no debe ser considerada como un mecanismo de excepción de la fuerza obligatoria del contrato sino más bien como un mecanismo para preservarla<sup>755</sup>. Como vimos anteriormente para Mekki, profesor de l'Université Paris-Nord, es importante verificar cómo el principio de modificación de los contratos ha sido incorporado en cada uno de los ordenamientos y el valor legal de dicha incorporación<sup>756</sup>. En el caso francés como sostiene Mekki, Lecuyer y el sistema de administración de justicia francés, incluyendo la propia *Cour de Cassation*, dicho mecanismo de modificación de contrato, se ha incorporado a través del principio de buena fe.

Existen casos en la jurisprudencia francesa donde a través de la aplicación del principio de buena fe, se modifican los términos contractuales en caso de la aparición de un evento que convierta a la prestación en excesivamente gravosa.

### **El caso Huard**

En el denominado caso Huard, de 3 de noviembre de 1992, la Sala Comercial consagra jurisprudencialmente el rol que se le confía a la buena fe en el

---

<sup>754</sup> Lecuyer, *Ibíd*, 52.

<sup>755</sup> Mekki, *Ibíd*, 2. Más adelante en el mismo trabajo Mekki insiste en que si bien el *hardship* ha sido admitido en diferentes legislaciones, es preciso determinar la forma en que ha sido admitido y el valor legal de dicho mecanismo.

<sup>756</sup> Mekki, *Ibíd*, 3.



ordenamiento francés<sup>757</sup> en el sentido de que se podría modificar los contratos a la luz de dicho principio; esta observación, de todos modos ha sido sometida a dura contradicción, Molfessis, señala que: “Podrá leerse y releerse la famosa sentencia Huard, que hace oficio de mito, pero nunca se encontrará en ella esa admisión de la teoría de la imprevisión que una parte de la doctrina ha descubierto allí, con el solo objetivo de hacer aparecer la solución.”<sup>758</sup>

El caso Huard<sup>759</sup>, surge de un contrato suscrito el 2 de octubre de 1970, entre la compañía petrolera BP y el comerciante Huard por una duración de quince años, renovado por acuerdo entre las partes hasta el 31 de diciembre de 1988. En 1983 el precio de venta de combustibles objeto del contrato es liberado. Según Huard, a pesar de los requerimientos para que BP le entregue los carburantes a un precio que le permita ser competitiva, BP se niega a hacerlo a pesar de la cláusula expresa del contrato suscrito entre las partes que señalaba que BP proveería a Huard de ayudas con el fin de que este se mantenga dentro del negocio “en los límites de una rentabilidad aceptable”.

La Corte de Apelaciones rechaza la demanda de Huard pero la *Court de Cassation* señala que debido a que el tribunal inferior no tomó en cuenta la obligación de BP de integrar a Huard en su red comercial y de proveerle mecanismos para que su negocio, ocurriendo un *souci concurrentiel* que ha permitido a los altos magistrados forzar la renegociación del contrato<sup>760</sup>.

---

<sup>757</sup> Lecuyer, *Ibid*, 52.

<sup>758</sup> Molfessis, Nicolás, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, *Les Petites Affiches*, 20 de septiembre de 1998, No. 21, disponible en [www.petitesaffiches.fr](http://www.petitesaffiches.fr), citado por Lecuyer, *Ibid*, 53.

<sup>759</sup> Cass. Com., 3 nov. 1992, No. 90-18547, disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007029915&fastReqId=1729803732&fastPos=1>) consultada en noviembre 2013.

<sup>760</sup> La Corte señaló: “...qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M. X... avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service, et que " le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires ", l'arrêt retient que la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau M. X..., lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours d'exécution pour devenir mandataire comme elle le lui proposait, n'est pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M. X... à un prix inférieur au tarif " pompiste de marque ", sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant " dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises " ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi...”

Si bien hay autores que consideran que este caso introduce la teoría de la imprevisión en el derecho francés, parecería que es más acertada la crítica que hace Molfessis ya que, si se lee con atención el caso, vemos que lo que en realidad hace la *Cour de Cassation* es aplicar una de las cláusulas contractuales (en uno de sus considerandos, la corte dice: “Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt ne dit pas que la société BP était tenue d'intégrer M. X... dans son réseau " en lui assurant une rentabilité acceptable ") porque fueron las partes quienes acordaron que se aseguraría a Huard una rentabilidad aceptable; de modo que no parecería que la corte modifica en virtud del contrato una de las cláusulas, la de precio, sino que más bien aplica una cláusula contractual.

De otro lado, sin caer en especulación alguna, es preciso hacer dos observaciones en este caso: en primer lugar, que es BP quien decide vender por su propia red el carburante pero solo una vez que el gobierno francés permite la libre flotación del precio del mismo; la segunda observación es que el precio en el que BP decide vender en su red es inferior al precio al que entregaba el carburante a Huard (y otros integrantes de su antigua red de distribución), en otras palabras, existe una medida de gobierno que libera el precio y de la cual BP pretende beneficiarse a menos de dos años de terminar el contrato de largo plazo y sucesivo<sup>761</sup>.

### **Los casos *Danone*, *Novacarb* y *Soffimat***

En dichos casos la corte francesa acepta el remedio solicitado por los deudores y en el último acepta implícitamente el remedio.

En el denominado caso *Danone* que se resolvió en sentencia de la *Cour de Cassation* de 24 de noviembre de 1998<sup>762</sup>, y que se refiere a un diferendo entre las empresas Danone, Brasseries Kronenbourg y la sociedad de aguas minerales de Evian con su mandatario para el océano Índico, Chevassus Marche; cuando comienzan a venderse los mismos productos que distribuía el mandatario en dicha zona, debido a lo que se conoce como importaciones paralelas, que hacían que los

---

<sup>761</sup> Del mismo modo, tenemos noticia de un caso donde la Corte de Apelaciones de Paris resolvió, al interpretar una cláusula de *hardship*, que la misma obligaba a renegociar el contrato de buena fe; la sentencia es CA Paris, 28 sept. 1976: JCP G 1976 II, 18810, citada por Fucci, Frederick, *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non Performance of Contracts*, en *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5, Sept. 2007, disponible en *transnational-dispute-management.com*, consultada en octubre 2014.

<sup>762</sup> Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040987&fastReqId=565834113&fastPos=1> , consultada en noviembre de 2013.

productos que vendía Chevassus Marche se convirtieran en excesivamente costosos, este recurre a sus mandantes para pedirles que le pusieran en condiciones similares a las de las importaciones paralelas, ante su negativa, recurre a la corte de apelaciones de París que niega su pedido; en dicho caso la corte de casación revisó parciamente una sentencia de la corte de apelaciones y resolvió que el mandante debe colocar a su mandatario en las circunstancias que le permitan ejecutar el contrato y no competir con el mismo (a través de productos vendidos directamente por la casa matriz en concurrencia con los de su mandatario) por lo que concede el derecho a la reparación de daños al mandatario.

Otro de los casos que han cambiado el horizonte legal a este respecto es el conocido caso *Novacarb*<sup>763</sup>; Novacarb es una compañía dedicada a la fabricación de bicarbonato de sodio para lo que necesita vapor de agua; en razón de ello suscribe un contrato para que Socoma, otra empresa, provea de ese recurso; en el contrato se establece que Socoma soportaría los costos extras provenientes de disposiciones legales posteriores a la firma del contrato y que tengan que ver con la protección del medio ambiente. Con la puesta en vigencia, de parte del gobierno, de un sistema de cuotas por emisión de gas con efecto invernadero, Socoma se ve beneficiada por algunas disposiciones que le aportan beneficios; en el contrato las partes habían previsto una cláusula de renegociación del contrato en caso de cambio de circunstancias, y ante el fracaso de las negociaciones que tuvieron lugar a raíz del cambio de circunstancias, la corte de apelaciones de Nancy resolvió que «la Cour serait en mesure d'apprécier la responsabilité des parties dans le rejet des propositions adverses et de sanctionner l'abus éventuel par l'attribution de dommages et intérêts.»<sup>764</sup>.

Nuevamente, en este caso, las partes acordaron el mecanismo para la distribución de riesgos en caso de cambio de circunstancias, sin embargo, la corte de Nancy se atribuye para sí el poder de determinar si existe o no abuso en el caso de atribución de daños a una de las partes.

Finalmente cabe mencionar otra sentencia frecuentemente citada y emitida también por la Corte de Apelaciones de Nancy. La sentencia es conocida como

---

<sup>763</sup> CA Nancy, 26 sept. 2007, n° 06/02221.

<sup>764</sup> Un resumen de la sentencia está disponible en <http://www.oboulo.com/droit-prive-et-contrat/droit-des-obligations/commentaire-d-arret/cour-appel-nancy-deuxieme-chambre-commerciale-26-septembre-2007-obligation-102525.html>, consultada en diciembre 2013.

*Soffimat*<sup>765</sup>, en dicho caso, las empresas SEC y Soffimat concluyen un contrato con un plazo de duración de doce años por el cual Soffimat se compromete a dar mantenimiento de una planta industrial; sin embargo, luego de la suscripción del contrato, el precio de los insumos necesarios para el mantenimiento se triplica y Soffimat se niega a ejecutar e contrato; SEC demanda y los jueces de primera y segunda instancia le dan la razón. La sala comercial de la corte de casación casa la sentencia debido a que de conformidad con dicha sala, la corte de apelaciones debió haber indagado si la evolución de las circunstancias económicas no tuvieron el efecto de desequilibrar la economía general del contrato y de liberar a Soffimat de su compromiso con SEC. De ese modo, la Corte de Casación habría afirmado implícitamente la posibilidad de que el juez se pronuncie sobre la caducidad del contrato en caso de imprevisión<sup>766</sup>.

### II.I.9 El proyecto *Catala* y la reforma de 2015

En 2005, se presentó a la Asamblea Nacional el denominado proyecto *Catala*<sup>767</sup> que propone un proyecto de ley<sup>768</sup> que añadiría un inciso al artículo 1134 del *Code Cive* en los siguientes términos:

Si un changement de circonstances imprévisible, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe.

Es interesante revisar los antecedentes de dicha ley puesto que es la propia Asamblea Nacional reconoce que el cambio en la jurisprudencia francesa ha estado

---

<sup>765</sup> Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67369.

<sup>766</sup> La conclusión es de Mahasti Razavi cuando indica que: "L'arrêt confirmatif de la Cour d'appel a été cassé par la Cour de cassation au motif que la Cour d'appel aurait dû rechercher si « l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat [...] et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat ».

Ainsi, la Cour de cassation admet implicitement la possibilité pour le juge de prononcer la caducité du contrat en cas d'imprévision." Disponible en [http://www.august-debouzy.com/sites/www.august-debouzy.com/files/flash\\_PI\\_31%20\(VF\)\\_2.pdf](http://www.august-debouzy.com/sites/www.august-debouzy.com/files/flash_PI_31%20(VF)_2.pdf), consultada en diciembre 2013.

<sup>767</sup> Por el Profesor Pierre Catala, profesor de la Universidad Paris II.

<sup>768</sup> Se puede acceder al proyecto de ley en <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3563.asp>, consultada en diciembre 2013.

orientado por consideraciones de buena fe y equidad. De hecho, en el considerando se lee lo siguiente:

Or, on constate depuis quelques années que certains arrêts ont amorcé un infléchissement de cette jurisprudence, en incitant les parties à modifier le contrat en cas de modification du contexte, sur le fondement non pas de la théorie de l'imprévision mais de la bonne foi et de l'équité, lorsque l'évolution du contexte rend le contrat ruineux pour l'une des parties (Cass. com., 3 novembre 1992<sup>769</sup>; Cass. com., 24 novembre 1998<sup>770</sup>) ou du moins l'expose à des difficultés sérieuses (CA Nancy, chambre commerciale, 26 septembre 2007).

Las sentencias de casación referidas han sido brevemente relatadas en los párrafos anteriores pero cabe mencionar que debido a la importancia de la sentencia de Soffimat, es la propia Asamblea Nacional que la cita<sup>771</sup> si bien aclara que la misma aún no ha sido publicada en el *Journal Officiel*. La crítica del abogado de la Corte de Casación a estas sentencias se radica en la distinción que se hace entre la teoría del solidarismo contractual y la teoría de la autonomía de la voluntad<sup>772</sup>; efectivamente, para Jean Cedras, la *Cour de Cassation* ha concedido una importancia fundamental al papel de la buena fe al momento de asegurar el equilibrio de la operación contractual; la razón parece ser la insuficiencia del instrumento de la autonomía de la voluntad que no ha podido garantizar sin duda dicho equilibrio, sin embargo, no parece posible, según el abogado de la *Cour*, que esta auspicie un *grand soir* de la teoría de la imprevisión en Francia.

En la actualidad se tramita en la Asamblea Nacional francesa un proyecto de reforma del código civil francés del derecho de los contratos, conocida como "Project de ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et

---

<sup>769</sup> Se refiere al caso Huard.

<sup>770</sup> Se refiere al caso Danone.

<sup>771</sup> La Asamblea Nacional francesa señala: "Plus récemment, un arrêt du 29 juin 2010 rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation va encore plus loin puisque en l'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel au motif que la Cour d'appel aurait dû rechercher si « l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat [...] et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat [société ayant refusé d'exécuter le contrat à la suite d'un triplement du prix de pièces de rechange indispensables à l'exécution du contrat] ». Cette justification admet implicitement la possibilité pour le juge de prononcer la caducité du contrat en cas d'imprévision. Cependant, il faut préciser que ce dernier arrêt n'a pas encore été publié au Journal officiel, ce qui en limite de fait la portée.", disponible en la página web de la Asamblea Nacional francesa.

<sup>772</sup> Cedras, Jean, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation, disponible en [http://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_diverses\\_43/doctrine\\_devant\\_6260.html](http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html), consultado en enero 2014.

de la preuve des obligations”<sup>773</sup>, que reforma el *Code Cive* tanto en su parte general como en la sección de prueba de las obligaciones. Este proyecto constituiría, sin duda, la reforma más importante del *Code Cive* desde su expedición por lo que es necesario mencionarlo. En el capítulo IV, “Los Efectos del Contrato”, Sección 1, “Los efectos del contrato entre las partes”, Subsección 1, “Efectos obligatorios”, se añade el artículo 1196 que es muy similar al proyecto Catala antes mencionado:

Art. 1196. – Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Como se ve claramente, el *Code Cive* se aproxima a la solución italiana por lo que asume la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida. Esta norma fue aprobada sin cambio por la Asamblea Nacional francesa en 2016<sup>774</sup>.

### **II.I.10 La *théorie de l'imprévision* en el derecho administrativo.**

Si bien no es objeto de este trabajo el analizar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en las relaciones entre una persona de derecho público y una de derecho privado, es importante para entender la singularidad del caso francés, recordar los mecanismos a través de los cuales la jurisprudencia francesa ha resuelto este problema en el ámbito de derecho administrativo.

En los casos suscritos entre una persona de derecho público y una privada con vista a la prestación de un servicio público que se refiere a un interés público relevante, el *Conseil d'Etat* permite a la parte interesada aplicar para una modificación del contrato, siempre que se trate de un contrato que se refiera aun interés público relevante, de largo plazo<sup>775</sup> y las partes no hayan previsto un mecanismo para establecer la forma de distribución de riesgos en el caso en cuestión, en tales casos: “The public body will be compelled in this case either to assent to a

---

<sup>773</sup> Proyecto disponible en [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf), consultado en diciembre 2015.

<sup>774</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

<sup>775</sup> David, *Ibíd*, 13.

modification of the contract or to pay a sum of money to the other party, by way of an indemnity, in order to enable him further to perform his obligations under the contract with a reasonable margin of profit in the new circumstances which have arisen.”<sup>776</sup>

La *ultima ratio* de este tipo de decisiones es el interés público general que, según David, induce a los tribunales a conceder este remedio; de otro lado, según el mismo autor, en el derecho administrativo francés que forma parte del derecho público, sí se reconoce la cláusula *rebus sic stantibus* que de otro lado también es reconocida por el derecho internacional, que forma parte igualmente del derecho público.

Sin embargo, parece ser que incluso en el derecho administrativo francés, la percepción de la *clausula rebus sic stantibus* está cambiando; recordemos que en *Gas de Bourdeaux*, una de las partes es una persona jurídica pública y que David señala que el remedio se otorga para evitar la suspensión del servicio público.

Los hechos de *Gas de Bourdeaux* son conocidos. En 1904 la ciudad de Bourdeaux suscribe un contrato con una compañía privada con el fin de proveer a la ciudad de gas y electricidad por un periodo de 30 años. Después de la primera Guerra Civil europea, los precios del carbón se multiplican de 35 a 117 francos por tonelada, por lo que la compañía privada intenta subir los precios estipulados en el contrato; la corte de primera instancia rechaza el pedido pero, el *Conseil d’Etat* lo otorga aduciendo que como los precios se han incrementado, se debe conceder el remedio debido al cambio de circunstancias y ordena que la ciudad de Bourdeaux compense<sup>777</sup> a la compañía y permita el incremento solicitado<sup>778</sup>; el *Conseil d’Etat* concluyó que cabía la concesión del remedio por cuanto la economía del contrato se encontraba completamente conmocionada (*bouleversement du contrat*).

Hujo señala que:

Dans un contrat administratif, la continuité de un service public dans l’intérêt général constitue le fondement de l’imprévision (pour par exemple, des concessions de

---

<sup>776</sup> David, *Ibíd.*

<sup>777</sup> En otros casos, el Consejo de Estado no ha permitido que se entregue la indemnización a la parte sino solo en la medida que las cantidades de la obra hayan aumentado debido a una falta imputable a la administración o a una alteración de la economía contractual, cfr. CE, 11 février 1983, *Sté Enterprise Caroni* sentencia citada por Chamie Gandur, *Ibíd.*, 163.

<sup>778</sup> Baranauskas, Egidijus et Zapolskis, Paulius, *The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contracts*, Lituania, Mykolas Romeris University, 2009, disponible en [www.mrumi.eu/lt/moksho\\_dabail/jurisprudencija](http://www.mrumi.eu/lt/moksho_dabail/jurisprudencija), consultada en enero 2014.

service public, marchés de transport, de fournitures, de travaux public); cela explique peut-être pourquoi elle n'a été jamais transposée en droit civil.<sup>779</sup>

La crítica a la posición asumida por la doctrina también se deriva de otras posiciones de la doctrina que ha señalado que la diferenciación entre dominio público y privado, ha sido exagerada ya que incluso en los contratos entre particulares, el interés general siempre está mezclado con el privado, como en los trabajos de las grandes empresas industriales donde su funcionamiento se constituye en eje de algunas economías y en consecuencia en sustento de la actividad general<sup>780</sup>.

De otro lado, en aplicación del principio de *bonne foi*, organismos de solución de conflictos administrativos otorgan el mismo cuando son dos particulares quienes tienen el conflicto. Así ocurre, desde 2006, con el Comité de arreglo de diferencias y sanciones de la Comisión de Regulación de la Energía. Este cuerpo fue creado por ley de 7 de diciembre de 2006 y su objetivo es regular las relaciones entre los usuarios de la red pública de energía para determinar la regulación una vez que el mercado de energía se libere<sup>781</sup>.

El Comité ha expedido varias resoluciones respecto del cambio imprevisto de circunstancias pero consideramos que la paradigmática es la que resuelve el caso entre CONDAT y RTE<sup>782</sup>.

RTE es una empresa privada de transporte de energía eléctrica a través de redes que permiten el acceso público. CONDAT, de su parte, es una compañía privada productora de papel que sufría importantes perjuicios económicos año a año debido a las fluctuaciones de tensión de la energía proveída por RTE; con el fin de asegurar una mejor calidad de servicio, ambas compañías habían firmado un contrato tendiente a mejorar dicha prestación pero, a pesar del mismo y de la diligencia que CONDAT ha puesto para protegerse contra dichas variaciones, sigue sufriendo

---

<sup>779</sup> Hujo, *Ibíd*, posición 224.

<sup>780</sup> Hujo, *Ibíd*., posición 224.

<sup>781</sup> La Commission de régulation de l'énergie tienen entre sus cuerpos integrantes el denominado Comité de règlement des différends et des sanctions que está integrado por dos miembros de la Corte de Casación y por dos miembros del Consejo de Estado, cfr. <http://www.cre.fr>.

<sup>782</sup> JORF n°0046 du 24 février 2009 page texte n° 82 .- Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 15 décembre 2008 sur le différend qui oppose la société CONDAT à la société RTE EDF Transport (RTE) relatif à l'exécution du contrat d'accès au réseau public de transport d'électricité, disponible en [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E551FC9A92468F2A0D3C7C91DA6D770\\_A.tpdjo16v\\_1?cidTexte=JORFTEXT000020302122&dateTexte=20090224](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E551FC9A92468F2A0D3C7C91DA6D770_A.tpdjo16v_1?cidTexte=JORFTEXT000020302122&dateTexte=20090224), consultada en octubre 2013.



dichos perjuicios. CONDAT presenta ante el Consejo de Regulación de la Energía, una solicitud con el fin de que RTE supla la energía en los niveles adecuados pero RTE contesta señalando que no es posible prever la caída de los mismos. El caso es resuelto aplicando las normas de la buena fe pero se hacen frecuentes referencias a los estándares admitidos por la doctrina para resolver los casos de *rebus sic stantibus*<sup>783</sup>.

En primer lugar, el Comité para resolver este tipo de diferendos, ha hecho las siguientes observaciones en base a las cuales resolverá el caso:

1.- RTE ha puesto en marcha un programa denominado “Qualité de tension plus” cuyo objetivo es indemnizar a los clientes que sufran perjuicios por la baja de tensión en al menos 30% del nivel normal durante un tiempo superior a 600 milisegundos hasta un máximo de cinco caídas de tensión por año. CONDAT se suscribió a este programa. Este servicio, según RTE es único en Europa.

2.- RTE indica que a raíz de cambios en la legislatura, CONDAT puede aislarse durante los periodos de tormentas para utilizar sus propias fuentes de autogeneración, sin sufrir perjuicios.

3.- RTE finalmente indica que las obligaciones que CONDAT le requiere son absolutamente imposibles de cumplir desde el punto de vista técnico puesto que no es posible prever ni resistirse a dichas caídas de tensión a pesar de los esfuerzos realizados como el servicio de “Qualité de tension plus.” Llega a afirmar que: “(Elle affirme que la sensibilité des machines à papier de la société CONDAT est telle que la diminution des creux de tension sur le réseau public de transport d’électricité à un niveau acceptable es impossible à atteindre en l’état actuel de la technique. »<sup>784</sup>

Respecto de CONDAT, el Comité afirma lo siguiente:

---

<sup>783</sup> Por supuesto existen otros casos al respecto como Décision du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 22 janvier 2010 sur le différend qui oppose la société ALTERGAZ à la société GrDF, relatif au rattrapage des erreurs sur le compte d’écart distribution dues aux retards d’intégration dans le système d’information OMEGA de la société GrDF; Décision du 26 novembre 2010 relatif au différend qui oppose la société Norbert Dentressangle Développement Durable (N3D) à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif au traitement de la demande de raccordement de son installation de production photovoltaïque au réseau public de distribution d’électricité, etc, disponibles en [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=E5CE3EB1B03EE16929C4D446D72588E2.tpdjo16v\\_1?cidTexte=JORFTEXT000023682748&idArticle=JORFARTI000023682749&dateTexte=20110310&categorieLien=cid#JORFARTI000023682749](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=E5CE3EB1B03EE16929C4D446D72588E2.tpdjo16v_1?cidTexte=JORFTEXT000023682748&idArticle=JORFARTI000023682749&dateTexte=20110310&categorieLien=cid#JORFARTI000023682749), consultada diciembre 2013.

<sup>784</sup> Comité de règlement des différends, *Ibid.*

1.- Que CONDAT ha realizado los pasos necesarios con el fin de tratar de llegar a un acuerdo amigable con RTE y que las demandas que hizo a RTE al momento de solicitar un acuerdo amigable son las mismas que pone en consideración del Comité.

2.- CONDAT sostiene que RTE es responsable de la prestación adecuada del servicio de transmisión eléctrica, conforme los artículos 1134 y 1135 sobre la buena fe y la forma de cumplir las obligaciones contractuales.

3.- CONDAT sostiene que en tal virtud, RTE tiene la obligación de prestar el servicio con los mejores parámetros técnicamente establecidos y que en consecuencia, en consideración a los estudios técnicos de un perito en la materia, la compañía Schneider Electric, es posible evitar dicha caída en la tensión mediante la realización de cierto tipo de inversiones, es decir, mediante el incremento del valor de la prestación.

Como se ve, se trata de un caso en que no es posible prever la caída de tensiones (*imprevisibilidad*), en el cual la compañía proveedora toma las precauciones necesarias para evitar los efectos onerosos de dicho efecto no previsible y a pesar de ello, los eventos siguen ocurriendo (*hechos irresistibles*) y son eventos que no están, en consecuencia, en poder de RTE de ser solucionados (*eventos externos*); la ocurrencia de dicho evento provoca un incremento del costo de prestación de CONDAT puesto que RTE, admitiendo la posibilidad de dichos eventos, establece un servicio extra, el denominado “Qualité de tension plus” con el objetivo de tratar de paliar la incidencia de dichos eventos, pero como no puede prever la entidad de los mismos (otra vez la *previsibilidad*) el evento sigue ocurriendo y los costos se siguen incrementando (*onerosidad*); a pesar de la diligencia (tanto de CONDAT como de RTE) y por tanto la carencia de responsabilidad, el Comité condena a RTE a pagar los daños producidos.

En este caso, los criterios de un órgano administrativo de resolución de conflictos, ha puesto en marcha un mecanismo en base a los antecedentes de la justicia administrativa, *Gas de Bordeaux* con el fin de resolver entre privados, la aplicación de una norma de carácter, usualmente público. Por supuesto que cabe preguntarse si la prestación de servicio de electricidad entre dos privados es de carácter público o privado, tal vez la respuesta se halle en este párrafo del comité que sirve para dar luz sobre la respuesta:

RTE, gestionnaire du réseau public de transport d'électricité. Est, a ce titre, soumise à une obligation de moyen renforcée. Elle doit effectuer toutes les diligences requises pour rechercher les solutions permettant d'assurer une desserte en électricité d'une qualité régulière de l'ensemble des utilisateurs du réseau places dans des situations identiques. Cette obligation se justifie d'autant plus que le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité se trouve en situation de monopole vis-a-vis des utilisateurs de ce réseau public.<sup>785</sup>

Es verdad que el ordenamiento jurídico francés ha retardado, según varios académicos, en muchos años la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sin embargo, parecería posible que en primer lugar, la aproximación se haya referido a la aplicación de dicho principio de manera general y no localizada en uno o determinado contratante, fijando el énfasis en la imposibilidad objetiva antes que subjetiva, es decir, si el evento irresistible, exterior e imprevisible que provoca que la prestación sea más onerosa provoca efectos sobre un deudor o más bien si dicho evento afecta a la generalidad de deudores afectando ya no a ese deudor que no puede cumplir la obligación sino a varios deudores puestos en la misma situación.

Esta parecería ser la razón, declarada en las discusiones del Senado francés por la que dicho ordenamiento jurídico francés se decantó luego de las dos guerras mundiales por un sistema legislativo, antes que judicial.

Desde el punto de vista de la responsabilidad a la que el derecho francés, parecería referirse más bien a que si ese deudor no puede cumplir la obligación (por hechos relativos a él como el incremento de la onerosidad en el cumplimiento de la obligación o la no previsión del hecho o la no consideración de los hechos que rodean la prestación) o si una generalidad de deudores no pueden cumplir con su obligación. Al respecto, nuevamente recurrimos a las discusiones en el Senado de la *Loi Failliot* donde se resuelve que esa onerosidad afecta a muchos comerciantes franceses y no a uno o varios.

Sin embargo, podemos ver que hay un giro en el espíritu de la ley francesa puesto que las sucesivas reformas que adopta la Asamblea Nacional, nuevamente hacen referencia a situaciones generales pero no a un grupo de contratantes que se vean afectados por un hecho *imprevisible, irresistible y exterior*. Vale decir, parecería que se pasa de una solución legislativa al momento de calificar un hecho, a

---

<sup>785</sup> Comité de règlement des différends, *Ibid.*

una judicial, abriendo la puerta a que varios deudores aleguen el remedio al momento de cumplir la obligación pero sin que exista una calificación del hecho como general y, en consecuencia, tampoco sin que exista una calificación del tipo de responsabilidad respecto de ese hecho. Ese es precisamente el espíritu de la reforma *Catala* o la posterior de 2011 a la que nos referimos anteriormente y de la reforma aprobada de forma ulterior.

## II.II. Alemania.

### II.II.1. La interferencia con la base negocial.

El código alemán en su edición de 1900 no contenía disposición alguna referente a la *clausula rebus sic stantibus* y aunque la jurisprudencia alemana sí había reconocido el principio luego de la Primera Guerra Mundial, solo con las reformas de 2002 se incorpora de forma expresa la sección § 313 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante simplemente BGB, que contiene la institución conocida como *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, es decir “interferencia con las bases negociales” a la que la doctrina alemana prefiere denominarla como *Störung der Geschäftsgrundlage* que abarca tanto la “interferencia” como la “falta” de “circunstancias relevantes al momento de suscribir el contrato”.

El párrafo 313 de BGB<sup>786</sup>, institución pretoriana<sup>787</sup>, establece el principio de distribución de riesgos en caso de una alteración de circunstancias sin las cuales las partes no hubiesen contratado.

---

<sup>786</sup> § 313.- 1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.- 2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.- 3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato

<sup>787</sup> En lengua original: § 313 Störung der Geschäftsgrundlage.- (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.- (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.- (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht

Esta doctrina ha sido diseñada para “definir los límites aceptables de la distribución contractual de riesgos” y en consecuencia, tiene un carácter subsidiario, es decir se aplica en caso de que no apliquen otras normas contractuales o estatutarias<sup>788</sup>. Es interesante notar que, de forma análoga a lo que ocurrió en el derecho francés, la cláusula fue reconocida previamente por el derecho alemán administrativo en la sección 60 de Código de Procedimientos Administrativos, incorporada en 1976<sup>789</sup>.

### II.II.2 ¿Qué se reputa como *cambio fundamental*?

Para el derecho alemán el cambio fundamental, al igual que en otros derechos, es aquel que tiene suficiente entidad como para provocar que el cumplimiento del contrato sea excesivamente oneroso. El párrafo 275 (2) del BGB<sup>790</sup> establece que el deudor puede negarse al cumplimiento si el mismo le exige gastos o esfuerzos groseramente desproporcionados al interés del acreedor.

Al respecto, la doctrina alemana hace una distinción importante, para el caso de que no haya existido culpa de parte del obligado se establece un umbral de incremento de 120% y si existe mera negligencia, negligencia grave o conducta intencional, el umbral se eleva a 150%<sup>791</sup>. Ambos umbrales han sido fuertemente

---

möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.”

<sup>788</sup> Hondius et Grigoilet, *Ibid*, 55.

<sup>789</sup> § 60 Adaptation and termination in special cases.- (1) If the circumstances which determined the content of the agreement have altered since the agreement was concluded so substantially that one party to the agreement cannot reasonably be expected to adhere to the original provisions of the agreement, this party may demand that the content of the agreement be adapted to the changed conditions or, where such adaptation is impossible or not reasonably to be expected of the other party, may terminate the agreement. The authority may also terminate the agreement in order to avoid or eliminate grave harm to the common good. (2) Termination must be in written form, except where the law prescribes another form. Reasons for termination must be stated. Disponible en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VwVfG.htm> , consultado en agosto 2013. Noticia en Hujo, *Ibid*, pos. 671.

<sup>790</sup> Section 275.- Exclusion of the duty of performance\*) (1)A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person. (2)The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance. (3)In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor. (4)The rights of the obligee are governed by sections 280, 283 to 285, 311a and 326.

<sup>791</sup> Brunner, *Ibid*, 430.

criticados. Para el caso de “contratos de arrendamiento con subrogaciones *mortis causa*”, el *Bundesgerichtshof*, en los supuestos en los que el precio se incrementa debido a la inflación, el mismo debe ser soportado por el arrendador hasta un máximo de 150% del índice de costo de la vida; si el mismo es superado, el arrendador puede solicitar un incremento de la renta<sup>792</sup>.

Se establece un porcentaje ya que se quiere eliminar la posibilidad de que el deudor sea llevado a la ruina. De hecho, las cortes alemanas han señalado que permitir que una de las partes se beneficie a costa de la ruina de la otra implicaría sin duda un atentado contra la justicia<sup>793</sup>.

### **II.II.3. Interferencia en la base negocial e imposibilidad**

En el BGB encontramos igualmente la noción de imposibilidad. Si bien el proyecto de ley, inicialmente, pretendió cambiar la naturaleza de la aproximación germana al problema de la imposibilidad, esa propuesta no prosperó por la influencia de la comunidad académica y se mantuvo, en parte, la tradición heredada de la edición de 1900. En dicha versión, el BGB distinguía la imposibilidad subjetiva de la objetiva, siendo la primera aquella que afecta la imposibilidad del obligado a cumplir la obligación, mientras que la objetiva es la que afecta o afectaría a cualquier obligado a cumplirla. Ambas imposibilidades liberaban al deudor, siempre y cuando, el mismo no pueda ser imputable por la ocurrencia de la misma. Para el derecho alemán, el deudor es imputable por la ocurrencia de la imposibilidad si ha actuado con culpa. La imposibilidad en el BGB cubre nociones de imposibilidad física o absoluta, como cuando los bienes materia de la obligación son destruidos por un desastre natural o la intervención de terceros así como casos de imposibilidad legal, como cuando la prestación es sujeta a confiscación, expropiación, restricciones a la importación o en casos donde el cumplimiento se hace imposible por la actuación de

---

<sup>792</sup> Brunner, *Ibíd*, 431. En este caso Brunner señala del mismo modo el caso del Tribunal Federal Suizo que entiende que dada su postura ante la norma más bien existen pocos casos en los que se pueda discutir un porcentaje y que, por otro lado, las cortes rusas han estimado que el porcentaje es igualmente equivalente a un cien por ciento.

<sup>793</sup> Caso RGZ 102, disponible en <http://opiniojuris.de/sites/default/files/RG,%2025.04.1921%20-%20VI%209421%20-%20RGZ%20102,%2020143.pdf> , consultado en octubre 2014, citado por Brunner, *Ibíd.*, 436.

la autoridad pública<sup>794</sup>. Del mismo modo, para el BGB, la imposibilidad económica está incluida en los casos de imposibilidad pero no en el parágrafo 275 sino en el ya mencionado 313. El efecto general de la ocurrencia de la imposibilidad es liberar al deudor de su obligación de cumplir la obligación. Como veremos más adelante, el rasgo más importante de la reforma fue contradictorio puesto que, si bien ampliaron el rango de la denominada imposibilidad, disminuyeron los casos donde se pueden pedir daños por la misma.

Para Brunner el inciso 1 del parágrafo 275 aplica a todo tipo de imposibilidad, objetiva, subjetiva, inicial, subsecuente, parcial y total y, si bien la norma no contiene una referencia a la culpa, la misma es considerada no escrita puesto que consta en otras secciones del BGB como las mencionadas en el parágrafo mencionado (310). El segundo párrafo se refiere a la imposibilidad práctica, es decir, es posible aún cumplir la obligación pero se considera que cumplirla es tan oneroso que es desproporcionado al legítimo interés del acreedor<sup>795</sup>. Como veremos más adelante, el segundo parágrafo se refiere al caso del anillo que cae al lago, si bien es posible drenar el lago para recuperar el anillo, el costo sería de tal entidad que no tendría proporción con el legítimo interés del acreedor por lo que, es necesario fijar la distinción más importante y es la relacionada a las diferencia entre imposibilidad práctica, *praktische* o *faktische Unmöglichkeit*, cubierta por el segundo parágrafo del artículo 275 y la imposibilidad económica, *wirtschaftliche Unmöglichkeit*, contenida en el artículo 313.

El parágrafo 3 del artículo 275, por el contrario y siempre según Brunner, se refiere a la denominada imposibilidad personal, que es explicado por la doctrina alemana en los casos en que una cantante cancela su cita debido a la enfermedad mortal de su hijo. En este caso, a diferencia del parágrafo dos, donde se atiende al interés del acreedor, el interés del obligado es el que recibe especial atención de la ley pero como veremos posteriormente, se aproxima a los presupuestos de la denominada imposibilidad económica del artículo 313.

En cuanto a los efectos del concepto de imposibilidad, Brunner señala que el mismo ya no es fundamento para el reclamo de daños puesto que el sistema legal

---

<sup>794</sup> Los comentarios son de Brunner, *Ibíd*, 78; lo mismo ocurre con los posteriores que se refieren a la denominada imposibilidad económica.

<sup>795</sup> Brunner, *Ibíd*, 82.

alemán se basa ahora en los daños que se pueden exigir por incumplimiento y que se hallan señalados en el artículo 280, 283, 284, 285, 311a y 326 del BGB<sup>796</sup>.

---

<sup>796</sup> Section 280.- Damages for breach of duty.- (1)If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty. (2)Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286. (3)Damages in lieu of performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirements of sections 281, 282 or 283. Section 281.- Damages in lieu of performance for nonperformance or failure to render performance as owed.- (1)To the extent that the obligor does not render performance when it is due or does not render performance as owed, the obligee may, subject to the requirements of section 280 (1), demand damages in lieu of performance, if he has without result set a reasonable period for the obligor for performance or cure. If the obligor has performed only in part, the obligee may demand damages in lieu of complete performance only if he has no interest in the part performance. If the obligor has not rendered performance as owed, the obligee may not demand damages in lieu of performance if the breach of duty is immaterial. (2)Setting a period for performance may be dispensed with if the obligor seriously and definitively refuses performance or if there are special circumstances which, after the interests of both parties are weighed, justify the immediate assertion of a claim for damages. (3)If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead. (4)The claim for performance is excluded as soon as the obligee has demanded damages in lieu of performance. (5)If the obligee demands damages in lieu of complete performance, the obligor is entitled to claim the return of his performance under sections 346 to 348. Section 282.- Damages in lieu of performance for breach of a duty under section 241 (2) If the obligor breaches a duty under section 241 (2), the obligee may, if the requirements of section 280 (1) are satisfied, demand damages in lieu of performance, if he can no longer reasonably be expected to accept performance by the obligor. Section 283.- Damages in lieu of performance where the duty of performance is excluded.- If, under section 275 (1) to (3), the obligor is not obliged to perform, the obligee may, if the requirements of section 280 (1) are satisfied, demand damages in lieu of performance. Section 281 (1) sentences 2 and 3 and (5) apply with the necessary modifications.- Section 284.- Reimbursement of futile expenses.- In place of damages in lieu of performance, the obligee may demand reimbursement of the expenses which he has made and in all fairness was entitled to make in reliance on receiving performance, unless the purpose of the expenses would not have been achieved, even if the obligor had not breached his duty. Section 285.- Return of reimbursement.- (1)If the obligor, as a result of the circumstance by reason of which, under section 275 (1) to (3), he has no duty of performance, obtains reimbursement or a claim to reimbursement for the object owed, the obligee may demand return of what has been received in reimbursement or an assignment of the claim to reimbursement. (2)If the obligee may demand damages in lieu of performance, then, if he exercises the right stipulated in subsection (1) above, the damages are reduced by the value of the reimbursement or the claim to reimbursement he has obtained. Section 311.- Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions.- (1)In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute. (2)An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by 1. the commencement of contract negotiations 2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or 3. similar business contacts. (3)An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract. Section 311a.- Obstacle to performance when contract is entered into (1)A contract is not prevented from being effective by the fact that under section 275 (1) to (3) the obligor does not need to perform and the obstacle to performance already exists when the contract is entered into. (2)The obligee may, at his option, demand damages in lieu of performance or reimbursement of his expenses in the extent specified in section 284. This does not apply if the obligor was not aware of the obstacle to performance when entering into the contract and is also not responsible for his lack of awareness. Section 281 (1) sentences 2 and 3 and (5) apply with the necessary modifications. Section 316.- Specification of consideration: If the extent of the



#### II.II.4. Antecedentes positivos y doctrinales del § 313 BGB.

Desde el punto de vista de derecho positivo, los antecedentes remotos de la sección 313 del BGB son tres. El primero de ellos es el Código Civil Bávaro de 1756 (el denominado Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis por Maximiliano III José de Bavaria que lo expidió en 1756) que en su artículo 12 numeral tres trae la siguiente disposición:

...todos los vínculos incluyen tácitamente en sí, la cláusula *rebus sic stantibus*, estos resultarán inválidos por el cambio de la cosa acordada en la obligación siempre y cuando se realicen los siguientes requisitos: 1.- que el cambio no sea originado por mora o culpa del deudor; 2.- que no sea fácil de prever; 3.- que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiese sabido antes, según la opinión desinteresada y honesta de las personas inteligentes, no se habría obligado, procediendo en estas circunstancias a considerar según la apreciación jurídica, si la obligación debe ser disuelta o solamente reducida en proporción del advenimiento.

La influencia de esta norma parecería haberse desplazado al sur, a la legislación italiana antes que a la propiamente alemana, como veremos posteriormente.

El Código Civil prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht*), en su artículo 355<sup>797</sup>, contenía una norma de similar importancia, en la cual el legislador prusiano incorporó el fin que las partes han declarado de forma expresa, lo que es repetido por el Código Civil austríaco de 1812 en su artículo 901: “Si las partes han elevado a condición expresamente el motivo o el fin de su acuerdo, este será considerado al igual que cualquier otra condición. Fuera de esta hipótesis, las expresiones de esta naturaleza no ejercitan ninguna influencia sobre la validez de los contratos onerosos.”<sup>798</sup>

Las tres normas sirven para mostrar, casi rítmicamente la forma en que la legislación alemana se movió, de una inicial consideración de las circunstancias como elemento fundamental para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

---

consideration promised for an act of performance is not specified, then in case of doubt the party that is owed the consideration is entitled to make the specification.

<sup>797</sup> Fuera de los casos de una efectiva imposibilidad de incumplimiento de un contrato, no puede ser este recusado por el cambio de circunstancias...Si por un cambio imprevisto resulta imposible de alcanzar el fin que se han propuesta ambas partes expresamente declarado que resulta de la naturaleza del negocio, puede cada una de ellas desistir de aquella parte del negocio que todavía no se haya cumplido.

<sup>798</sup> Las tres normas históricas son citadas por Jiménez Gil, *Ibíd*, 23 y 24.

hacia una gradual aceptación del fin o finalidad que las partes buscan al momento de calificar una circunstancias como frustrante de dicha finalidad. Teitler hace manifiesta esta observación cuando realiza la progresiva aproximación del sistema alemán al británico<sup>799</sup>.

En Alemania, son varios los autores que fijaron doctrinas que pueden ser consideradas como antecedentes de los avances jurisprudenciales primero y de la reforma legal, posteriormente.

El antecedente más ilustre es Hugo Grocio, quien consideraba que dicha cláusula obligaba únicamente en el caso de que la condición tácita “*si res manea quo sunt loco*” fuera la razón fundamental de la promesa. Jiménez Gil sintetiza el pensamiento de Grocio respecto de la aplicación de la cláusula en dos premisas:

- a) Se aplica cuando un defecto originario de la voluntad manifestada en el contrato que hagan cesar las causas que plena y eficazmente movieron la voluntad; y,
- b) Cuando se presenten acontecimientos que generen un desacuerdo con la voluntad<sup>800</sup>.

En otras palabras, circunscribiendo el cambio sobrevenido de las circunstancias a la hipótesis de *rationis cessatio*.

En la misma línea se pronuncia Samuel Pufendorf quien entiende que es un error considerar tácitamente incluida la cláusula en todos los contratos por la inseguridad jurídica que ello conllevaría<sup>801</sup>, pero otro de sus contemporáneos, Henry Cocceji, profesor de Heidelberg, aplica de forma extensiva dicho principio a todos los contratos y actos de carácter civil o privado. Quienes asumen una posición intermedia son Koop y Eberhard que afirman la inclusión de la cláusula, en todos los contratos privados, con la exclusión de los aleatorios, pues, por su naturaleza no hay certeza sobre las condiciones de la prestación del contrato<sup>802</sup>.

Existieron en Alemania otras teorías (como la de la “voluntad eficaz” de Kauffman que entiende la cláusula como incorporada a todos los contratos; la de la “reserva virtual” de Kruckmann que otorga un valor objetivo a la *rebus sic stantibus*

---

<sup>799</sup> Teitler, *Ibíd*, 3.

<sup>800</sup> Jiménez Gil, William, “La Teoría de la Imprevisión. ¿Regla o Principio?”, en *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Número 2, Enero, Diciembre, 2009.

<sup>801</sup> En *De jure natura et Gentium* constante en el elenco de Jiménez Gil, *Ibíd*. 21.

<sup>802</sup> Jiménez Gil, *Ibíd*, 22

es, decir, se halla incorporada siempre que la ley lo determine; la “teoría del límite del sacrificio” de Bretsch Stoll y Hech que fundamentan la imposibilidad económica)<sup>803</sup> que precedieron la aparición de la más importante de ellas, la denominada “teoría de la presuposición” de Bernhard Windscheid que analizaremos a continuación.

Para una gran parte de la doctrina, la cláusula *rebus sic stantibus* tiene, en el derecho alemán, su origen en la *Pandectística* y en especial en los trabajos de Windscheid sobre la “presuposición” (“*Voraussetzung*”)<sup>804</sup> a la que consideraba como una “limitación de la voluntad” que no se ha expresado o desarrollado hasta ser propiamente una condición y en consecuencia se hallaba ubicada, a medio camino, entre un mero motivo y la verdadera condición<sup>805</sup>. El concepto de presuposición, en efecto, conllevó en su momento una serie de equívocos algunos de los cuales perduran actualmente en la concepción de la *cláusula*. En la época en la que Windscheid planteó su concepción, no lo debemos olvidar, se exaltaba de forma exuberante la voluntad, no solo como categoría definitoria para producir efectos jurídicos sino, sobre todo, como una categoría *psicológica* cuya finalidad era producir efectos jurídicos, siempre y cuando, se emita dentro de un marco al que el gran jurista alemán denominó presuposición:

con la designación de este primer motivo se indica también necesariamente una presuposición de la declaración de voluntad, en donde en caso de verse frustrada, el efecto jurídico deseado no correspondería a la verdadera intención del autor de la declaración de voluntad; tanto es así que ninguno emite una declaración de voluntad sin finalidad alguna.<sup>806</sup>

De ese modo, si el cumplimiento de la presuposición se hace imposible, una de las partes podía solicitar la anulación (*Aufhebung*) del contrato<sup>807</sup> ya que, se trataría de una circunstancia que influyó en el contrato y en consecuencia determinó

---

<sup>803</sup> Carreras Maldonado, María, *Revisión del Contrato por el Cambio Extraordinario e Imprevisible de las Circunstancias*, disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/3/1022/6.pdf> , consultada agosto 2013.

<sup>804</sup> Como señalamos anteriormente, Talamanca, el jurista romano, señalaba que en el derecho romano no existía el concepto de presupuesto (cuyo origen atribuye a una desafortunada traducción de la voz “*Voraussetzung*”). Castán Pérez lo aclara así: “El mismo término “presupuestos”, continúa el insigne romanista italiano, es una traducción poco afortunada del vocablo “*Voraussetzung*” empleado por los pandectistas. Para estos había presupuesto cuando la eficacia del negocio, sin una cláusula expresa, estaba supeditada a la existencia de un hecho pasado o presente, o a la verificación de un acontecimiento futuro.”

<sup>805</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 113.

<sup>806</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 114.

<sup>807</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*.

la suscripción del mismo y por ende, aunque no haya sido expresada, tendría la fuerza de limitar la voluntad porque asume, siguiendo a Winscheid, el carácter de una condición no desarrollada<sup>808</sup>. Para el autor del Derecho de las Pandectas, si bien la presuposición no era conocida por el derecho romano, encontraría tutela en el derecho romano en las *condictio* y en la *causa*:

La presuposición es llamada causa (en las fuentes romanas) en un doble sentido; ante todo porque en ella está la “razón determinante” (*Bestimmungsgrund*) de la declaración de voluntad, y no un simple motivo (el cual a su vez es indicado como causa), sino específicamente una razón determinante elevada a limitación de la voluntad: y así, aquello que se ha presupuesto no puede faltar, sin que el enriquecimiento provocado por la declaración de voluntad (...) sea ilegítimo, de modo que al contrario, en la existencia de eso que se ha presupuesto está la razón justificativa del enriquecimiento provocado por la declaración misma de voluntad.<sup>809</sup>

Para Cardilli el hecho de que Winscheid vea en el derecho romano el origen del instituto de la presuposición y concretamente en la *condictio* y en la *causa* como fuente del mismo, tiene su explicación en el inmenso uso de las fuentes romanas donde existen antecedentes que muestran cómo el deudor se obliga por una condición no desarrollada; así por ejemplo en D. 12.7.2<sup>810</sup> el batanero tendría derecho al reintegro del precio pagado en razón de una condición no desarrollada, cual es, que los bienes se habrían perdido; también encuentra el instituto de la presuposición en las jurisprudencias relativas a la dote, que, como señala Cardilli, son la fuente fundamental para encontrar el origen de la clausula *rebus sic stantibus*, en las cuales los romanos identifican una *condictio tacita*<sup>811</sup>.

La teoría de la presuposición encontró en los contemporáneos de Winscheid una fuerte oposición y pueden ser resaltadas por sus manifestaciones primarias. En

---

<sup>808</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 115.

<sup>809</sup> Cardilli, Riccardo, “Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico”, en Schipani, Sandro, ed., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, *Ibíd*, 253 y sigs.

<sup>810</sup> Ulpiano dice: “Si un batanero hubiese tomado en arriendo el lavado de unos vestidos, y después, habiéndolos perdido, demandado por la acción de locación hubiere pagado al dueño su precio, y luego el dueño hubiere encontrado los vestidos, ¿Por qué acción deberá recobrar el precio que dio? Y dice Casio, que no solamente puede ejercitar la acción de conducción, sino intentar la condición contra el dueño; yo opino que de todos modos el tiene la acción de conducción. Pero se preguntó, ¿Podrá intentar también la condición porque no dio la cosa debida? Si acaso se considera como dada sin causa, opinamos que de este modo puede intentar la condición, porque habiéndose encontrado los vestidos para como que se dio sin causa.”

<sup>811</sup> Cardilli, *Ibíd*, 268

primer lugar las partes, al no haber expresado el primer motivo o primera finalidad por el cual celebraron el contrato, se colocan a sí mismas en una posición de desventaja pues no dieron a conocer a la otra parte, la circunstancia que le llevó a celebrar el contrato y, en consecuencia, su contraparte planteó el mismo contrato, en un escenario diverso con efectos contractuales diversos que al ejecutarse podrían ser divergente al motivo que llevó a la parte a contratar; de otro lado, los motivos, al ser internos, psicológicos si se quiere, no tienen forma de ser observables, de modo que la contraparte, ni un observador imparcial, podría conocer cuales son los motivos que llevaron a una u otra parte a suscribir el contrato en unos determinados términos; al no ser observables, los motivos poca seguridad pueden dar a las partes y al intercambio de bienes y/o servicios. En consecuencia, la presunción no dejó de ser más que eso, una presunción; de hecho como señalamos en el capítulo anterior, la misma traducción de la palabra *Voraussetzung* podría responder a un equívoco en el uso del vocablo<sup>812</sup>. Por otra parte, la divergencia entre el motivo o finalidad al que podríamos denominar voluntad de los efectos y la voluntad real o efectivamente expresada, llevó a la doctrina alemana a criticar con fuerza dicha conceptualización ya que, nuevamente, solo se pueden apreciar los efectos prácticos y no las motivaciones que frecuentemente quedaban en el ámbito de las especulaciones y, consecuentemente, no brindaban seguridad a ninguna de las partes ya que depositaba el rol de averiguar el motivo a una *indagatio* psicológica y por tanto interna<sup>813</sup>.

Por esta razón, por la indefinición de la *presuposición* la misma ha sido relacionada y confundida con la buena fe, con la excesiva onerosidad superviniente, con la causa, con el error y con el motivo<sup>814</sup>; las críticas provenían principalmente de

---

<sup>812</sup> En el acápite de la *conditio* se analiza con mayor detalle este tema.

<sup>813</sup> Chamie índice que: “La divergencia entre las dos figuras se puede observar en el hecho de que la excesiva onerosidad superviniente 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 esta última se refiere al alea normal del contrato, la otra por expresa disposición normativa, puede funcionar solo 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, al punto de llegar a su invalidez. Podemos afirmar entonces que desde el punto de vista estructural la falsa *presuposición* es una patología endógena del contrato, mientras que la supervención es una patología externa. Es interesante señalar que el evento extraordinario e imprevisible “por el solo hecho de ser presupuesto” no es por definición extraño a la prevención de los estipulantes.” Chamie Gandur, *Ibíd*, 116.

<sup>814</sup> De allí que sea necesario hacer una serie de precisiones respecto de cada uno de estos términos, Messineo por ejemplo, refiriéndose a la condición, indica que al diferencia es que mientras en la condición, se hace referencia a la absoluta falta e certeza objetiva de la ocurrencia o no del evento, en

Lenel quien se enfrentó con Winscheid y sus sucesores objetando la validez de la distinción; sin embargo, las tesis de Winscheid no fueron la únicas que atacaron o propusieron una teoría de la base negocial, plantearon también tesis al respecto Krückmann (que subrayaba el concepto de frustración del fin del contrato, por lo que en el supuesto de carencia original de sentido del contrato o de pérdida sobrevenida de dicho sentido, finalidad u objetivo, el contrato no se hacía exigible) y Locher (para quien las circunstancias que constituyen la base del negocio son aquellas imprescindibles para la consecución del fin negocial, es decir se encuentran en relación de *conditio sine qua non* con el fin del negocio)<sup>815</sup> aunque terminaría prevaleciendo las tesis de Oertmann, discípulo de Winscheid.

La doctrina alemana planteó dos soluciones, la primera fue la objetivación del motivo, por decirlo así, es decir el no aceptar la presuposición anclada en un motivo interno y por ende no observable, a raíz de lo cual surgió la tesis de Oertmann basada en la “interferencia de la base negocial” y la atribución de una relevancia de dicha interferencia; con el criterio de objetivación, Oertmann pretendió discutir las objeciones que en su momento se le hicieran al trabajo de Winscheid<sup>816</sup>, pero sería Karl Larenz quien aportaría nuevas luces sobre este problema. Larenz analiza en primer lugar la aplicación desmedida del principio de buena fe en el cumplimiento de obligaciones y el “estado salvaje” en que se encontraba la misma. Para Martínez Velencoso, el principal logro de Larenz es analizar los presupuestos para la concreción de la inexigibilidad en el derecho alemán<sup>817</sup>; ya Oertmann había

---

la presuposición, se trata de la absoluta certeza subjetiva o no del evento. Cfr. Chamie Gandur, *Ibíd*, 117.

<sup>815</sup> Orduña Moreno, Francisco Javier y Martínez Velencoso, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Pamplona, Civitas, 2013, 30.

<sup>816</sup> Las críticas provenían principalmente de Lenel quien consideraba que no existía diferencia entre el motivo y la presuposición y que en consecuencia “...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 Winscheid 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 condición, de modo que, debido a razones de tutela del tráfico jurídico, no podía ser aceptada.”; la respuesta de Oertman fue precisar la distinción entre motivo y presuposición y la segunda definir la relevancia de los hechos sobrevenidos; cfr. Chamie Gandur, *Ibíd*, 116.

<sup>817</sup> Orduña y Martínez, *Ibíd*, 31.

incorporado una distinción fundamental en esta institución que es la referida a hechos previstos o previsibles<sup>818</sup>:

...todo contrato se estipula...entre los que participan en él teniendo en cuenta determinadas circunstancias de carácter general, ya sean o no conscientes 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 considerada en forma alguna en el contrato, no resulta conforme a la buena fe someter a la parte por ello perjudicada.<sup>819</sup>

Con esta observación, Oertmann cambia su postura y afirma no solo que es preciso diferenciar los motivos de las presuposiciones sino que además, servirán de excusa por modificar la base negocial: solo los hechos que sean evidentes para las partes que producirían la modificación de estado de cosas existente al momento de suscribir el contrato<sup>820</sup>. Desde ese punto de vista, Oertmann desarrolló la “teoría subjetiva de la base del contrato” (*subjektive Geschäftsgrundlage*) según la cual:

...the basis of the contract may be defined as an assumption entertained by a party at the time of contract conclusion which was recognized and not objected to by the other party, or a mutual assumption entertained by both parties regarding the occurrence or not occurrence of circumstances that form the basis of the intention to conclude the transaction.<sup>821</sup>

Esta teoría se desarrolló como consecuencia de los desequilibrios económicos provocados por la hiperinflación, el corte de suministros y el incremento desproporcionado de los costos de producción de principios del siglo XX; el mundo anterior, por otro lado era un mundo diverso; como señala Zimmermann, el BGB (1900)<sup>822</sup> a diferencia del *Code Cive* (21 de marzo de 1804) no fue el heraldo de una

---

<sup>818</sup> Que por otro lado, no es aceptada por unanimidad por la doctrina; en especial en España es discutido el uso de previsible y previsto como lo veremos más adelante.

<sup>819</sup> Larenz también criticaba el hecho de que en su momento se fundamentare la decisión en la buena fe sino en el error, cfr. Chamie Gandur, *Ibíd*, 121.

<sup>820</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 122.

<sup>821</sup> Brunner, *Ibíd*, 405.

<sup>822</sup> Que, recordemos, excluyó la *clausula rebus sic stantibus* de su articulado mientras el *Code Cive* se consideró por muchos años como la herramienta acabada de la burguesía y su credo sobre la libertad y la autonomía de la voluntad. Zimmermann dice: It was a world with a patriarchal family structure, with associations and foundations still firmly under the tutelage of state authorities, and with a comparatively formal concept of freedom of contract; a world in which a regulation on bee swarms was regarded as more important than one on standard terms of business. The typically citizen for the BGB was not the Factory worker but rather the moneyed entrepreneur, the landed proprietor, or the public servant. Zimmermann, *The new German law of obligations*, New York, Oxford University Press, 2005, 20.

nueva época, sino que, en muchos sentidos reflejaba los valores de un mundo que estaba a punto de desaparecer<sup>823</sup>.

Esa situación no cambió fácilmente, pero como informa el mismo Zimmermann, el articulado del BGB pronto fue afectado principalmente por decisiones jurisprudenciales, como las que incorporaron la *clausula rebus sic stantibus*.

Es solo con la crisis provocada por la Primera Guerra Mundial, que la jurisprudencia alemana reconociera la *clausula rebus sic stantibus*, a pesar de que años antes hubo pronunciamientos expresos que rechazaron dicha institución en el ordenamiento civil alemán<sup>824</sup>; y la legislación alemana, por otro lado, se tomó cien años para incorporarla en la Ley de Reforma de Derecho de Obligaciones que entró en vigencia en enero de 2002 que incorporó el antes transcrito parágrafo 313<sup>825</sup>.

Resulta interesante que en este párrafo, el BGB que sigue el texto del párrafo 307 de la Propuesta de Discusión, se refiera a la imprevisibilidad en el sentido de condiciones que debieron haber sido previstas por las partes o que de haber sido previstas, las partes le hubieran dado otro contenido o de las circunstancias que están bajo su control, por lo que se aceptó el criterio de *imposibilidad económica* como una extensión, si se quiere del principio general de *imposibilidad* que se aplicaba solo en casos de imposibilidad absoluta; en ese momento se consideró que los casos de excesiva carga económica sobre una de las partes podía ser entendida también dentro del principio general de imposibilidad referida no solo a catástrofes sociales sino incluso a las económicas<sup>826</sup>. En consecuencia, Oertmann introdujo el principio de que solo los hechos que sean evidentes para las partes que producirían la modificación de estado de cosas existente al momento de suscribir el contrato servirán de excusa para el cumplimiento de la obligación.

---

<sup>823</sup> Zimmermann, *Ibíd.*

<sup>824</sup> Brunner, nota 2032, en la cual se refiere el caso de Heinrichs quien manifestó en 1902 que el *Reichsgericht* había rechazado de forma expresa dicha cláusula.

<sup>825</sup> “1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubieran concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo. 2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio. 3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de renunciar al contrato.”

<sup>826</sup> Brunner, *Ibíd.*, 406.



En ese marco, era necesario que la jurisprudencia alemana, al momento de definir el *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, distinguiese algunas instituciones que perfilan dicha doctrina; ellas son error, imposibilidad, la denominada *condictio ob rem* y la interpretación complementaria. Pasemos a analizarlas separadamente en la siguiente sección.

### **II.II.5 La *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.**

Compararemos la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* con otras instituciones del derecho alemán.

#### **II.II.5.a El error relevante**

El “error” consta en el § 119<sup>827</sup> y siguientes del BGB; cualquier tipo de “riesgo no previsto” que interfiera con la relación entre las partes puede ser considerado un “error” incluyendo las presunciones obvias para la buena marcha de cualquier relación como el valor de la moneda, la estabilidad de las condiciones sociales y el desarrollo estable de los mercados<sup>828</sup>, por lo que es necesario distinguir tres tipos de error: el primero cuando una de las partes yerra en el significado objetivo de su declaración (§ 119 I BGB); el segundo relativo a fraude (§ 123 I BGB<sup>829</sup>) que no tienen impacto en el *Störung der Geschäftsgrundlage* y, un tercer tipo de error, el referido a las características de la persona o del objeto (§ 119 II BGB), que es el que marca la diferencia entre la doctrina del error y de la *clausula rebus sic stantibus* en la legislación alemana<sup>830</sup>.

---

<sup>827</sup> Section 119.- Voidability for mistake.- (1)A person who, when making a declaration of intent, was mistaken about its contents or had no intention whatsoever of making a declaration with this content, may avoid the declaration if it is to be assumed that he would not have made the declaration with knowledge of the factual position and with a sensible understanding of the case. (2)A mistake about such characteristics of a person or a thing as are customarily regarded as essential is also regarded as a mistake about the content of the declaration.

<sup>828</sup> Hondius indica que en la legislación alemana se deben tener en cuenta tres consideraciones respecto al error en el BGB, en primer lugar solo ciertos errores son relevantes; segundo, la consecuencia del error es la elusión de la fuerza del contrato y tercero, la parte que evita el contrato es responsable por daños incluso si el error es mutuo. De allí que cualquier riesgo no previsto puede ser considerado un error, cfr. Hondius, *Ibíd*, 46.

<sup>829</sup> Section 123.- Voidability on the grounds of deceit or duress.- (1)A person who has been induced to make a declaration of intent by deceit or unlawfully by duress may avoid his declaration. (2)If a third party committed this deceit, a declaration that had to be made to another may be avoided only if the latter knew of the deceit or ought to have known it. If a person other than the person to whom the declaration was to be made acquired a right as a direct result of the declaration, the declaration made to him may be avoided if he knew or ought to have known of the deceit.

<sup>830</sup> Hondius, *Ibíd*, 58.

La doctrina considera que este error debe enmarcarse dentro de los siguientes límites:

a) El error referido a la persona y al objeto se refieren a las características presentes al momento de la celebración del contrato mientras que las posteriores usualmente no son tomadas en cuenta.

b) El error debe estar relacionado directamente con la persona o el objeto del contrato, las circunstancias externas solo se consideran cuando se originan en relación con el objeto o persona<sup>831</sup> aunque hayan sido determinantes al momento de suscribir el contrato. Los ejemplos de errores irrelevantes en materia de motivación, incluyen para la doctrina alemana, la variación en la tasa de inflación, variaciones en el valor del objeto contractual u otros desarrollos de los mercados puesto que, dichas contrataciones ocurren en una economía de mercado en la que se presume y acepta la variación de los precios de los bienes y/o servicios.

c) Como consecuencia del error relevante, la parte que erró puede evitar el cumplimiento del contrato<sup>832</sup> a menos que la ejecución del mismo pueda separarse y dicha parte pueda cumplir con la voluntad de las partes al celebrarse el contrato<sup>833</sup>.

### **II.II.6 La imposibilidad.**

El derecho alemán reconoce la imposibilidad derivada del derecho romano; el *impossibilium nulla est obligatio*<sup>834</sup>. El § 275<sup>835</sup> BGB se aplica a todo tipo de

---

<sup>831</sup> En caso de que no sea posible probar una relación directa o cercana con la persona u objeto, no se tomará en cuenta el “error” y son considerados *errores relevantes en la motivación*. Hondius, *Ibíd*, pag 56.

<sup>832</sup> Section 142.- Effect of avoidance.- (1) If a voidable legal transaction is avoided, it is to be regarded as having been void from the outset.-(2) A person who knew or ought to have known of the possibility of avoidance is treated, in case of avoidance, as if he had known or ought to have known of the invalidity of the legal transaction.

<sup>833</sup> Section 139.- Partial invalidity.- If a part of a legal transaction is void, then the entire legal transaction is void, unless it is to be assumed that it would have been undertaken even without the void part.

<sup>834</sup> Zimmermann hace corresponder este principio con el de la filosofía moral que indica que “deber implica poder”. Zimmermann, *Ibíd*, 44

<sup>835</sup> Section 275.- Exclusion of the duty of performance\*.- (1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person. (2) The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance. (3) In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor.

imposibilidad: objetiva, subjetiva, inicial, subsecuente, parcial y total<sup>836</sup>. Esta norma contiene algunas disposiciones interesantes, en primer lugar, señala que la imposibilidad no solo tiene que afectar al obligado sino a cualquier persona, es decir se trata de una imposibilidad absoluta y no referida solo al obligado; luego, indica que el obligado puede rehusarse a cumplir la obligación en la medida en que dicho cumplimiento, tomando en cuenta la materia de la obligación y el principio de buena fe, sea sumamente desproporcionado en relación a lo que se obligó el acreedor. Otro aspecto fundamental de la norma sobre imposibilidad alemana es que se toma en cuenta su responsabilidad en los actos solo en el caso en que se haya señalado contractualmente qué actos se le puede exigir razonablemente. Es interesante resaltar el hecho de que en la norma alemana se haga referencia a un esfuerzo “sumamente desproporcionado” en relación a la obligación, esto es, no solo se admitiría la imposibilidad absoluta, legal o natural sino además la imposibilidad económica<sup>837</sup>.

La sección 275 libera al deudor en casos de imposibilidad, como vimos, pero la gran diferencia entre la conceptualización francesa y la alemana es que el BGB no exige que el evento no sea previsible: “Il est important de noter que § 275 BGB n'exige pas que l'événement soit imprevisible.”<sup>838</sup> Para entender tanto la noción de imposibilidad como la de perturbación de la base negocial, es necesario recordar, brevemente, el tratamiento del riesgo en el derecho alemán. La sección 446 define el riesgo (*Risiko*) como la destrucción o deterioro accidental que pasa al comprador una vez entregada la cosa.

Por lo cual, el riesgo de la cosa comprada no pasa al comprador hasta la entrega de la misma. Recordemos que en el entendimiento de Oertmann, la fuente de la que surge el principio de reparación en el derecho alemán, es, nuevamente, el principio de la buena fe expresado en la sección 242 del BGB que ordena: “Section

---

(4)The rights of the obligee are governed by sections 280, 283 to 285, 311a and 326.\*) Official note: This provision also serves in part to implement Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (OJ L 171, p. 12).

<sup>836</sup> En breve, la objetiva implica que nadie puede cumplir, la subjetiva que el deudor específicamente no puede cumplir, inicial que el cumplimiento ya era imposible cuando se suscribió el contrato y subsecuente que el contrato se hace imposible luego se suscrito.

<sup>837</sup> Así lo entendió la Corte Suprema alemana en los primeros casos al hacer una interpretación extensiva de imposibilidad y considerar que una imposibilidad económica equivalía a una “extraordinaria carga” al deudor, lo que vendría a equivaler a una imposibilidad económica.

<sup>838</sup> Hujo, *Ibíd.* pos. 621.

242.- Performance in good faith.- An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration<sup>839</sup>.

Cuando se ha pretendido entender el alcance de estas normas y las de imposibilidad, la jurisprudencia alemana ha desarrollado nuevos conceptos como los de “imposibilidad económica”, el del “límite del sacrificio” y la “inadmisibilidad”<sup>840</sup>, de ese modo, con el fin de evitar un resultado intolerable para la justicia, la jurisprudencia alemana incorporó estas distinciones y permitió que el contrato sea o terminado o revisado basado en una figura muy similar al derecho inglés antiguo, esto es que la finalidad que las partes buscaron al momento de celebrar el contrato pueda seguir siendo perseguido por las mismas, esto es una suerte de *cláusula implícita*.

De su parte, para Zimmermann, la provisión de la sección 275 del BGB se refiere a dos tipos de imposibilidad, la “imposibilidad práctica” (*faktische Unmöglichkeit*) y la “imposibilidad económica” (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) lo que hace que en el derecho alemán el esfuerzo requerido para cumplir es medido contra el interés del acreedor en recibir ese cumplimiento<sup>841</sup>. Zimmermann lo explica de este modo:

El ejemplo paradigmático es el anillo (con un valor de 100 euros) que ha caído al lago después de haber sido vendido pero antes de ser transferido al comprador. El costo de drenar el lago y recuperar el anillo puede llegar a los 100.000 euros. Es obviamente irrazonable esperar que el deudor incurra en tal gasto en vista del interés del acreedor en el anillo de solo 100 euros, i.e. el valor del objeto. El asunto es distinto en materia de imposibilidad económica. Si el precio de 1.000 barriles de petróleo que han sido vendidos, se incrementa dramáticamente, el deudor no puede invocar la sección 275 I, por cuanto sería también irrazonable, en este caso, esperar que el deudor cumpla bajo las nuevas circunstancias, no tenemos una enorme desproporción entre los esfuerzos del deudor y el interés del acreedor en recibir el cumplimiento: el último, como en el ejemplo anterior, no ha permanecido en el inicial nivel más bajo, sino que se ha elevado, en la misma medida que el esfuerzo

---

<sup>839</sup> La sección 242 BGB contiene la célebre fórmula *Treu und Glauben*. El texto de la sección es el siguiente: “§ 242 Leistung nach Treu und Glauben.- Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

<sup>840</sup> Hujo, *Ibíd*, pos. 648.

<sup>841</sup> Zimmermann, *Ibíd*, pag. 45.

del deudor; el objeto de la venta se ha convertido en más valioso y el comprador, por supuesto, se beneficiará de ese valor más alto<sup>842</sup>

Cabría aún, un remedio para este caso, que sería la regla de cambio de circunstancias, si se cumplen con los requisitos establecidos en la sección 313 del BGB, que serán objeto de análisis más adelante.

En el caso de imposibilidad práctica, la regla que se aplicaba antes de la reforma del 2002 no distinguía entre imposibilidad factual y la mera imposibilidad práctica; con la reforma, en el caso de imposibilidad factual la obligación del deudor no desaparece automáticamente sino, que se le concede al deudor una mera opción de no cumplir con la obligación, con lo que la nueva ley le concede al deudor la opción de cumplir la obligación a pesar del esfuerzo irrazonable que eso le requiera<sup>843</sup>. Zimmermann considera que esta solución no es feliz ya que, deja al acreedor en la circunstancia incómoda de que el deudor no cumpla la obligación pero tampoco presente la defensa de imposibilidad práctica.

De otro lado, en el caso de “imposibilidad moral” (que ocurre cuando la prestación debe ser cumplida por una persona en particular y tanto acreedor como deudor han contratado con ese objetivo) las reglas a aplicar, antes de la reforma, eran las de cambio de circunstancias, es decir las correspondientes a la sección 313; con la reforma, parecería que se debe aplicar el párrafo III de la sección 275, sin embargo, como indica Zimmermann, la relación entre el párrafo II y el III de la sección 275 no parece clara:

Al contrario de lo que indica la sección II del 275 BGB, no aparece como un factor relevante, determinar que puede razonablemente esperarse del deudor, sea que haya sido responsable del impedimento o no: la soprano puede rehusar el cumplimiento incluso si ella mismo ha causado negligentemente la enfermedad de su hijo<sup>844</sup>. Más aún, el interés del acreedor en el cumplimiento, es solo una consideración al momento de determinar la irrazonabilidad sobre la base de un balance general de intereses; no es, bajo el 275 II BGB, un criterio decisivo para establecer lo que el deudor tendría que hacer para convertir el cumplimiento en excesivo y

---

<sup>842</sup> Zimmermann, *Ibíd*, 46.

<sup>843</sup> Zimmermann, *Ibíd*, 47.

<sup>844</sup> Cuando explica el caso de imposibilidad moral, Zimmermann recurre al ejemplo de la soprano que rehúsa cantar porque se ha enterado que su hijo ha contraído una enfermedad que amenaza su vida; con las reglas anteriores a la reforma, ese caso era entendido como un caso de imposibilidad mora. Pero con la reforma, se excluyó el derecho a un cumplimiento específico cuando el mismo consista en la provisión de servicios o trabajos de carácter personal. Zimmermann, *Ibíd*, 48.

consecuentemente irrazonable. El 275 III BGB, en otras palabras, permanece como una manifestación específica de las reglas concernientes al cambio de circunstancias...<sup>845</sup>

Para Zimmermann la inclusión del 275 III BGB desdibuja la línea que separa el 275 II BGB de las reglas del 313 BGB. Esta era la opinión de Zimmermann en 2005, más adelante veremos como la jurisprudencia alemana resolvió las dudas que tenía este autor.

De la lectura de la sección 275 del BGB parecería desprenderse una cercanía con la misma con la norma italiana y la distancia que separa la “alteración de la base negocial” alemana de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana. Sin embargo, vemos que en la imposibilidad alemana, el obstáculo debe ser de tal naturaleza que el obligado no pueda superarlo de ninguna forma, es decir, como el contrato establece lo que se constituye como cumplimiento de la obligación, las circunstancias que no se constituyen como un elemento insuperable de cumplimiento de la obligación, no dan lugar a la excusa de imposibilidad<sup>846</sup>; sin embargo como señala el mismo Hondious y a diferencia de Zimmermann, en los primeros casos, si bien la Corte Suprema alemana consideró que ello equivalía a imposibilidad económica, con la adopción del principio de alteración de la base negocial (*Störung der Geschäftsgrundlage*) se dejó de lado dicha interpretación aunque se mantuvo cuando la carga no solo es extraordinaria sino que además es “excesivamente desproporcionada” en relación a las ganancias del acreedor de mantenerse los términos originales del contrato, dando lugar a la denominada *imposibilidad práctica*.<sup>847</sup> En casos de imposibilidad, el contrato se mantiene válido y el deudor es responsable por daños a menos que pruebe que no tiene relación alguna con la causa de imposibilidad o, en casos de imposibilidad inicial, es decir adquirida al inicio del contrato, que desconocía la causa de impedimento. En ese caso, es decir si el deudor logra demostrar ambas circunstancias, se ve liberado de toda responsabilidad y lo mismo ocurre con el acreedor, lo que ha hecho que se plantee un caso de suma cero por esta regla rígida; la consecuencia es que se haya preferido acercarse más a la

---

<sup>845</sup> Zimmermann, *Ibíd*, 49.

<sup>846</sup> Hondious, *Ibíd*, 57.

<sup>847</sup> Hondious, *Ibíd*.

flexible regla del *Störung der Geschäftsgrundlage* contenida en la sección 313 del BGB<sup>848</sup>.

### II.II.7 *Condictio ob rem*

La cláusula denominada *condictio ob rem* o *condictio causa data causa non secuta* era, como vimos antes, una condición en el derecho romano cuyo objetivo era recuperar la propiedad de una cosa en caso de que hubiese fallado el propósito de la transferencia (como veremos posteriormente, una de las variantes de la *rebus sic stantibus* al menos en el derecho norteamericano es la frustración del propósito).

En el derecho alemán contemporáneo, la *condictio ob rem* contenida en la sección 812 del BGB<sup>849</sup>, ubicado en el título de enriquecimiento injusto, permite al afectado pedir la restitución de la cosa si el resultado pretendido por las partes al celebrar la transacción no se materializa, pero como indica Hondius, esta norma solo se aplica si las normas del contrato y las normas generales de enriquecimiento injusto no se aplican, y en consecuencia la obligación nace no de un contrato porque el transferente no quiere o no puede obligarse legalmente e incluso en ese caso, solo se puede alegar la *condictio ob rem*, en los casos en que las partes hayan señalado de forma expresa que la transacción depende de dicha condición. Hondius también señala que en algún caso se discutió si se podría aplicar la *condictio ob rem* a casos contractuales donde las partes buscaban además un resultado que les obligase; las cortes aceptaron esa posibilidad pero posteriormente la dejaron de lado ya que, decisiones jurisprudenciales ulteriores establecieron que esos resultados no contemplados por las partes en el contrato, debían ser interpretadas según las reglas generales de los contratos.

---

<sup>848</sup> Hondius, *Ibíd.* 58.

<sup>849</sup> Section 812.- Claim for restitution.- (1)A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.- (2)Performance also includes the acknowledgement of the existence or non-existence of an obligation.

### II.II.8. Interpretación complementaria de los contratos

La sección 133<sup>850</sup> del BGB señala que cuando una declaración de voluntad debe ser interpretada es necesario referirse a la voluntad real de las partes antes que al significado literal de la declaración y si hay una diferencia entre lo que las partes acordaron y la voluntad real de las mismas, se debe proceder a una *interpretación hipotética* de la voluntad de las partes a través de lo que se conoce como la *interpretación complementaria* o *Ergänzende Vertragsauslegung*:

This is a method by which the solution to a certain question is extrapolated from the parties will concerning other matters. Therefore the contract itself is taken as the basis for adjudication. This concept allows the courts to sustain the contract while flexibly adapting it; in some decisions of the BGH a contract was adapted to unexpected circumstances.<sup>851</sup>

Por lo que, dado el carácter subsidiario de la *Störung der Geschäftsgrundlage*, la diferencia con esta interpretación complementaria es que en esta se realiza una interpretación de la voluntad de las partes mientras que en la *Störung der Geschäftsgrundlage* se hace una corrección legal del contrato solo en los casos en que no hay bases para determinar dicha voluntad hipotética de las partes. Hondius señala además que dado que la *Störung der Geschäftsgrundlage* se aplica en base del principio de buena fe contractual, parecería evidente que los jueces al aplicar la doctrina de la interpretación complementaria efectúe un simétrico caso de interpretación de la buena fe, en consecuencia, hay quienes niegan diferencia alguna entre las dos doctrina.

### II.II.9. La *Störung der Geschäftsgrundlage*

Para Martínez Velencoso, la doctrina y jurisprudencia alemanas consideran que los presupuestos para la aplicación de la *Störung der Geschäftsgrundlage* son los siguientes:

- i) Se verifique un cambio de circunstancias de alguna que forme parte del negocio.

---

<sup>850</sup> Section 133.- Interpretation of a declaration of intent.- When a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the literal meaning of the declaration.

<sup>851</sup> Hondius, Ibíd, 60. BGH es la *Bundesgerichtshof* o Corte Federal de Justicia, el máximo órgano de justicia civil y criminal.



- ii) No exista disposición expresa en el contrato respecto de la distribución de riesgos.
- iii) No sea posible distribuir el riesgo mediante la interpretación complementaria del contrato.
- iv) No sea posible distribuir el riesgo conforme las normas contractuales típicas.
- v) Que exista una perturbación del equilibrio contractual de entidad suficiente, siempre que la excesiva onerosidad se considere inexigible. Para algunos autores, la imprevisibilidad forma parte de la inexigibilidad, ya que, en todos los casos en que una persona razonable, mediante el empleo de medios exigibles no hubiera podido prever la posibilidad de desequilibrio contractual, la imprevisibilidad si es una circunstancia que permite alegar ese desequilibrio.
- vi) Que el cambio de circunstancias no sea imputable a ninguna de las partes o cuando una de ellas se encuentra en mora.

#### **II.II.10. El papel de la jurisprudencia.**

Con base en el artículo 355 del *Allgemeines Landrecht*, el *Reichsgericht* ha dictado varias sentencias sobre la materia; luego de la conclusión de un contrato de venta de alcohol, el Estado fijó impuestos más elevados pero la corte permitió la resolución del contrato fundado en las normas referidas al cambio de circunstancias no previsto<sup>852</sup>. Cuando las prestaciones no son equivalentes debido a los efectos de un evento no previsto, se habla de *Äquivalenzstörung* y el ejemplo clásico es la devaluación monetaria que permite que una de las partes se libere en caso de que la equivalencia de las prestaciones haya sido desequilibrada; la falta de equivalencia puede también originarse en un cambio de legislación como la señalada en el caso de los impuestos<sup>853</sup>.

Al igual que Francia y otros países afectados por los efectos de la Primera Guerra Mundial de 1914, en Alemania se discutió en el *Reichsgericht*, la Corte Suprema del Imperio Alemán, un caso respecto de la distribución de vehículos Opel que, de ejecutarse de la forma señalada en el contrato habría conducido a la quiebra

---

<sup>852</sup> Hujo, *Ibíd*, pos. 741.

<sup>853</sup> Hujo, *Ibíd*,

del deudor, de allí que *Reichsgericht* haya aceptado la revisión del contrato<sup>854</sup>. Otro caso que hizo época a principios de siglo, fue el de *Vigognespinnerei-Entscheidung* de 1922<sup>855</sup> y en el que los jueces discutieron si el riesgo de la inflación podía ser tomado en cuenta; la corte decidió que el demandado debía aceptar el riesgo de la inflación solamente en los casos en que el caso en que la misma haya sido claramente previsible para las partes. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la cuestión vuelve a ser levantada en los tribunales y, a diferencia del caso francés que requirió intervención legislativa, son los jueces que revisan los contratos en base a la falta de equilibrio entre las prestaciones: “C’est aussi possible pour la conséquence d’un pur déplacement de valeur, si la persistance de l’équivalence de la performance et de la contrepartie a été présupposé à la conclusion du contrat. »<sup>856</sup>

En lo posterior, la jurisprudencia es variada; en el caso de cambio de circunstancias, Martínez Velencoso señala tres áreas: el cambio de normativa, el estallido de guerra y el cambio de estado civil. En sentencia del BGH de marzo de 1996, se excusa la construcción de casas de madera porque la nueva normativa urbanística impide ubicarlas en el lugar previsto; la corte de apelaciones de Oldengurg, en julio de 1991, excusa a los padres que se habían comprometido a ayudar económicamente a su hija y esposo porque el matrimonio terminó por divorcio; y, la corte de apelaciones de Karlsruhe en mayo de 1992 excusa la presentación de una banda de músicos en una verbena que las autoridades prohibieron debido al estallido de la Guerra del Golfo.

Respecto de la no existencia de disposición expresa de distribución de riesgos en el contrato, vemos que la BGH en sentencia de febrero de 1978, dispuso que no cabía la aplicación de la doctrina de *Störung der Geschäftsgrundlage*. Martínez Velencoso reseña el caso de este modo: la ciudad demandante suscribió con la empresa demandada un contrato de suministro de gas durante el año de 1973; al estallar la crisis del petróleo, la demandada incrementa los precios ante lo cual la ciudad inicia acciones; el BGH entendió que el incremento es un riesgo que debía ser soportado por el suministrador. Esta sentencia, sin embargo, difiere de dos sentencias del misma BGH, la primera de febrero de 1984 en la que debido a la

---

<sup>854</sup> RGZ 100, 134.

<sup>855</sup> RG 3 de febrero de 1922, en RGZ 103, 328, citado por Hujo, *Ibíd.*, pos. 752.

<sup>856</sup> RGZ 103, 328, citado por Hujo, *Ibíd.*, pos. 771.

prohibición que impuso la Revolución Islámica en Irán en el año 1978 de venta de alcohol, se da por terminado un contrato entre una empresa alemana y una iraní por concurrir el requisito de imprevisibilidad. Lo mismo ocurre en sentencia de marzo de 1982 en la que se acepta la distribución de riesgos de un contrato de obra suspendido por ocasión de la misma revolución islámica. Del mismo modo, en sentencia de marzo de 1993, el BGH se opone al incremento de precios de una serie de televisión que fue contratada para que durara seis horas, resultando un total de ocho, por estimar que sí era previsible que se extendiese la duración de la serie. Martínez Velencoso finalmente se refiere a una sentencia emitida con ocasión de la controversia en un contrato de construcción; el tribunal superior de Berlín desecha la aplicación de la doctrina de interferencia con la base negocial, debido a que la parte demandante no informó a las autoridades del destino del inmueble y, por ende, la frustración de la obra resultó fruto de sus actos.

#### **II.II.11. Los efectos de la *Störung der Geschäftsgrundlage***

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la *Störung der Geschäftsgrundlage*, Martínez Velencoso sugiere que la jurisprudencia alemana venía discurriendo entre la adaptación de contrato en el caso de ruptura del equilibrio de las prestaciones para lo cual utilizaban la herramienta de la interpretación integradora (aunque como vimos la doctrina alemana prefiere denominarla interpretación complementaria) del contrato tomando en cuenta el comportamiento económico de las partes; sin embargo, la doctrina contemporánea insiste en que la sección 313 del BGB no señala la forma ni el mecanismo para determinar la forma en que debe adaptarse el contrato<sup>857</sup> y por lo tanto se debe respetar o la voluntad de las partes o, en su caso, la forma en que la ley distribuye el riesgo dependiendo del tipo de contrato; en caso de que se deba distribuir el riesgo, y una de las partes esté asegurada contra ese riesgo o represente una porción ínfima de su patrimonio o el

---

<sup>857</sup> Esta afirmación, correspondería a parte de la doctrina alemana que considera que el texto de la sección 313 del BGB no entrega a los jueces la adaptación del contrato; y, que la misma debe realizarse directamente por las partes sin la participación del juez al que se acudiría únicamente cuando las partes no hubiesen logrado la adaptación del mismo lo cual es coherente con la normativa europea al respecto. Orduña y Martínez, *Ibíd*, 42.

acreedor pueda satisfacer su interés de forma más económica no será posible dicha adaptación del contrato<sup>858</sup>.

Finalmente, un aspecto que es preciso rescatar de la jurisprudencia alemana es que en caso de que una de las partes no acceda al pedido de adaptación del contrato en caso de que se cumplan los requisitos de la sección 313 del BGB, la parte puede demandar daños y perjuicios de conformidad con la sección 280 de BGB<sup>859</sup>.

## **II.III. Italia**

### **II.III.1 La excesiva onerosidad sobrevenida**

La legislación italiana trata del instituto de la distribución de riesgos contractuales con el nombre de excesiva onerosidad sobrevenida (*eccesiva onerosità sopravvenuta*); dicha entidad se encuentra regulada en el capítulo XIV (*Risoluzione del contratto*) del título II (*Dei contratti in generale*) del Libro IV (*Delle obbligazioni*) del código expedido en 1942.

La especial forma en que esta concebido el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, nos permite hacer un recorrido por la estructura del derecho de obligaciones italiano. Para la legislación italiana, la obligación es un vínculo jurídico en base al cual un sujeto, el acreedor, se halla obligado a mantener un cierto comportamiento en relación a otro sujeto. Nótese que la legislación italiana enfatiza en el hecho del comportamiento de un sujeto hacia otro.

El contrato, según el artículo 1321 es el acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídico patrimonial, lo cual le confiere al contrato una idiosincrasia distinta dentro del derecho continental. Para Tramontano, el contrato sería una especie dentro del género denominado negocio

---

<sup>858</sup> Orduña y Martínez, *Ibíd*, 42.

<sup>859</sup> Section 280.- Damages for breach of duty.- (1) If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty.- (2) Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.- (3) Damages in lieu of performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirements of sections 281, 282 or 283. Orduña y Martínez, *Ibíd*, 43.

jurídico, es decir, el contrato sería un negocio jurídico<sup>860</sup> bilateral (o plurilateral) de contenido patrimonial<sup>861</sup>. La Corte de Casación se ha expresado de este modo respecto del concepto de contrato:

Il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalmente ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti. Accertare se vi è un solo contratto o una pluralità di contratti rientra nei compiti esclusivi del giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici<sup>862</sup>.

Es decir, el negocio jurídico persigue un resultado económico unitario y complejo que se realiza a través de un complejo de “contratos” siendo cada uno un reglamento de intereses recíprocos, cuya finalidad es más bien, la pluralidad de los intereses perseguidos.

En este contexto, la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de la legislación italiana es una facultad: “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative” Por lo que la jurisprudencia ha señalado que:

La causa o ragione del negozio s'identifica con la funzione economico sociale dell'atto di autonomia privata nella sintesi dei suoi elementi essenziali e l'accertamento costitutivi del negozio giuridico fra presumere, di regola, l'esistenza della corrispondente causa tipica, salva la prova di un diverso intento pratico delle parti.

---

<sup>860</sup> Betti desarrolla sistemáticamente la noción de negocio jurídico en Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada, Comares, 2008.

<sup>861</sup> Tramontano, Luigi, “Commenti al Codice Civile”, en Italia, *Codice Civile*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 14. Ed., 2015, 1320.

<sup>862</sup> Cass., no. 11240, 2003, rv. 565243.

Otro elemento fundamental a la hora de entender la forma en que está configurado el contrato italiano, es la denominada causa, que puede ser entendida como la finalidad objetiva de las partes al suscribir un contrato<sup>863</sup>:

La causa del contratto si identifica con la funzione economico sociale che il negozio obiettivamente persegue e il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata. Essa è ontologicamente distinta dallo scopo particolare che ciascuna delle parti persegue, rappresentando lo scopo obbiettivo del negozio. Da ciò deriva che l'illeceità della causa – sia nell'ipotesi di contrarietà della stessa a norme imperative o al buon costume sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge – deve essere inerente alla funzione obbiettiva che intenzionalmente che entrambe le parti attribuiscono al negozio per il raggiungimento di una comune finalità contraria a la legge e che non può essere ravvisata nell'approfittamento da parte di uno dei contraenti dello stato di errore in cui versa l'altro contraente circa una qualità dell'oggetto, che integra invece un'ipotesi di vizio del consenso, sanzionabile con i diversi rimedi dell'annullabilità della convenzione<sup>864</sup>.

De ese modo, la causa se presenta como una finalidad objetiva expresada por el ordenamiento y al cual las partes se han sometido, más allá de la finalidad propia de sus intenciones inmediatas<sup>865</sup>.

En fin, el contrato, al igual que en el resto de jurisdicciones, tiene fuerza de ley, así lo dispone el artículo 1372:

(Efficacia del contratto). Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.

El derecho italiano, en estas circunstancias, establece un deber de comportamiento<sup>866</sup> según el cual las partes deben actuar conforme el deber constitucional<sup>867</sup> de *solidaridad social*. Este principio ordena que las partes

---

<sup>863</sup> Art. 1343. (Causa illecita). La causa e' illecita quando e' contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

<sup>864</sup> Cass., no. 826, 1983, rv. 425577.

<sup>865</sup> Existe en Italia, igual que en otras legislaciones que adoptan el modelo de la causa, una discusión respecto al concepto de causa; sin duda, otra versión dirá que la causa es la finalidad inmediata de las partes más allá del concepto abstracto, así lo contempla la sentencia de casación: Cass., no. 10490 de 2006, pero en lo que tiene que ver con la discusión aquí planteada, es indiferente la versión adoptada sobre dicho concepto ya que lo que importará, es la adaptación de dicha finalidad al concepto general de negocio jurídico, aquí planteado.

<sup>866</sup> Art. 1175. (Comportamento secondo correttezza). Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa.

<sup>867</sup> Italia, *Costituzione Italiana*, Art. 2.- La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede

contratantes están obligadas a un comportamiento de colaboración recíproca, en el cual, el deudor debe cumplir la obligación y el acreedor debe colaborar en el cumplimiento, haciéndolo, lo menos gravoso posible<sup>868</sup>. El principio de solidaridad social incluye la prohibición de actos de emulación (*atti d'emulazione*) y la obligación de actuar de buena fe.

Los actos de emulación<sup>869</sup> son los actos cuyo objetivo sea solo dañar o causar molestia a otros; esta institución postula un elemento objetivo, la ausencia de utilidad para el propietario y uno subjetivo, la prohibición del *animus nocendi*.

La buena fe, según Tramontano, implica un deber jurídico que se expresa en tres facetas, la primera, la prohibición de dolo; la segunda, que el comportamiento debe estar caracterizado por el deber de corrección y el sentido de solidaridad social<sup>870</sup>; y, la ausencia de abuso del derecho<sup>871</sup>. La prohibición de dolo implica la prohibición de causar daño a otro. La corrección ha sido ya explicada.

El abuso de derecho, de su parte, ha sido delimitado en varias sentencias de la Corte de Casación, una que tiene que ver con el tema que venimos tratando es la siguiente:

La Suprema Corte ci ricorda che l'esercizio del potere contrattuale riconosciuto dall'autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali – quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e delle correttezza – alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale e ciò a fine di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio. Il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata deve essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di una eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere il fine che la parte si è prefissata. Il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve

---

l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Disponible en <http://www.quirinale.it/grnw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf> consultada en abril 2014.

<sup>868</sup> Tramontano, Luigi, *Ibíd.*, 870.

<sup>869</sup> Art. 833. (Atti d'emulazione). Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

<sup>870</sup> Tramontano, *Ibíd.*, 1043.

<sup>871</sup> Tramontano, *Ibíd.*, 870.

operare ed interpretare l'atto anche in funzione del comportamento degli opposti interessi delle parti contrattuali<sup>872</sup>.

La doctrina italiana explica así el alcance del abuso del derecho en la jurisdicción italiana:

Qualora un contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi, per il semplice fatto che i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede de cui deve improntarsi il comportamento delle parti nel contratto. La mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dall'articolo in commento e dal precedente articolo 1175 nella formazione e nell'esecuzione del contratto può rivelare, infatti, un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per il quali il diritto stesso è stato conferito. Conseguenzialmente, accertato l'abuso, può sorgere il diritto al risarcimento dei danni subiti. Tale sindacato, da parte del giudice de merito, deve per tanto essere esercitato in chiave di merito, deve pertanto essere esercitato in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici<sup>873</sup>.

Esta sentencia manifiesta una serie de elementos propios del sistema italiano. En primer lugar, vemos que incluso reconociendo que una obligación ha sido adquirida *ad nutum*, es decir, tomada de manera libre y en ejercicio de la autonomía de la voluntad de una de las partes, puede ser dejada si efecto en el caso que el juez observe que no ha existido un comportamiento correcto, en el sentido antes explicado y en consecuencia, se haya producido un abuso del derecho. La falta de buena fe en la formación del contrato, es para el juez italiano, un caso de abuso del derecho - incluso en el caso de que la cláusula haya sido establecida contractualmente - cuando se buscan fines distintos a los establecidos en el derecho.

Queda claro, que en nombre del principio constitucional irrenunciable de la solidaridad social, las partes se ven comprometidas a dos deberes fundamentales, el deber de actuar de buena fe y el de evitar los denominados actos de emulación.

---

<sup>872</sup> Cassazione no. 20106 del 2009, citada por Tramontano, *Ibíd*, 1044.

<sup>873</sup> Tramontano, *Ibíd*.



Este deber se refleja en la forma en que el deudor debe cumplir la obligación pues se establece que el deudor debe cumplir la obligación usando la diligencia del buen padre de familia y, cuando se refiere al ejercicio de una profesión, el cumplimiento debe tomarse en cuenta conforme la naturaleza de la actividad<sup>874</sup>; ello incluye, el deber de custodiar la cosa debida hasta que la misma sea entregada<sup>875</sup>.

De otro lado, en el derecho italiano, las causas de incumplimiento son de dos tipos, las que se le pueden atribuir al deudor y las que no le pueden ser atribuidas. En el primer caso, el deudor es responsable contractualmente; en el segundo, el deudor no es responsable. La carga de probar que el incumplimiento no le es atribuible, de conformidad con la regla de la diligencia del buen padre de familia, le corresponde al deudor<sup>876</sup>; a excepción de la obligaciones de resultado donde el acreedor además de probar que no se ha conseguido el resultado ofrecido, debe probar que el deudor actuó con negligencia. Cosa similar ocurre con las obligaciones negativas, es decir las de no hacer, en las cuales, el incumplimiento se verifica con la realización del acto hecho en violación de dicha prestación negativa<sup>877</sup>.

La responsabilidad del deudor por culpa o dolo, no puede ser excluida de forma preventiva, señala el artículo 1229 por cuanto son normas de orden público y en consecuencia, serán nulas<sup>878</sup>.

La obligación se extingue o por el cumplimiento de la misma o con la ejecución de una prestación equivalente, lo que se conoce como modos de extinción satisfactoria de la obligación (pago, prestación alternativa, compensación y confusión); existen también unos modos no satisfactorios, entre los cuales está la

---

<sup>874</sup> Art. 1176.- (Diligenza nell'adempimento). Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

<sup>875</sup> Art. 1177. (Obbligazione di custodire). L'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna.

<sup>876</sup> Art. 1218. (Responsabilità del debitore). 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.

<sup>877</sup> Art. 1222. (Inadempimento di obbligazioni negative). Le disposizioni sulla mora non si applicano alle obbligazioni di non fare; ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento.

<sup>878</sup> Art. 1229. (Clausole di esonero da responsabilità). È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

novación, la remisión y la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor<sup>879</sup>.

### **II.III.2. La *impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile***

La *impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore* está tratada en el artículo 1256, correspondiente al capítulo XIV que trata sobre la resolución del contrato y se la define así:

Art. 1256. (Impossibilita' definitiva e impossibilita' temporanea).

L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.

Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finche' 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.

Tramontano considera que la imposibilidad, sobrevenida, puede ser caso fortuito o fuerza mayor. El caso fortuito es un evento imprevisible e irresistible, como un aluvión o un terremoto; la fuerza mayor, es un evento al que no se puede poner ninguna resistencia como el acto de un tercero o la orden de autoridad pública. Esta imposibilidad puede ser total o parcial, definitiva o temporal, conforme lo veremos más adelante.

### **II.III.3 La imposibilidad sobrevenida total**

La imposibilidad sobrevenida total, ocurre en los contratos con prestaciones correlativas e impide completamente la prestación. La parte perjudicada tiene derecho a pedir, como contraprestación, que se le restituya lo pagado.

Si la imposibilidad ocurre cuando el deudor está en mora, no se le excusa del cumplimiento y debe resarcir al acreedor el daño provocado por la falta de cumplimiento de la obligación, a menos que pruebe que la cosa igualmente hubiese desaparecido en manos del acreedor<sup>880</sup>.

---

<sup>879</sup> Tramontano, *Ibíd*, 1230.

<sup>880</sup> Art. 1221. (Effetti della mora sul rischio). Il debitore che e' in mora non e' liberato per la sopravvenuta impossibilita' della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore. In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa illecitamente sottratta, la perdita di essa non libera chi l'ha sottratta dall'obbligo di restituirne il valore.

De otro lado, si la imposibilidad ocurre cuando el acreedor está en mora, este no se libera de efectuar la prestación<sup>881</sup>.

La jurisprudencia italiana se ha pronunciado de este modo:

L'impossibilità sopravvenuta deve essere obbiettiva, assoluta e preferibile al contratto ed alla prestazione ivi contemplata. Inoltre, deve consistere non in una mera difficoltà ma in un impedimento del pari obbiettivo ed assoluto tale da non potere essere rimosso e deve avere ad oggetto una prestazione determinata o di genere limitato, dovendosi escludere che tale fattispecie possa riferirsi ad una obbligazione avente ad oggetto una prestazione di danaro<sup>882</sup>.

En conclusión, la ley requiere que para alegarse la imposibilidad absoluta se analice el tipo de contrato y en especial aquellos que contienen obligaciones correlativas; luego que el evento sea exterior, irresistible, imprevista y no imputable al deudor. La jurisprudencia, por su parte, ha incluido otros requisitos: referida a la prestación objeto de la obligación adquirida en el contrato, debe ser un impedimento absoluto y no una mera dificultad y debe tener como objeto una prestación determinada o de género limitado por lo que se excluye el pago de dinero. Lo cual resulta interesante si se considera que al delimitar la imposibilidad a una prestación determinada, la jurisprudencia italiana habría excluido del ámbito de la imposibilidad, el pago del dinero, lo cual la asemeja a la doctrina inglesa.

#### **II.III.4. La *impossibilità sopravvenuta parziale***

La imposibilidad parcial ocurre cuando la prestación debida de una parte, por la ocurrencia de un hecho sobrevenido, se vuelve parcialmente imposible; en esos casos, la otra parte puede pedir la reducción correspondiente de su prestación.

Como lo señaló la Corte de Casación:

Il creditore che a norma dell'art. 1464 c.c. in tema de impossibilità parziale della prestazione, accetta la prestazione ridotta, acquisita il diritto ad eseguire in misura proporzionalmente ridotta anche la propria controprestazione, senza necessità di ricorrere al giudice, il cui intervento si rende necessario solo se sorge contestazione<sup>883</sup>.

---

<sup>881</sup> Art. 1206. (Condizioni). Il creditore e' in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto e' necessario affinche' il debitore possa adempiere l'obbligazione.

<sup>882</sup> Cass., no. 13224, 2014.

<sup>883</sup> Cass., no. 6299, 1987, rv. 454579.

La imposibilidad parcial, está regulada en dos momentos en el código italiano, el artículo 1258<sup>884</sup> y el 1464<sup>885</sup>. En el primer caso lo hace como un modo de extinción de las obligaciones y en el otro, como corresponde, como un mecanismo para resolver los contratos. En ambos casos, se hace referencia a la posibilidad de extinguir la obligación y pedir, dentro del ámbito del negocio jurídico, una reducción de la contraprestación debida.

Nos resta hacer referencia a la imposibilidad temporal y definitiva. Ambas instituciones se encuentran reguladas en el artículo 1256 del código sustantivo italiano<sup>886</sup> que señala que si la imposibilidad es temporal, entonces, la parte deudora no es responsable del incumplimiento; sin embargo, si la imposibilidad continúa más allá del periodo establecido en el título de la obligación o el acreedor pierde interés en exigirla, entonces, la misma se extingue. La norma legal no señala un mecanismo objetivo para determinar la distinción entre temporal y definitiva sino que se deberá revisar el título de la obligación y la naturaleza del objeto.

### **II.III.5 La *eccesiva onerosità sopravvenuta***

En la sección III del capítulo IV, “De la resolución del contrato”, del título II, “De los contratos en general”, encontramos el tercer modo de resolver los contratos que es la institución conocida como *eccesiva onerosità sopravvenuta*, excesiva onerosidad sobrevenida. El artículo 1469 señala:

Contrato con prestaciones recíprocas.- En los contratos de ejecución continuada o periódica o bien de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa por la verificación de acaecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del

---

<sup>884</sup> Art. 1258. (Impossibilita' parziale). Se la prestazione e' divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che e' rimasta possibile. La stessa disposizione si applica quando, essendo dovuta una cosa determinata, questa ha subito un deterioramento, o quando residua alcuñche' dal perimento totale della cosa.

<sup>885</sup> Art. 1464. (Impossibilita' parziale). Quando la prestazione di una parte e' divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e puo' anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

<sup>886</sup> Art. 1256. (Impossibilita' definitiva e impossibilita' temporanea). L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilita' e' solo temporanea, il debitore, finche' essa perdura, non e' responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilita' perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non puo' piu' essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha piu' interesse a conseguirla.

contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458. La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entra en el alea normal del contrato. La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato<sup>887</sup>.

La norma fue incorporada en el código de 1942 y para muchos ello se debió a la influencia de estudiosos como Bernhard Windscheid al punto que, según los mismos, la idea de *Voraussetzung* fue trasladada simplemente como *presupposizione* en virtud del interés italiana por la doctrina del *negozio giuridico*<sup>888</sup>.

La historia, sin embargo, es un poco más compleja. Con ocasión de la Primera Guerra Mundial, Italia adoptó la ley de 27 de mayo de 1915 que, al declarar dicho conflicto como un caso de fuerza mayor, pretendió regular no solo la imposibilidad sobrevenida sino además en desequilibrio económico del contrato. Esta solución, como se vio fue seguida por Francia y Alemania. Para una parte de la doctrina, esta ley no marcó la adopción del principio contenido en la *clausula rebus sic stantibus* puesto que tuvo un carácter circunstancial, al punto que fue derogada en mayo de 1920.

El principio sí es recogido cuando se redacta el código civil de 1942, cuya *Relazione al Re* indicaba respecto del art. 1467: “...in modo espresso ed in via generale in principio della implicita soggezione dei contratti con prestazione corrispettiva alla clausola rebus sic stantibus, sulle tracce del diritto comune e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana.”<sup>889</sup>

En la misma “Relación al Rey”, se señala que la aplicación de la disciplina de la excesiva onerosidad sobrevenida prescinde de las

representaciones que se hayan hecho las partes al tiempo de la estipulación contractual y se funda sobre la verificación objetiva de la superveniencia,

---

<sup>887</sup> Art. 1467. (Contratto con prestazioni corrispettive). Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' 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.

<sup>888</sup> Hondius, *Unexpected circumstances in european contract law*, New York, Cambridge University Press, 2011, 118. Aunque como vimos antes, otra parte considera que el camino fue exactamente el inverso, es decir, *Voraussetzung* no sería sino una desafortunada traducción de *presupposizione* como vimos en el capítulo anterior.

<sup>889</sup> Marasco, Gerardo, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legale e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, Cedam, 2006, 4.

representada por eventos extraordinarios e imprevisibles y del consiguiente notable desequilibrio de las prestaciones que vuelve incompatible la permanencia del vínculo contractual en las condiciones originales.<sup>890</sup>

Si bien esta fue la posición que se adoptó en la exposición de motivos en el código de 1942, existieron, con posterioridad, otras posiciones respecto de la norma del 1467. Vale la pena tener en cuenta el texto del artículo 1467<sup>891</sup>.

Para Marasco son tres las posiciones doctrinarias respecto de las consecuencias de esta norma.

La primera es la mantenida por el profesor Roppo que encuentra en la *ratio* de esta norma, una contraposición entre una concepción subjetiva (“que individua la justificación del remedio, en una suerte de implícita voluntad de los contrayentes de condicionar la estabilidad del compromiso contractual a la estabilidad del contexto en el cual dicho compromiso debe encontrar actuación”) frente a una concepción objetiva (“en base a la cual el remedio sinalagmático se plantearía como una reacción a un defecto de la causa, perturbada por el desequilibrio que la onerosidad induce en la razón de intercambio existente entre las prestaciones”). Para Roppo ambas concepciones presentan problemas puesto que la subjetiva se basa en una ficción ya que finge una voluntad de las partes mientras que la segunda, la objetiva, no explica porqué los eventos extraordinarios e imprevisibles perturban la causa que motivó a las partes a suscribir el contrato pero no lo perturban eventos que no sean extraordinarios e imprevisibles pero que sí afecten la causa original.

La segunda posición es la planteada por Galletto que prescinde de las representaciones que se han hecho las partes, y a la que nos referimos líneas arriba, cuando comentamos la exposición de motivos que se hizo ante el rey con ocasión de la aprobación del código de 1942.

La tercera es de Rodolfo Sacco quien sostiene que con la norma del art. 1467 el legislador fijó un límite a las obligaciones del contrato y distribuyó el riesgo

---

<sup>890</sup> Galletto, P., artículo Clausola rebus sic stantibus, en *Digesto, disc. Priv., sez. Civ., XXX*, Torino, 1988, 387.

<sup>891</sup> Art. 1467.- Contratto con prestazioni corrispettive.- Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se 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.

concerniente a la variación del valor económico de la prestación; con esa norma, el legislador habría balanceado los intereses privados de las partes, que por ende, no son normas de orden público: “las partes pueden excluir su aplicación si son tan sagaces como para prever el evento extraordinario y como sucede por mediación de la voluntad contractual se estipulan las cláusulas ad hoc”<sup>892</sup>.

### **II.III.6. Los caracteres de la cláusula en el derecho italiano**

Conforme el artículo 1467 del código italiano, la cláusula *rebus sic stantibus* expresada en el principio de la *excesiva onerosità sopravvenuta* tendría los siguientes caracteres:

Se aplica en los contratos:

- i) De ejecución continuada como el suministro o, periódica, como la renta.
- ii) De ejecución diferida, como la venta a plazos
- iii) No aleatorios como los contratos de seguro

Siempre y cuando:

- i) Si después de celebrado el contrato y antes del inicio de la ejecución se manifiesta un desequilibrio en las prestaciones.
- ii) Si el desequilibrio ocurre debido a eventos extraordinarios e imprevisibles que alteran el equilibrio de las prestaciones.

Y siempre que no:

- i) En los contratos de ejecución diferida, la ejecución se haya iniciado.
- ii) Si el desequilibrio se manifiesta después que la parte haya recibido la prestación pero antes del momento en que se debe ejecutar la contraprestación.
- iii) Siempre que no se la invoque durante la mora del deudor.

Se puede evitar si:

- i) Si el contrayente contra quien se aplica el remedio ofrece modificar equitativamente el contrato
- ii) Repartiendo proporcionalmente entre los contrayentes la onerosidad sobrevenida.

Entonces:

---

<sup>892</sup> Las tres opiniones doctrinales se encuentran reseñadas por Marasco, *Ibid*, 5.

- i) La resolución le corresponde al juez.
- ii) Los efectos son los del incumplimiento.

Analizaremos brevemente los más importantes.

### **II.III.7. Las obligaciones correlativas y el alea normal del contrato.**

Como se desprende de la lectura del artículo 1467 del código italiano, para el legislador italiano, la cláusula *rebus sic stantibus* es de aplicación restringida pues se refiere a un tipo especial de contratos donde las prestaciones son recíprocas; es decir, como señala Chamir Gandur, se hallan vinculadas por una interdependencia funcional, el sinalagma. Esta visión presupone que las prestaciones que se deben en un contrato son equivalentes y en consecuencia, al faltar esta relación, no cabría la posibilidad de aplicar este remedio<sup>893</sup>.

Con eso en mente, es necesario reconducir la exposición a la concepción que la legislación italiana tiene respecto de la distribución de riesgo. Para Enrico Gabrielli, el riesgo contractual se produce cuando se produce un cambio en la economía del contrato:

El riesgo contractual, es decir, que –como consecuencia de eventos negativos, o bien de eventos no previstos, o bien sobrevenidos, respecto de la originaria composición dada por los contratantes al contenido de la relación– el contrato cambie su economía originaria, determinando en tal modo una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la propia prestación por una parte, y creando por tanto para la misma pérdidas o sacrificios injustificados que finalizarían, contra toda previsión originaria, por aventajar a la otra parte.<sup>894</sup>

En otras palabras, “el riesgo contractual no es sino la consecuencia de un evento incierto”<sup>895</sup>; como vimos en la parte dogmática el derecho romano asume esta misma categoría (recordemos el *periculum*) y en consecuencia se podría definir al riesgo como la “probabilidad de daño”<sup>896</sup>; esa falta de certeza hace necesario que

---

<sup>893</sup> Chamie Gandur, *Ibid.*, 192.

<sup>894</sup> Gabrielli, Enrico, Riesgo y tipo contractual, disponible en <http://www.ius360.com/blawgs/enrico-gabrielli/riesgo-y-tipo-contractual-0> consultado en abril 2014.

<sup>895</sup> ALPA, Guido, “Rischio”, en *Enciclopedia del diritto*, 1989, vol. 40, 1144 y ss

<sup>896</sup> Valcavi, Geonanny, Algunos apuntes sobre el riesgo, los efectos de la mora y la perpetuatio obligationis, en <http://www.fondazionegeonannivalcavi.it/espanol/derecho-civil/textos-juridicos-de-derecho-civil.htm> consultado en abril 2014.



existan disposiciones contractuales (o no) que permitan distribuir el riesgo entre las partes.

La legislación italiana regula dicha distribución del riesgo a través del art. 1467 que señala que “(l)a resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entra en el alea normal del contrato”, lo que del mismo modo recoge una larga tradición en el derecho romano<sup>897</sup>.

De modo que definir el alea del contrato es central en la legislación italiana y esa definición debe hacerse de conformidad con el concepto clave en el derecho italiano, el negocio jurídico. Betti al comentar el contenido del negocio jurídico, señala lo siguiente:

En general, puede decirse que la determinación del contenido de un acto jurídico escapa a la iniciativa individual y entra en la competencia de la conciencia social y del orden jurídico. Y el criterio de determinación es que el contenido se extiende a todo aquello cuya expresión o ejecución es necesaria, según la conciencia social y el orden jurídico, para que la decoloración o el comportamiento pueda cumplir la función económica social típicamente designada por su nombre (por ejemplo: venta, mutuo, aceptación de herencia). Solamente entonces será declarada o actuada en forma suficiente una típica reglamentación de intereses privados y el precepto de la autonomía privada podrá considerarse identificado y expresado de modo unívoco<sup>898</sup>.

Si se tiene en mente esta concepción del contrato, es posible explicar una institución con la fuerza y función que tiene el alea en el derecho italiano. El alea normal del contrato es “el riesgo que el contrato comporta debido a su peculiaridad, riesgo al que, cada una de las partes implícitamente se somete cuando concluye el contrato”<sup>899</sup>, por lo que, sobretodo, el alea normal del contrato es un riesgo, el riesgo que cada contrato tiene y que está definido sea a causa del contrato en sí mismo pero sobre todo en cuanto negocio jurídico, de allí que sea posible encontrar un alea típica, que es la establecida en la ley y un alea normal que es la que las partes han determinado.

---

<sup>897</sup> Recordemos que en D. 19.2.25.6 Gayo comentaba: “La fuerza mayor, que los griegos llaman fuerza de Dios, no debe ser perjudicial al arrendatario, *si hubiesen sido lesionados los frutos más de lo que es tolerable; de otra suerte, el daño moderado debe soportarlo con ánimo sereno el colono*, al cual no se le quita la inmoderada ganancia. Pero es claro que hablamos del colono que tomó en arrendamiento por dinero contado; de otro modo, el colono aparcerero comparte con el dueño, como por derecho de sociedad, así la pérdida como la ganancia.”

<sup>898</sup> Betti, *Ibíd*, 136.

<sup>899</sup> Marasco, *Ibíd*, 12.

Para Gallo, el fundamento de esta disposición es claro:

La *ratio* de este criterio es de fácil intuición; si el evento es previsible, es lícito entender que las partes lo tuvieron en cuenta en la elaboración del contrato, en la calibración de los derechos y cargas respectivos, es decir, es posible pensar que el mismo es parte de la economía general del negocio...Si, de hecho el riesgo es previsible, es lícito entender que la parte que lo asumió haya recibido alguna cosa a cambio. Distinta es, por el contrario la cuestión de si el riesgo puede o no preverse. La imprevisibilidad de la superviniente implica, en efecto, que las partes no lo hayan podido tener en cuenta en la calibración de sus derechos y cargas.<sup>900</sup>

En consecuencia, es claro que es necesario, como había señalado Betti, ante todo, revisar lo que las propias partes han establecido en el contrato, si las partes no lo hubieren hecho, es decir, distribuir el riesgo en el contrato como negocio jurídico, será necesario referirse a la distribución típica del riesgo contenida en el *alea típica*, es decir en el *alea* del contrato establecida en la ley.

Si se analiza esta afirmación a la luz del principio de solidaridad social contenido en el artículo 2 de la constitución italiana, podemos llegar a comprender que en su momento, se haya considerado la inclusión del remedio contenido en el artículo 1467 como una consecuencia del corporativismo que rodeó la expedición del código de 1942<sup>901</sup>. Como se desprende de la lectura del artículo 1467, la determinación del concepto de *alea* es de importancia fundamental, sobre todo si se percibe que existe una relación de subordinación entre el concepto de excesiva onerosidad y el de *alea* normal del contrato.

La doctrina italiana, recomienda acudir a la denominada *alea típica*, es decir, al riesgo al que las partes se refieren por haberlo escogido previamente en el tipo de contrato que eligieron y que como vimos puede ser alterado por no ser de orden público. De allí que para Marasco<sup>902</sup>, el *alea* normal de contrato (diferenciándose el *alea* normal del *alea típica* en que esta se halla determinada por el tipo de contrato al que las partes se han sometido por haber escogido un tipo de contrato descrito en la ley mientras que el *alea* normal es el riesgo determinado por las partes en el contrato,

---

<sup>900</sup> Marasco refiere esta cita de Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del rischio*, Milano, 1992, 210, en Marasco, *Ibíd*, 14.

<sup>901</sup> Chamie Gandur sustenta esta opinión en un texto de Osilia, *Sul fondamento della risolubilità del contratto pero sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, en *Rivista de Diritto Comune*, 1959, 39 y sigs.

<sup>902</sup> Marasco, *Ibíd*, 17.

sea añadiendo o restringiendo la distribución de riesgos que hace la ley; o diseñando una propia para el negocio jurídico en cuestión) se diferencia del concepto de imprevisibilidad y de lo extraordinario del evento en la medida en que es el alea normal del contrato que permite determinar si el evento imprevisible y extraordinario puede alterar el equilibrio negocial.

De forma análoga, la excesiva onerosidad debe ser analizada a la luz del alea normal del contrato en el sentido de que “l’alea normale si pone come criterio qualitativo che individua il livello oltre il quale l’aggravio di costo della prestazione diventa incompatibile con la funzione economico sociale de contratto.”<sup>903</sup>

Se hace necesario del mismo modo, regresar al texto de la ley para recordar que lo que el art. 1467 del código italiano regula es el hecho de que la prestación se haga excesivamente onerosa, en consecuencia, la ley protege *la alteración de la ejecución de la prestación*, que como señalamos anteriormente, en la legislación italiana, es el objeto de la obligación. Resulta curioso que la ejecución de una prestación, objeto de la obligación pueda producir la liberación de todo el contrato; sin embargo, ello se entiende si se considera que el primer requisito es que existan obligaciones correlativas, es decir, obligaciones que según esa conciencia social a la que se refiere Betti, son obligaciones dignas de ser protegidas por el ordenamiento jurídico de la sociedad justamente por respetar esa solidaridad social a la que se referirá la constitución italiana.

De otro lado, se debe considerar que los contratos que son protegidos por el artículo 1467 son aquellos de ejecución continuada o diferida. Es decir, contratos que, se someten a una disciplina de ejecución progresiva, de tracto sucesivo o aquellos cuyo cumplimiento se difiere en el tiempo. Ejemplos típicos de los contratos de ejecución continuada son los de arrendamiento, mutuo o suministro y de ejecución diferida, aquellos sometidos a una condición de ocurrencia en el futuro, como el encargo fiduciario.

Tomando en cuenta estas consideraciones y la discusión sobre la doctrina del negocio jurídico y el corporativismo en el derecho italiano, podemos, con Chamie Gandur, afirmar lo siguiente:

En la doctrina y la jurisprudencia la opinión consolidada observa que exceden el alea normal aquellos desequilibrios que van más allá de la previsión normal de las

---

<sup>903</sup> Marasco, *Ibíd*, 19.

fluctuaciones y las variaciones de costos que entran en las habituales oscilaciones del mercado en relación con la contratación específica y con el alcance o la posibilidad de previsión de los efectos del evento sobrevenido<sup>904</sup>.

La lectura de esta definición inevitablemente trae a la memoria el caso *Alcoa*<sup>905</sup>; en ese caso, las partes habían suscrito un contrato con cláusula de adaptación del precio, estableciendo, según su capacidad y conocimiento del mercado, un horizonte de variación de precios que las protegería de los cambios imprevisibles; sin embargo, el cambio de precios fue tan brusco que sus previsiones se quedaron fuera del rango real. En ese caso, el juez Teitelbaum, al percatarse que la forma en que los riesgos fueron distribuidos por las partes, a través de una cláusula de modificación de precios resultó escasa, resolvió el mismo adaptar el contrato. Esta solución fue duramente criticada y dado el hecho de que las partes apelaron, no se conoció una posición definitiva de la jurisprudencia norteamericana; sin embargo, se debe tener en cuenta que en ese caso, se trataba de dos enormes corporaciones dedicadas por décadas a su actividad y que a pesar de ello no pudieron distribuir los riesgos, en lo que en Italia se llamaría el *alea normal del contrato*.

Conforme a esta realidad, se deberá pensar que ¿el *alea normal* solo se aplica cuando las partes han realizado una distribución de riesgos pormenorizada? Si es así, la misma sería una provisión inútil pues como vimos anteriormente, ni siquiera los contratos estocásticos puede garantizar debidamente una distribución efectiva de riesgos, peor aún cuando las partes en ese contrato son partes no sofisticadas y a las que no se les puede exigir un nivel de *exactissima diligentia*.

El código italiano excluye, en consecuencia, todos los sucesos que superen el *alea*<sup>906</sup> normal del contrato, es decir el riesgo normal del contrato.

Antes de terminar esta sección es necesario referirse del mismo a la prohibición constante en el artículo 1469. Dicho contrato señala: “Las normas de los

---

<sup>904</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 205.

<sup>905</sup> *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*, 499F. Supp. 53, 72 (W.D. Pa. 1980) Un resumen está disponible en <http://www.lawschoolcasebriefs.net/2013/12/aluminum-company-of-america-v-essex.html> consultada septiembre 2014.

<sup>906</sup> El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua bajo la voz *alea* dice: “versículo del Corán”; en cambio bajo la voz *aleas*, señala: “en una relación contractual, riesgo de incumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto.” Del mismo modo, en latino, *alea* significa “dado, juego de azar, peligro, riesgo”. En el estudio de esta materia, en general se utiliza la voz *alea*, sin “s”, por lo que continuaremos con dicha práctica.

artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes”.

Los contratos que por su naturaleza son aleatorios, como los contratos de seguros; o por decisión de las partes, como la venta de cosa futura (*emptio rei speratae*) o la venta de la esperanza (*emptio spei*), son aquellos en los que el riesgo se transmite completamente a una de las partes y en consecuencia, es voluntad de las mismas que la otra no cargue con *ningún* gravamen y si el mismo ocurre, debido a una circunstancia incierta, futura y contingente, entonces, el riesgo se transmite a la otra. El código civil italiano es el primero que incorporó de forma expresa esta excepción, y Montoro Ballesteros señala al respecto que el hecho aleatorio puede ser entendido de dos formas:

Como condición, es decir un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la producción de determinados efectos. En este caso se dice que se trata de un suceso *incertus an et incertus quando*.

Como término, se entiende como un evento que se sabe que ha de producirse pero se ignora cuando, este es un hecho del que se dice *certus an et incertus quando*.

El hecho aleatorio se define por tres características fundamentales:

- la futuridad: es decir, la cualidad de futuro de dicho hecho
- La incertitud: es decir, la falta de certeza que constituye un estado intermedio de conciencia entre la necesidad (que supone la certeza de que algo ocurra) y la imposibilidad (exclusión total de que algo ocurra), como señala Montoro Ballesteros, la incertitud, a su vez tiene dos formas, el *incertus an* (no se sabe si el evento ocurrirá) y el *incertus quando* (no se sabe cuándo).
- La contingencialidad, un hecho no necesario, además de futuro e incierto.<sup>907</sup>

Desde este punto de vista, lo que el código italiano excluye serían los contratos aleatorios, es decir aquellos contratos que tengan las siguientes características: i) futuridad, pues ocurrirán en el futuro a partir de la suscripción del contrato; ii) contingentes, puesto que no son hechos necesarios pero son futuros e inciertos; y, iii) que sean *incertus an* puesto que si fuesen *incertus quando* y no fueron contemplados por las partes, estaríamos hablando de que las mismas han cometido una falta de previsión absolutamente imputables a ellas o, que si la

---

<sup>907</sup> Montoro Ballesteros, *Ibíd*, 79.

conocieron, no la quisieron o pudieron negociar en el sentido de distribuir los riesgos.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia italiana:

Per avversi contratto aleatorio è necessario che l'alea intesa quale rischio, a cui uno o più contraenti ovvero tutti i contraenti si espongono, investa e caratterizzi il negozio nella sua intezza e nella sua formazione sicché per la natura stessa del negozio o per le specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti divenga radicalmente incerto per una o per tutte le parti il vantaggio economico in relazione al quale esse parti si espongono.

### **II.III.8. Consecuencias de la excesiva onerosidad sobrevenida.**

#### **Resolución contractual y desequilibrio de las prestaciones**

El código italiano conlleva además otras peculiaridades como el hecho de que otorga acción a la parte afectada por la excesiva onerosidad sobrevenida, quien puede solicitar al juez la resolución del contrato. En el modelo italiano, se requiere que la prestación modifique literalmente el valor de las prestaciones: como señala Chamie Gandur, cuando se compara el valor económico de la prestación, antes y después de ocurrido el hecho, debe haber variado de modo tal que se produzca un cambio general en el equilibrio de las prestaciones<sup>908</sup>. Esta aproximación al equilibrio de la prestación, antes y después de ocurrido el hecho extraordinario e imprevisto, permite al juez una enorme discrecionalidad al momento de valorar las prestaciones.

Como se vio, el modelo contractual italiano se basa en un presupuesto constitucional, la *solidaridad social* y en un modelo teórico, lo que Betti denominaba la *conciencia social*. Ello coloca al juez italiano en una posición muy particular puesto que se permite al juez valorar desde un punto de vista privilegiado, la solidaridad social, ese deber de corrección que señalamos antes y la conciencia social respecto de ese contrato o tipo de contrato en particular.

Con estos antecedentes, en la jurisprudencia italiana es más conveniente hablar de desequilibrio de las prestaciones antes que de una excesiva onerosidad; en otras palabras, antes que poner énfasis en el monto en el cual una de las prestaciones se haya incrementado, lo importante es verificar si efectivamente existe un desequilibrio entre las prestaciones conforme lo pactado por las partes y lo que el

---

<sup>908</sup> Chamie Gandur, *Ibíd*, 202.

juez, aplicando el deber de solidaridad social y corrección considere conveniente pues, como señala Chamie Gandur: “Un evento sobrevenido y extraordinario e imprevisible, que genere una excesiva onerosidad debe, adicionalmente, superar el llamado alea normal del contrato.”<sup>909</sup>

### ***La reductio ad equitatis***

Sí es un elemento distintivo de la doctrina italiana, la denominada *reductio ad equitatis*. El artículo 1467 del código italiano en su parte final ordena:

La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato. (La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto).

La Corte de Casación italiana ha interpretado esta sentencia en este sentido:

Con il termine equamente, usato nel terzo comma dell'art. 1467 c.c., si richiede, perché sia evitata la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, che la parte contro la quale la domanda è rivolta offra di così modificare le condizioni del contratto in modo che questo sia riportato ad un giusto rapporto di scambio, con la conseguenza che il corrispettivo deve essere uniformato, in quanto possibili, ai valori di mercato, così che venga eliminato lo squilibrio economico e le prestazioni siano ricondotte ad una piena equivalenza obiettiva; l'indagine del giudice deve, pertanto, essere condotta attendendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico, e non soltanto con un criterio d'equità<sup>910</sup>.

En esta sentencia se aprecia con claridad la forma en que la jurisprudencia se refiere a la *reductio ad equitatis*. En primer lugar, es una institución que corre a cargo del demandado; es decir, el demandado no solo tendría que litigar para hacer cumplir el contrato y probar que no ha existido un hecho extraordinario, imprevisto y ajeno a la voluntad del deudor, sino que, además, tendría que demostrar su predisposición a llegar a un acuerdo para “disminuir” el precio y adecuarlo a una nueva circunstancia derivada del acaecimiento de un evento que altere el equilibrio entre las partes y reducir la relación de intercambio a un valor de mercado; lo cual no deja de ser una situación contradictoria, al menos, puesto que si los términos de intercambio han sido alterados por eventos externos, es probable que cuando el juez tenga que adecuar el equilibrio contractual al estado de los precios de mercado, el

---

<sup>909</sup> Chamie Gandur, *Ibíd.*, 203.

<sup>910</sup> Cass., no. 4023, 1989, rv. 463827.

costo que tenga como referencia, sea justamente el afectado por el evento imprevisto y en consecuencia, sea un costo bajo.

En la hipótesis alterna, es decir, que los precios del mercado no hayan disminuido, se puede deducir que los costos de ese contrato en particular, no podrían haber sido afectados, por ende no existiría posibilidad alguna de que la variación sea real o haya afectado el equilibrio contractual.

Este “pedido” al acreedor, de otro lado, implica que necesariamente se abriría un proceso de negociación en el cual, las partes podrán modificar los términos inicialmente acordados. La situación se presenta ambigua, en tanto y cuanto, de no llegar a un acuerdo, la parte que alega el remedio puede acudir al juez y demandar la aplicación del mismo y en todo caso, podría constituirse en un medio para limitar la ejecución del contrato.

En un sistema en que el principio de autonomía de voluntad tuviese una percepción algo menos influida por criterios de solidaridad social y de corrección, difícilmente podríamos encontrar un papel tan determinante a la hora de atribuir a un juez, ajeno a las partes, la potestad de modificar un contrato suscrito por terceros.

Esta adecuación, como vemos, además, requiere que sea hecha de forma equitativa; la sentencia transcrita, nos ofrece además un elemento adicional que hace relación al hecho de que el juez al momento de definir lo que significa “equitativo” debe tener en consideración criterios objetivos, con lo cual se trata de limitar el probable carácter subjetivo que puede tener la definición de equitativo.

La consecuencia de esta forma de interpretar es que solo el deudor de una obligación afectada por un evento imprevisto que haga más difícil el cumplimiento del contrato, puede accionar sobre esta base:

Nei contratti a prestazioni corrispettive l'equa rettifica delle condizioni del negozio può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione del negozio medesimo per eccessiva onerosità sopravvenuta, essendo da escludere che una richiesta di ´reductio ad equitatem´ possa essere contrapposta ad una domanda di adempimento<sup>911</sup>.

---

<sup>911</sup> Cass., no. 46, 2000, rv 532708.



#### II.IV. El caso sudamericano.-

Sudamérica presenta una serie de peculiaridades en cuanto al origen e influencia del derecho romano en nuestro continente. En orden de comentar la situación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el mismo, pasaremos breve revista a la influencia del derecho romano en las codificaciones latinoamericanas.

Es innegable la influencia del derecho romano en la codificación francesa de 1804, misma que sirvió de base para las codificaciones realizadas en Indoamérica en el siglo XIX<sup>912</sup>.

Las codificaciones en América Latina y en general las que tienen lugar en el siglo XIX responden igualmente a esas necesidades. Bello, por ejemplo, no solo fue un jurista sino creador de una gramática propia para este continente, un manual de buenas costumbres y un poeta que creía ver en los portentos de la naturaleza sudamericana, la oportunidad para crear y desarrollar una nueva civilización cuyas fuentes beberían del mundo clásico; fiel a esa aspiración, y con herramientas extraídas de la Ilustración, aplica la Razón para crear ese modelo y separándose de la tradición codificadora romana y bizantina, extrae principios de la enorme casuística contenida en los principios romanos y en las obras de los grandes codificadores franceses y sus antecesores como Pothier y Domat.

De otro lado, la situación en América Latina era, como podría deducirse fácilmente, caótica. El sistema heredado de los invasores españoles constituía una “confusa y farragosa colección de leyes”<sup>913</sup> por lo que la reacción de los criollos iberoamericanos que condujeron las guerras de la primera parte del siglo XIX en contra de España, fue rechazar dicha herencia (aunque no solo por razones estrictamente jurídicas) al punto que O’Higgins propuso ya en 1822 que se tradujera el código francés y que se lo adoptara en Chile; sin embargo, las dificultades técnicas arreciaban y, conforme lo relata Lira Urquieta, tras el nombramiento de comisión tras comisión, es finalmente Bello quien iniciando su obra en 1831 la termina solo en 1855 con la promulgación del Código Civil Chileno. Si bien este código no es el primero de América Latina, pues ese lugar había sido tomado ya por el código

---

<sup>912</sup> El fenómeno de la codificación afectó tanto a Europa como a América, Francia se hizo con su *Code Cive* en 1804, Italia en 1865, Alemania en 1900, Austria en 1811, etc.

<sup>913</sup> Lira Urquieta, Pedro, “Introducción al Código Civil de Andrés Bello”, en Bello, Andrés, *Obras Completas*, XIV, Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981, XIII.

peruano en 1852, sí es el que mayor influencia tuvo en el siglo pasado. Por supuesto, la obra de Bello solo podía germinar en un ambiente de estabilidad, la misma que le otorgaría la clase alta criolla dirigida por Diego Portales que, aplicando un severo orden impone, finalmente la estabilidad que permitiría a Chile consolidarse como Estado.

El resultado de la obra de Bello fue un trabajo inspirado en el modelo francés y que sería adoptado, en su momento, por Chile, Ecuador y Colombia<sup>914</sup>; situación muy similar ocurrió con los trabajos de Vélez Sarsfield en Argentina, Teixeira de Freitas y Clovis Bevilacqua en Brasil y el resto de exponentes del movimiento codificador latinoamericano. Sin embargo, queda por discutir si lo existente en América Latina es un sistema jurídicamente propiamente dicho o un mero orden normativo<sup>915</sup>. Si se considera que el sistema jurídico "...debe ser un todo ordenado e interrelacionado, con miras a un determinado objeto, que es la realización de la justicia", mientras que el mero ordenamiento jurídico es "...un conjunto de normas que se yuxtaponen sin pretensiones de orden ni interrelación tendientes a satisfacer justicias más particulares y concretas", veremos que para autores como Sandro Schipani<sup>916</sup> y Pierangelo Catalano, el latinoamericano se constituye en un sub sistema jurídico claramente integrado al sistema romanista, al menos en lo referido al derecho privado y cuyo objetivo no sea otro sino la realización de la justicia<sup>917</sup>.

En los códigos latinoamericanos, como señala Alterini, hubo una suerte de adopción generalizada de aquel principio suscrito por el artículo 1134 de código francés: "Las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley entre quienes las han hecho."<sup>918</sup>

---

<sup>914</sup> Para un análisis de la codificación del derecho, cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *La Codificación del Derecho*, disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/115/106>.

<sup>915</sup> Nicolau, Noemí, "Los Principios Generales del Derecho Latinoamericano de las Obligaciones", en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 30, 2010.

<sup>916</sup> Schipani, Sandro, "Armonizzazione e unificazione del diritto: diritto romano comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina", en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 17, 2004.

<sup>917</sup> Labruna, Luigi, "Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanistica e "humanitas" del diritto", en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 17, 2004.

<sup>918</sup> Alterini, Atilio Aníbal, "Teoría de la Imprevisión y Hardship", en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi

Como veremos más adelante, la influencia respecto del tema específico de la cláusula *rebus sic stantibus*, puede ser clasificada en dos esquemas principales por lo que nos referiremos a estos.

El primer grupo de países que han recibido esta influencia son Ecuador y Chile donde podemos ver la reluctancia francesa (solo modificada recientemente) a aceptar dicho remedio y de hacerlo, aceptarlo solo en casos especiales, como el tema del arrendamiento, el depósito y el comodato. Por otro lado, los nuevos códigos expedidos en el siglo XX, como el peruano y el brasileño, reciben la influencia de la doctrina y legislación alemana e italianas. En consecuencia, revisaremos la diferenciación de la cláusula *rebus sic stantibus* en estos dos grupos.

#### **II.IV.1 La limitada admisión de la *rebus sic stantibus* en el código Bello**

Tanto en el Código civil ecuatoriano como en el chileno encontramos una declaración similar a la contenida en el artículo 1134<sup>919</sup> del código francés pero redactada de una manera peculiar:

Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

A diferencia, entonces, del código francés que señala que el contrato tienen fuerza de ley, el ecuatoriano señala de forma expresa que el contrato *es una ley* con lo cual pretende subrayar el carácter vinculante de las disposiciones contractuales. La discusión sobre este énfasis parecería ser importante pero como veremos posteriormente, no modifica, en el fondo, la idea francesa original.

De otro lado, el requisito de la buena fe esta inscrito en el artículo 1562 del mismo código:

Art. 1562.- 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.

Es peculiar que la última parte de este artículo señale que los contratos obligan a lo que en ellos se expresa y a todas las cosas que emanan precisamente de

---

*Giuridici Latinoamericani*, Atti del Congresso Internazionale “La Formazione del Sistema Giuridico Latinoamericano: Codici e Giuristi” II Parte, 13, 2002. Alterini señala que la fórmula fue la que Domat adoptó de Gounot que señalaba que “la única función del derecho es la de asegurar la igualdad de las libertades en presencia” y que “todo contrato libre es un contrato justo, cualquiera fuera su contenido.”

<sup>919</sup> “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

la naturaleza de la obligación. Podríamos ver en este último inciso, una suerte de referencia al alea normal del contrato de la legislación italiana, pero como veremos, la jurisprudencia, tanto chilena como ecuatoriana, no han reconocido esta filiación.

De otro lado, en el artículo 721 se define así la buena fe:

Art. 721.- La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio. Así, en los títulos traslativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. *El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe.* Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. (Énfasis añadido).

Por otra parte, el código ecuatoriano en su artículo 1461<sup>920</sup> señala lo siguiente: No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

*Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.*<sup>921</sup>

Nos interesa el tercer inciso en el cual Bello introduce la regla *impossibilium nulla obligatio*<sup>922</sup> y en consecuencia, se alinea con dicho principio de derecho romano. En dicho código no se hace referencia a que la imposibilidad sea previa o sobrevenida; pero, parecería que al considerarlas como objeto de una declaración de voluntad se estaría refiriendo a la sobrevenida<sup>923</sup>. Sin embargo, el artículo 1475 del código ecuatoriano, sí establecen que las condiciones positivas<sup>924</sup>, deben ser física y

---

<sup>920</sup> En el Código Civil ecuatoriano corresponde al artículo 1477.

<sup>921</sup> Bello, *Ibíd.*, 395.

<sup>922</sup> En D. 50, 17, 185, Modestino, señalaba, *impossibilium nulla obligatio*, es decir “(e)s nula la obligación de cosas imposibles” cfr, el capítulo dedicado al derecho romano.

<sup>923</sup> Como en la doctrina norteamericana y británica se hace la distinción entre *mistake* e *impracticability*; importante pero ajena al objeto de este trabajo. Por supuesto el derecho civil, en el sistema latinoamericano distingue entre el error y la imposibilidad, el primero en el artículo 1467 y la imposibilidad en los prenombrados artículos 1461 y 1477 de los códigos ecuatoriano y chileno, respectivamente.

<sup>924</sup> En el artículo 1473 del Código Bello se señala que la obligación condicional es la que depende de una condición, esto es de un acontecimiento futuro que puede suceder o no; mientras que en el artículo 1474 se establece que la condición es positiva o negativa; la positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca.

moralmente posibles y concluye que es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Son también imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles<sup>925</sup>.

Es importante esta distinción pues conduce a lo establecido en el artículo 1502 de dicho Código:

Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios.

Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de la culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios.

Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa.

---

<sup>925</sup> En la jurisprudencia ecuatoriana se discutió, al igual que en los *Restatments* norteamericanos el caso en que la cosa debida desaparece. El artículo 1686 del Código Civil, señala que “cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes.” Al respecto, vemos que el artículo 1687 del Código Civil ecuatoriano determina que “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya”, por lo que se entiende que la ley establece como presunción legal que si la cosa desaparece, la misma desaparece por culpa del deudor y en consecuencia, este se halla obligado al pago de lo debido.” Como vemos esta es una de las causales de extinción de obligaciones que es similar al efecto de la cláusula *rebus sic stantibus*, sin embargo, se plantean dos situaciones diversas, la primera, si la cosa contratada es o pertenece a un género, la obligación se mantiene; si la misma desaparece, y es un cuerpo cierto, la misma no desaparece. Es interesante señalar que la ex Corte Suprema ecuatoriana, en sentencia de 1889, señaló que “(l)as obligaciones se extinguen por la pérdida de la cosa que se debe, acaecida en poder del deudor por fuerza mayor o caso fortuito; pero este modo de extinguir las obligaciones no se aplica sino a las que versan sobre cosas que pueden perecer. (Gaceta Judicial. Año 1. Serie I. Nro. 24. Pág. 189, Quito, 7 de Enero de 1889). En dicha sentencia la Corte señaló también que: “...este modo de extinguir las obligaciones no se aplica sino a las que versan sobre cosas que pueden perecer. Por esto en el Art. 1660 del Código Civil, donde se establece ese modo de extinguir las obligaciones, se habla únicamente de CUERPO CIERTO que se debe, y no del género; pues como éste nunca perece, no cabe que se extinga por tal medio la obligación que a él se refiera. Además, aún cuando perezca el cuerpo cierto, no se extingue la obligación si el caso fortuito que le ha hecho perecer ha tenido lugar durante la mora del deudor, y éste no prueba que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor...”. Claramente este es un caso distinto de la *rebus sic stantibus* pues en este caso se trata de una imposibilidad de cumplimiento, mientras en el caso de la *rebus sic stantibus* la obligación no se hace imposible sino, como lo señalara la jurisprudencia norteamericana, impracticable.

Esta norma se refiere a una disposición semejante a la excesiva onerosidad superviniente pero que forma una institución autónoma que es la pérdida de la cosa debida, a la que no nos referimos; sin embargo, es preciso enfatizar que desde el punto de vista de los contratantes, es posible alterar el devenir de la obligación y resaltar cómo los hechos externos a la voluntad de los mismos pueden alterar el sentido de la obligación; ambas circunstancias son reconocidas por este código.

Del mismo modo, es necesario referirse a las disposiciones del código Bello respecto de las denominadas “obligaciones de género”. El artículo 1510 del mismo ordena que la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que se debe.

De allí que la regla general establecida en el código ecuatoriano responde a la concepción sin matices del principio *pacta sunt servanda* por lo que a primera vista parecería que nuestro código niega de forma tajante el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*. Sí es importante referirse a este inciso del artículo 1502:

Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de la culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios.

Esta norma parecería referirse a eventos sobrevenidos en general y a la variación en el valor de la cosa; sin embargo, la misma se aplica a obligaciones condicionales; si bien la cláusula *rebus sic stantibus* podría haber tenido origen en la condición implícita de que las condiciones en las cuales las partes contrataron no variarían, el hecho de que este artículo se encuentre bajo el acápite de obligaciones condicionales, evita que se la pueda considerar para el análisis tanto más que, como se ve, es el acreedor quien recibe la acción, no el deudor que pretende liberarse de la obligación.

En consecuencia, la normativa del Código Bello insiste en la validez del principio *pacta sunt servanda* en relación con el actor, sobre todo, por lo que merece una atención a este respecto. En primer lugar, el artículo 1444 del mismo determina

que al contrato le pertenecen cosas por esencia, naturaleza o accidente,<sup>926</sup> esta norma es importante en el contexto de la legislación ecuatoriana. Cláusulas como la condición resolutoria tácita, pertenecen a la naturaleza de un contrato<sup>927</sup> puesto que se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial. Veremos su relevancia más adelante.

Al igual que en el código francés, en el código Bello existen algunas disposiciones relativas a contratos especiales en los cuales el código ecuatoriano permite la aplicación de dicho principio. En concreto nos referiremos al contrato de arrendamiento y al comodato, que, al igual que en el derecho romano permiten la renegociación del contrato debido a circunstancias sobrevenidas que alteren el equilibrio contractual y que no hayan estado en control o dentro de la previsión razonable de las partes que lo alegan.

Al igual que en el derecho romano, el arrendador, conforme el código ecuatoriano tiene las siguientes obligaciones: entregar la cosa arrendada, mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada<sup>928</sup>. Esta última obligación, es similar de modo absoluto al comentario de Gayo en D. 19.2.25.6:

La fuerza mayor, que los griegos llaman fuerza de dios, no debe ser perjudicial al arrendatario, *si hubiesen sido lesionados los frutos más de lo que es tolerable; de otra suerte, el daño moderado debe soportarlo con ánimo sereno el colono*, al cual no se le quita la inmoderada ganancia. Pero es claro que hablamos del colono que tomó en arrendamiento por dinero contado; de otro modo, el colono aparcerero comparte con el dueño, como por derecho de sociedad, así la pérdida como la ganancia.<sup>929</sup>

---

<sup>926</sup> En el código ecuatoriano, dicha norma se corresponde con la contenida en el artículo 1460. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que no esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

<sup>927</sup> El artículo 1505 del código ecuatoriano señala: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.”

<sup>928</sup> “Art. 1865.- El arrendador está obligado: 1. A entregar al arrendatario la cosa arrendada; 2. A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada; y, 3. A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.”

<sup>929</sup> D. 19.2.25.6

La turbación en el ejercicio de los derechos del arrendatario fue ya prevista y conocida por el derecho romano, diferenciándose dos instituciones, la de la fuerza mayor, que no debe ser perjudicial a los derechos del arrendatario y la que establece un barómetro que fija cuanto le es tolerable al colono. Aquello que es intolerable, impide el cumplimiento del contrato pero lo que no lo es, no excusa del cumplimiento del contrato; la clave para diferenciar estas dos instituciones en este comentario de Gayo radica en la moderación de los daños puesto que aquellos que lo sean (daños) deben ser soportados con ánimo serenos de parte del colono.

Lo propio ocurre con aquellas reparaciones que no pueden diferirse. El Código Civil ecuatoriano establece que, si se trata de reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse, estará el arrendatario obligado a sufrirlas, aún cuando le priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje, entre tanto, el precio o renta, a proporción de dicha parte. La obligación del arrendador respecto de eventos que debían ser conocidos por él y para los cuales no estableció las providencias necesarias, le permite al arrendatario incluso pedir la rebaja del precio del contrato o darlo por terminado. El artículo 1869 de dicho código, dispone que en el caso de reparaciones que provengan de causas que ya eran conocidas por el arrendatario o que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla, permite que el arrendatario pida la rebaja del precio.

De forma expresa, el artículo 1873 del Código Civil ecuatoriano señala que el arrendatario pueda dar por terminado el contrato de arrendamiento cuando el mal estado de la cosa le impida hacer de ella el uso para que fue arrendada, cuando el vicio empiece a existir después de suscrito el contrato de arrendamiento y no haya sido provocado por el arrendatario. Si el impedimento es parcial, continúa la ley ecuatoriana, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta. Lo mismo ocurrirá cuando las reparaciones hayan de embarazar el goce de la cosa demasiado tiempo, de manera que no pueda subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio del arrendatario<sup>930</sup>. Es decir, el juez, en los casos en que i) el vicio que

---

<sup>930</sup> Art. 1873.- El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que fue arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del



perturbe el ejercicio de los derechos del arrendatario, o, que ii) las reparaciones embaracen el mismo de forma demasiado prolongada, podrá decidir entre rebajar el precio del contrato o darlo por terminado en beneficio del arrendatario que ha visto perturbado el ejercicio de su derecho por un vicio no previsto y que le causa una excesiva onerosidad en la prestación. Esta disposición se complementa con aquella otra que ordena que el arrendador responde de los vicios no solo anteriores a la suscripción del contrato sino además de aquellos que por su profesión u oficio debiera haberlos prevenido, en cuyo caso, el arrendador es responsable incluso del lucro cesante.

También ocurre en el derecho ecuatoriano que se permite que el arrendatario asuma para sí los riesgos de los hechos no previstos que puedan embarazar el goce de su derecho, puesto que en el artículo 1875, se establece que no habrá lugar a indemnización en los casos en que el arrendatario haya renunciado expresamente a esta acción de saneamiento.

Del mismo modo, este derecho precluye en los casos en que el arrendatario debía conocerlo por la gravedad del vicio, puesto que de ese modo se asegura la diligencia requerida al buen padre de familia<sup>931</sup>.

Como vemos, los elementos típicos de la cláusula *rebus sic stantibus*, vale decir, imprevisibilidad, irresistibilidad, exterioridad y onerosidad excesiva se verifican en el caso del contrato de arrendamiento descrito en el código ecuatoriano, de forma similar a lo que ocurre en el chileno y en la legislación posterior francesa, como lo vimos anteriormente.

De otro lado, es necesario realizar un *ex cursus* para explicar la forma en que el código Bello trata de esta figura. De aceptar que el origen del principio establecido en la cláusula *rebus sic stantibus* se halla en el *topo* del depósito de la espada en Cicerón, en el que este autor se pregunta si es lícito devolver la espada dada en depósito cuando el requirente ha perdido la razón, encontramos esta figura en la institución del comodato en el artículo 2087 que señala que el comodatario

---

contrato, y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario. Y si el impedimento para el goce de la cosa es parcial, o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta.

<sup>931</sup> Art. 1875.- El arrendatario no tendrá derecho a la indemnización de perjuicios que se le concede por el artículo precedente, si contrató a sabiendas del vicio, y no se obligó el arrendador a sanearlo; o si el vicio era tal que no pudo sin grave negligencia de su parte ignorarlo; o si renunció expresamente la acción de saneamiento por el mismo vicio, designándolo.

suspenderá la restitución de armas cuando sepa que de ellas se pretende hacer un uso delictuoso o cuando el comodante ha perdido el juicio<sup>932</sup>.

Recordemos que Cicerón nos propone varios casos para analizar este *topo*<sup>933</sup> pero el tema principal del tratamiento que hace del “loco y la espada” es la prohibición de devolver la espada dada en depósito en caso de enfermedad mental o de devolver depósitos

Plantea así dos temas, la obligación de no devolver la espada pues sería un crimen hacerlo y la no devolución del dinero dado en depósito si con ello se va a declarar la guerra a la patria. La analogía con el artículo 2087 del Código Civil es evidente. Se prohíbe la entrega de armas si con ellas se hará un uso delictuoso o si el depositante ha perdido el juicio, la razón y carece de curador. El artículo 2138, establece, de otro lado, que las reglas contenidas en los artículos 2084 a 2088 se aplican a los contratos de depósito, lo cual implica, literalmente, que se habría adoptado de parte de Don Andrés Bello el *topo* de la “espada y el loco” cuya primera referencia es Platón pero que ha sido conocida universalmente por el relato de Cicerón en *De Officiis* y retomada por los glosadores, San Agustín, Santo Tomás y los glosadores.

De otro lado, si se acepta como cierta la hipótesis de que el antecedente remoto se encuentra en la echazón que hace el capitán de la nave que enfrenta un riesgo imprevisto que ocasiona daños supervinientes, encontramos que el artículo 834 del Código de Comercio ecuatoriano señala que:

son averías gruesas o comunes todos los daños que, en virtud de deliberaciones motivadas, se causen antes o después de emprender el viaje, a la nave y su carga, conjunta o separadamente, pero en beneficio común, para salvarlas de un riesgo de mar; los daños *supervenientes* (sic) por consecuencia del sacrificio, y los gastos originados por causas *imprevistas*, hechos en beneficio común, en las épocas y forma expresadas...” (Énfasis agregado).

---

<sup>932</sup> Ecuador, Código Civil, Art. 2087: “El comodatario está obligado a suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas y de cualquiera otra cosa de que sepa se trata de hacer un uso delictuoso; pero deberá ponerlas a disposición del juez. Lo mismo se observará cuando el comodante ha perdido el juicio y carece de curador.”

<sup>933</sup> En *De officiis*, Cicerón señala: “Luego alguna vez no deben cumplirse las promesas, como deben devolverse los depósitos. Si alguien te ha confiado en plena lucidez de la mente la custodia de una espada y te la pide cuando este fuera de sí, es un crimen el devolverla; el deber es no entregarla. Y si se ha entregado dinero en depósito, declara la guerra a la patria, ¿le devolverías el depósito? No lo creo, porque obrarías contra la República, que debe ser el principal objeto de tu amor.”<sup>933</sup>

Sin embargo, a diferencia del código peruano, que sí establece una norma general de aplicación a todos los contratos conmutativos y de ejecución diferida, el código Bello solo aplica de forma expresa la cláusula *rebus sic stantibus* a los casos de contratos de depósito, arrendamiento y comodato.

### **La jurisprudencia ecuatoriana y chilena**

Sin embargo de dicho razonamiento, la ex Corte Suprema del Ecuador, en sentencia de 11 de noviembre de 1981<sup>934</sup>, trató el principio de la cláusula *rebus sic stantibus*, en dicha sentencia introduce dicho principio a través del principio general de buena fe. Recordemos que en ese momento, se hallaba vigente la Constitución de 1978 que expresamente recogía el principio de revisión de los contratos para evitar el enriquecimiento injusto, contemplado en el artículo 19 numeral 11 de dicha norma constitucional. La sentencia de 1981, surge del litigio originado en el incumplimiento de un contrato celebrado entre "AMAZONAS CIA. ANONIMA DE SEGUROS" (en adelante Amazonas) y "SOCIEDAD GENERAL C.A." (en adelante Sociedad General) para la instalación de parte de ésta, de un sistema de aire acondicionado central de un edificio de propiedad de aquella. Cuando el sistema no es instalado pese al tiempo y a la entrega de los anticipos acordados, Amazonas demanda por los daños y perjuicios ocasionados. En primera instancia el juez rechaza la demanda, la actora apela y en segunda instancia la corte provincial acepta la demanda y ordena el pago de daños y perjuicios; llegado el proceso a tercera instancia por haber interpuesto dicho recurso la demandada, la Corte Suprema analiza de forma detenida lo que se constituye en materia del recurso de tercera instancia. Señala que la actora demandó con el fin de que la demandada cumpla el objeto del contrato en el tiempo y forma acordada; cuando el proceso llega a segunda instancia, la corte superior (actual provincial) señala efectivamente que es obligación de la parte demandada cumplir sus obligaciones contractuales en este sentido y por ello le condena. Cuando el proceso sube a tercera instancia por la interposición del recurso de parte de la demandada y con el silencio de la actora, la Corte Suprema de Justicia entiende que la actora ha aceptado tácitamente que los equipos que se instalen sean otros a los originalmente acordados. Como ese tema de discusión "causó estado", según la Corte, esta analiza si hubo o no mora en el cumplimiento de

---

<sup>934</sup> Ecuador, Gaceta Judicial 13, Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. 3077.

las obligaciones de la demandada. Para ello examina cuál era la obligación de la demandada y si consistía, efectivamente, en instalar equipos de aire acondicionado central; sin embargo, dado los cambios sustanciales que se producen en el edificio donde se tenían que instalar los equipos, la demandada solicita a su contratante que le informe sobre la decisión que tomará respecto a la instalación de dichos equipos en las instalaciones reformadas; como efectivamente la propietaria del edificio decide introducir cambios en el diseño del edificio, la proveedora rediseña los planos que son presentados a Amazonas quien los aprueba, por lo que la Corte concluye que la demandada, “se hallaba en imposibilidad física de cumplir con lo estipulado en la Cláusula 6a., no siendo imputable el retardo” a la misma. En estas circunstancias, la corte introduce el tema de la imprevisión siguiendo al tratadista colombiano Arturo Valencia Zea y señala que la cláusula *rebus sic stantibus* es una cláusula tácita de todos los contratos de larga duración por el que las nuevas circunstancias cambian la prestación primitiva de suerte que el deudor se encuentre con otra prestación distinta a la que originalmente contrajo, lo cual es contrario a la buena fe y añade: “Si se obliga al deudor a cumplir la misma prestación a pesar del cambio de circunstancias, el acreedor obtendrá un enriquecimiento indebido, pues el contratar nuevamente la prestación le costaría más.”<sup>935</sup>

Cuando se contrastan los planos originales con la obra, el juzgado de origen pudo verificar que las estructuras de cada planta variaron fundamentalmente y por decisión de la propietaria por lo que en aplicación del principio de buena fe y la argumentación que hace sobre el cambio fundamental de circunstancias, rechazó la demanda.

Esta por supuesto es un caso que no se refiere a eventos sobrevenidos; si se debe plantear un símil, se debe decir que, al igual que en el caso del loco y la espada, no estamos ante un cambio de circunstancias sino ante un cambio de mentalidad del propietario del edificio y resulta poco ortodoxo que la corte provincial haya aceptado la demanda<sup>936</sup>.

---

<sup>935</sup> Gaceta Judicial 13, *Ibíd.*

<sup>936</sup> En otra sentencia, la ex Corte Suprema del Ecuador, analiza la excesiva onerosidad en un caso surgido entre la compañía E. CUABA S.A. y la aseguradora EL DORADO S.A. (PAGO DE SEGURO. Expediente 394, Registro Oficial 524, 28 de Febrero del 2002). E. CUABA había suscrito con la minera MIZANA S.A. un contrato para la determinación de factibilidad, posterior exploración y explotación de un área minera específica y participación de los beneficios. Para protegerse del probable incumplimiento del contrato, E. CUABA S.A. contrata un seguro de cumplimiento de

En el caso chileno, algunos han querido ver en el artículo 1546 el sustento de la teoría de la imprevisión. En el muy citado texto, *La Teoría de la Imprevisión*, el Profesor Lorenzo de la Maza<sup>937</sup>, explica de forma cuidadosa la forma en que la doctrina chilena ha reaccionado frente a la teoría de la imprevisión. Para Lorenzo de la Maza, siendo uno de los efectos de las obligaciones (en beneficio del acreedor que ha visto frustrado su derecho) el exigir del deudor el pago de indemnizaciones que su incumplimiento ha provocado al acreedor<sup>938</sup>, este efecto procede en tanto y cuanto el deudor no puede ser imputado por dicho incumplimiento, conforme lo ordenan los artículos 1547 y 1558 del código chileno<sup>939</sup>, salvo ciertas excepciones<sup>940</sup>. De allí que

---

contrato. La aseguradora alega que el contrato entre E. CUABA y MIZANÑA se incumplido debido a un caso de fuerza mayor o que se hizo imposible cumplir puesto que se había tornado económicamente oneroso. La ex Corte Suprema analiza el sentido de imprevisibilidad tanto en el caso de fuerza mayor como en el de excesiva onerosidad sobrevenida. El hecho del cual la aseguradora pretendía asirse para justificar su incumplimiento era la toma del área minera por parte de mineros informales que habrían menoscabado el valor del emprendimiento. En ambos escenarios, la ex corte insiste en que al momento de suscribirse el contrato, las partes conocían el hecho de que los mineros estaban presentes en el área minera y que en consecuencia, tanto en el caso de que se alegase fuerza mayor como en el caso de que se alegase una excesiva onerosidad sobrevenida, ambas excepciones serían desechadas por cuanto, el elemento fundamental es que el evento no haya podido ser previsto o no estaba en conocimiento de las partes; el hecho de que la supuesta imposibilidad, es decir la toma del área de parte de los mineros, era antecedente y no posterior, impedía la aceptación de la excepción de excesiva onerosidad sobrevenida.

<sup>937</sup> Lorenzo de la Maza, *Teoría de la Imprevisión*, disponible en [http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza\\_l/html/index-frames.html](http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_l/html/index-frames.html), consultada noviembre 2015.

<sup>938</sup> El derecho principal, al pertenecer el chileno al *ius civile*, es exigir el cumplimiento de la obligación; un derecho secundario, que es el pago de la indemnización debida y unos derechos accesorios, como rescindir ciertos actos o contratos del deudor, impetrar providencias conservativas de sus bienes, solicitar la separación de patrimonios o ejercitar ciertas acciones del deudor, derechos, en suma, que le permiten dejar afecto el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación. En De la Maza, Lorenzo, *Ibid.*

<sup>939</sup> Art. 1547. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes. Art. 1558. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

<sup>940</sup> Lorenzo de la Maza señala las siguientes: a) cuando el deudor se hace cargo de los eventos de fuerza mayor o de parte de ellos; b) cuando la ley dispone que el incumplimiento derivado de fuerza mayor sea de cargo del deudor; c) cuando la fuerza mayor se origina en culpa del deudor; y, d) cuando la fuerza mayor sobreviene en caso de mora del deudor. De la Maza, *Ibid.*

la imprevisión podría entenderse incorporada en este razonamiento que cobija sobre todo a la fuerza mayor.

De ese modo, podemos ver que en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de noviembre de 2006 señaló:

...estando legalmente acreditado en autos que se produjo una alteración de la base del negocio, se está frente a un caso concreto en que resulta aplicable la doctrina llamada del riesgo imprevisible, teoría que, como se dijo, no constituye una excepción a la autonomía de la voluntad privada, es a juicio de los tratadistas colombianos Barbosa Verano y Neyva Morales, un instituto jurídico creado por el derecho cuyo objetivo fundamental es regular situaciones no previstas por las partes, que escapan a la voluntad de las mismas, que sin lugar a dudas afectan en materia grave los acuerdos privados” (cons. 15º)<sup>941</sup>.

Es Iñigo de la Maza quien informa de una sentencia sobre la teoría de la imprevisión cuando analiza el artículo 1546 chileno donde en virtud de un fallo de la Corte Suprema Chilena ésta ha considerado que “...el acreedor que acosa al deudor para que cumpla, aunque ello le signifique un perjuicio desconsiderado, no estaría de buena fe.”<sup>942</sup>. Con anterioridad, Aguada Deik y Pizarro Wilson explicaron que el caso señalado surge de un contrato por el que la empresa portuaria de Valparaíso contrata con una empresa asesora la realización de un proceso de licitación para la construcción de unas obras en la costa de dicha ciudad. Por la primera etapa se pactaron unos honorarios que se imputarían en la segunda fase. La obra en sí, no se realiza por factores distintos y es entonces que se alega, precisamente, la no realización de la obra como hecho imprevisible, factor que solo es alegado en casación. La corte de apelaciones acepta el recurso pero la Corte Suprema desecha la casación fundamentada en el principio de intangibilidad del contrato<sup>943</sup>.

#### **II.IV.2 La influencia italiana y alemana.-**

---

<sup>941</sup> Aguada Deik, Alejandra y Pizarro Wilson, Carlos, Imprevisión y excesiva onerosidad. ¿Hay espacio para la revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida?, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n16/art09.pdf> consultada en agosto 2016.

<sup>942</sup> De la Maza, Iñigo, Código Civil, Sistematizado con Jurisprudencia, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015, 1261.

<sup>943</sup> Aguada Deik et Pizarro Wilson, *Ibid.* De otro lado, los autores informan de una situación similar a la ecuatoriana. En efecto, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en un contrato de construcción, las partes acuerdan modificar la obra original, posteriormente, una de ellas reclama a la otra el pago de los gastos extras alegando la teoría de la imprevisión lo cual es aceptado por la corte. Esta claro, señalan los autores que no se trata de imprevisión sino de modificación de la relación contractual.

La expedición del código italiano de 1942, sin duda significó un acontecimiento en la cultura jurídica latinoamericana que se aprecia en dos cuerpos legales, el peruano y el brasileño.

### **El Código Civil peruano de 1965**

El Código Civil peruano de 1965, cuya última reforma es de 1984, si bien de raigambre un tanto diferente a la del código Bello, pertenece al sistema jurídico romanista. Se refiere al principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* en los artículos 1440 a 1446.

Para la legislación peruana, la cláusula *rebus sic stantibus* se aplica a los contratos conmutativos, de ejecución continuada, periódica o sucesiva. En el Libro VII, *De las obligaciones*, Sección I, *De los contratos en general*, Título VIII, *Excesiva Onerosidad de la Prestación*, artículo 1440, se define a dicha institución del siguiente modo:

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

En este artículo, de similar contenido al italiano, la legislación peruana limita expresamente la aplicación del remedio a los contratos conmutativos, es decir a aquellos en los que las prestaciones entre las partes se asumen como equivalentes y por tanto, no se aplica a los contratos en que la prestación depende del azar, es decir los contratos aleatorios, que es claramente muestra de la influencia del derecho italiano. Sin embargo, la legislación peruana establece que se puede aplicar dicho remedio a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Del derecho italiano se recoge del mismo modo, el hecho de que la ejecución de los contratos debe ser continuada y no limitada a la ejecución inmediata. Sin embargo, al igual que en la legislación brasileña, es posible que los efectos del mismo se apliquen a los contratos de ejecución inmediata pero con efectos perdurables en el tiempo. Observamos del mismo modo, que a diferencia del código

brasileño, el peruano exige que el evento que produce el cambio de circunstancias sea extraordinario e imprevisible. Para el código peruano, la circunstancia debe ocurrir de forma extraordinaria, sin que se haga referencia alguna a la denominada “alea normal” del contrato característica de la legislación italiana. Para Jorge Oviedo Albán, para calificar el hecho como extraordinario e imprevisible, al igual que el resto de doctrina jurídica sobre este tema, es necesario analizar diversos factores como el sector económico donde se desarrolla el contrato, el conocimiento que tengan o debieran tener los contratantes y la capacidad de previsión de los mismos<sup>944</sup>.

En este sentido, la Corte Superior de Lima resolvió que:

La resolución de un contrato por excesiva onerosidad de la prestación presupone que ésta ha devenido así por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, por lo que la aplicación de un interés elevado al saldo de un precio de un bien vendido no puede considerarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible al no reunir los requisitos del artículo 1440 del Código Civil, por lo que deviene en improcedente la acción de resolución por excesiva onerosidad de la prestación.<sup>945</sup>

#### **El Código Civil brasileño.-**

El *Esboco* de Freitas<sup>946</sup> tampoco incorporó expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* pero declaró que los contratos deben ser ejecutados de buena fe. Mientras que la Constitución federal de 1988 incorpora el principio de función social del contrato<sup>947</sup>, los juristas brasileños incorporaron la cláusula *rebus sic stantibus* a través del principio de buena fe y la incorporaron primeramente en la ley de defensa del consumidor<sup>948</sup>. Posteriormente fue publicado un nuevo código civil en Brasil cuya característica más importante es la aproximación al concepto de negocio jurídico y la obligatoriedad de que las prestaciones sean equivalentes. Rizzardo cita la autoridad de Clovis Beviláqua:

---

<sup>944</sup> Oviedo Albán, Jorge, Comentarios del Código Civil Peruano, Art. 1440, disponible en <http://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-vii.pdf> consultado en octubre de 2014.

<sup>945</sup> Exp. 3288-97, Tercera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Lima, Ledesma Narváez Marianella, “Jurisprudencia Actual”, Tomo 2, No. 110 referido por Oviedo Albán, comentario artículo 1440.

<sup>946</sup> Para una referencia de dicho código se puede revisar, A CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO PELO JURISCONSULTO TEIXEIRA DE FREITAS, disponible en [https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucha/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v2n3/doc/08-EMERIC\\_LEVAY.PDF](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/08-EMERIC_LEVAY.PDF), consultada octubre de 2014.

<sup>947</sup> Rizzardo, Arnaldo, Contratos, Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2015, 20.

<sup>948</sup> Alterini, Ibíd, 57.



O preço deve ser justo, isto é, equivalente ao valor aproximado da coisa vendida... Havendo diferença, para mais ou para menos, as partes só poderão exigir a retificação do preço ou resilição do contrato, havendo vício de consentimento... se o agente abusar da situação crítica da pessoa a quem ameaça, a fim de extorquir-lhe vantagens excessivas, o ato deve ser considerado viciado.

El Código Civil brasileño de 2002, para Judith Martins-Costa, se presenta como un claro descendiente del derecho germánico pues acoge sin lugar a dudas el concepto de negocio jurídico<sup>949</sup>, concepción útil, según esta autora, debido a su eficiencia al momento de resolver cuestiones de interés práctico. Desde ese punto de vista, en los negocios jurídicos, existe, conectado a la acción, un destino voluntario polarizado por el sentido de finalidad<sup>950</sup>; para Miguel Reale<sup>951</sup>, dicho código se halla construido en torno a tres principios generales, el de la buena fe contenido en el artículo 113 que ordena que los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme el principio de buena fe y los usos del lugar donde se celebran; el contenido en el artículo 187, que establece que quien se exceda en el aprovechamiento de los fines económicos establecidos en el contrato comete acto ilícito; y, el contenido en el artículo 422 que indica que los contratantes están obligados a guardar en la celebración y en la ejecución de un contrato, los principios de probidad y de buena fe. El otro principio aplicable es el de la función social del contrato. En el artículo 421 de dicho código se señala que la libertad de contratar será ejercida en razón de los límites establecidos por la función social del contrato. Finalmente contamos con el principio de corrección que permite echar mano de cláusulas generales con el objeto de establecer la correcta aplicación de la norma jurídica, como la contenida en el artículo 575 que permite al juez disminuir el canon de arrendamiento en caso de que el mismo sea manifiestamente excesivo, teniendo siempre en cuenta su carácter de penalidad<sup>952</sup>. Otros autores, como Santos Amaral Neto, entienden que los

---

<sup>949</sup> Martins-Costa, Judith, “O Conceito de contrato no direito brasileiro”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 30, 2010.

<sup>950</sup> Martins-Costa, Ibíd, 116.

<sup>951</sup> Reale, Miguel, “Visao Geral Do Novo Código Civil”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “La Formazione del Sistema Giuridico Latinoamericano: Codici e Giuristi” II Parte, 13, 2002.

<sup>952</sup> Para una visión general del código brasileño, Moreira Alves, José Carlos, “O Novo Código Civil Brasileiro: Principais Inovacoes Na Disciplina Do Negocio Jurídico E Suas Bases Romanísticas”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y*

principios que informan el código brasileño de 2002, son el ya mencionado principio social, el de primacía de los criterios ético políticos, el de operatividad, autonomía de la voluntad, buena fe, responsabilidad patrimonial y equidad<sup>953</sup>.

En estas circunstancias, el código civil brasileño incorpora la cláusula *rebus sic stantibus*, de forma similar al código italiano, por lo que dicho código permite, en el Título V, “Dos Contratos en geral”, capítulo II, “Extinción del Contrato”, Sección Seção IV, Da Resolução por Onerosidade Excessiva, artículo 478 la resolución del contrato en caso de excesiva onerosidad superviniente<sup>954</sup>. Arnaldo Rizzardo recoge una tradición jurídica brasileña importante al recoger el origen completo de la *rebus sic stantibus*, dice que esta frase no es sino la abreviación de la original: *contractus qui habent tractum succesivum et deperitiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*<sup>955</sup>.

Para Arnaldo Wald, las características que definen la excesiva onerosidad en el derecho brasileño, son las siguientes:

- a) Se da en los contratos de ejecución continuada.
- b) Cuando existe una prestación excesivamente onerosa para una de las partes.
- c) Y una extrema ventaja para la otra.
- d) Derivada de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Conforme el artículo 478 del código brasileño, es posible que las partes puedan acordar el restablecimiento del equilibrio contractual y que incluso el mismo pueda ser alcanzado por disposición judicial<sup>956</sup> conforme lo ordenado por el artículo 317 del mismo código<sup>957</sup>.

---

*América Latina, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “Il Nuovo Codice Civile del Brasile e Il Sistema Giuridico Latinoamericano”*, 16, 2003.

<sup>953</sup> Santos Amaral Neto, Francisco, “Os Principios Jurídicos Na Relacao Obrigatoria”, en Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “Il Nuovo Codice Civile del Brasile e Il Sistema Giuridico Latinoamericano”, 16, 2003.

<sup>954</sup> Art. 478. 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. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. El código está disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) consultado octubre de 2014.

<sup>955</sup> Rizzardo, Contratos, 127.

<sup>956</sup> Wald, Arnaldo, “O Novo Código Civil e a Evolucao do Regime Jurídico”, en Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, Centro

Evidentemente esta posición respecto de la cláusula *rebus sic stantibus* parte de un modelo normativo<sup>958</sup> en el que se navega entre dos polos normativos: la permanencia para mantener el contrato tal cual fue contratado y la ruptura del vínculo, derivada de la resolución del mismo por incumplimiento o por excesiva onerosidad<sup>959</sup>. De allí que dicho código haya incorporado dos conceptos relacionados con esta materia y no señalados en otros cuerpos legales. El primero es el de proporcionalidad, contenido en el artículo 317 antes citado y el segundo el de equilibrio, contenido en los también referidos artículos 478 y 479.

El artículo 317 del código brasileño, si bien recibe la influencia italiana que exige, como vimos anteriormente, que el evento sea imprevisible y extraordinario, señala que el evento que altere las circunstancias sea solamente imprevisible y no extraordinario e imprevisible. Para Martins-Costa, el evento debe ser posterior y no relacionado con contratos de ejecución inmediata sino de larga duración, duración diferida o tracto sucesivo:

En estos contratos – por proyectarse sus efectos en el futuro – la relación obligacional comporta, indudablemente, cierto margen de riesgo, esto es, el riesgo de que la ecuación económico financiera de base que dio sentido objetivo al contrato determinado, sea modificada.<sup>960</sup>

El riesgo está determinado, para la doctrina brasileña, por un doble carácter, la denominada “alea normal” del contrato y lo que se conoce como “acontecimiento previsible” por lo que coloca la discusión al respecto en el mismo nivel que la doctrina legal más contemporánea y se centra sobre todo en la imprevisibilidad, abandonando la exigencia de “extraordinario” para otorgar el remedio.

---

di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “Il Nuovo Codice Civile del Brasile e Il Sistema Giuridico Latinoamericano”, 16, 2003.

<sup>957</sup> Brasil, *Código Civil*, Art. 317: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

<sup>958</sup> Martins-Costa, Judith, *A Revisao dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, en *Roma e America*, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “Il Nuovo Codice Civile del Brasile e Il Sistema Giuridico Latinoamericano”, 16, 2003. En esta obra Martins-Costa parte de una descripción de modelo normativo que viene entendido como estructuras normativas, originadas en cuatro fuentes normativas, ley, decisión judicial, costumbre y negocio jurídico, estructuras jurídicas que tienen la característica de ser prescriptivas; señala Martins Costa que ese modelo tiene la característica de estar ligadas a un modelo normativo, de planificación lógica; esta noción la toma de referencia de Reale, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenéutico*, Sao Paulo, Saraiva, 1994.

<sup>959</sup> Martins-Costa, Judith, *Ibíd.*, 135.

<sup>960</sup> Martins Costa, *Ibíd.*, 157.

El Tribunal Federal Brasileño ha determinado que la cláusula se aplica sólo en casos en los que el deudor haya actuado de forma diligente, así, en sentencia ha señalado:

A clausula rebus sic stantibus so aproveita a parte diligente, empenhada no cumprimento das obrigacoes que assumiu no contrato, mas foi surpreendida durante a sua execucao, por acontecimientos excepcionais e imprevistos para provocar o seu emprobrecimiento e o enriquecimiento injusto de outrem, no caso de ser mantido a que foi contratado. Assi no aproveita aquele que, debido a procedimiento culposo, ja constituido em mora, e atingido pelas consecuencias de tais fatos ocorridos apos a expiracao do prazo contratual<sup>961</sup>.

### **El nuevo Código Civil y Comercial argentino**

Argentina expidió un código unificado civil y comercial en 2014<sup>962</sup>. Aida Kemelmajer de Carlucci, integrante de la comisión redactora, ofrece algunas pistas sobre la novedad de este trabajo desde el punto de vista conceptual. Una de ellas es que dicho código, se aproxima a lo que se conoce con el nombre de recodificación (una etapa ulterior al proceso iniciado por la codificación y la decodificación). La otra, también relativa a este trabajo es la constitucionalización del derecho privado, fenómeno que Kemelmajer quiere ver ya anunciado por Alberdi en su polémica con Vélez Sársfield: “el Código Civil de un país es la parte de la legislación que tiene por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Esos derechos son esenciales del hombre, sin distinción de condición.”<sup>963</sup>. En materia de la excesiva onerosidad sobrevenida, el código argentino introduce algunos cambios notables a la situación anterior. Introduce de forma expresa la figura de la “imprevisión” al establecerla en el artículo 1091<sup>964</sup> pero también incorpora la “frustración de la finalidad” en el

---

<sup>961</sup> RT, 414/380, citado por Rizzardo Arnaldo, Contratos, 131.

<sup>962</sup> Boletín Oficial de 8 de octubre de 2014, Ley 26.994.

<sup>963</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, Pautas para interpretar el Código, en Zannoni, Eduardo, et al., *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

<sup>964</sup> Art. 1091. – Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

artículo 1090<sup>965</sup>. La redacción de esta última norma otorga al deudor a que por su propia voluntad comunique al acreedor su decisión de dar por terminado el contrato. Si bien la parte afectada puede solicitar que se cumpla el contrato ante un juez, es indicativo el cambio del centro de gravedad hacia el deudor, el cual ahora debe esperar una resolución judicial respecto de su notificación de dar por terminado el contrato en caso que la finalidad del mismo haya sido frustrada. Habrá que esperar los desarrollos jurisprudenciales para conocer el devenir de esta reforma<sup>966</sup>.

## **II.V. La situación española.**

### **II.V.1. El proyecto de ley español: consideraciones críticas.**

El Código Civil español de 1889 pertenece a aquellos códigos que no aceptaron la incorporación expresa de la cláusula *rebus sic stantibus*; solo la jurisprudencial del Tribunal Supremo aceptó la aplicación de forma excepcional de dicha cláusula. Salvador Coderch señala que dicho tribunal, con posterioridad a la guerra civil española, aplicó el principio en beneficio a contratantes pertenecientes al lado vencedor que se beneficiaron de la aplicación de dicho principio<sup>967</sup>.

El Ministerio de Justicia español presentó en 2009 una propuesta de modernización del código civil español de 1889, en la cual se propone incorporar el Capítulo VIII en el libro IV “De las obligaciones”. Este capítulo, constante de un solo artículo, propone lo siguiente:

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la

---

<sup>965</sup> Art, 1090.- Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho de resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial

<sup>966</sup> Para una crítica de la reforma, cfr. Junyent Bas, Francisco, Reformas al Derecho Privado Patrimonial en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, Errepar, 2002.

<sup>967</sup> Salvador Coderch, Pablo, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2009, 4.

distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.<sup>968</sup>

Para la Comisión que redactó este proyecto, el código español, en su momento, no estudió con mayor profundidad el tema de obligaciones pues le aquejaban otras materias urgentes<sup>969</sup> y en consecuencia, adoptaron la matriz del código francés si bien con las observaciones de Don Florencio García Goyena, en las aportaciones del código civil italiano de 1851, en las innovaciones del Código Civil argentino y en las consecuentes anotaciones de Vélez Sársfield así como en el denominado proyecto Laurent.

Para la Comisión que redactó el proyecto de reforma del libro de las obligaciones, el camino abierto por la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías fue de una gran importancia al momento de buscar un marco de referencia sobre este tema así como los intentos de unificación del derecho, tanto de UNIDROIT como los otros esfuerzos privados al respecto.

Un aspecto a destacar de la propuesta de reforma es que señala de forma explícita que la exoneración de las obligaciones del deudor así como la aplicación del principio *favor debitoris* no necesariamente alienta el fortalecimiento de la economía<sup>970</sup>, por lo que señalan que:

Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento

---

<sup>968</sup>

Disponible

en

[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta de Modernizacion del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta+de+Modernizacion+del+Codigo+Civil+en+materia+de+Obligaciones+y+Contratos.PDF), consultada en octubre de 2014.

<sup>969</sup> Señalan entre otras, las siguientes materias como fuentes de su preocupación primordial, la relación del Código Civil con las legislaciones forales, la relación entre Estado e Iglesia, el derecho sucesorio, etc, cfr. Exposición de Motivos de dicho proyecto en la página web del Ministerio de Justicia español.

<sup>970</sup> Para ello la Comisión se refugia en la autoridad de Ihering: “El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado

“favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía.”

tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial<sup>971</sup>.

La propuesta de ley española, sigue el modelo UNIDROIT ya que procura la subsistencia del contrato.

Por otra parte, el título del capítulo VII hace referencia a la teoría alemana de la alteración de la base negocial. El título de dicho capítulo es “De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato”.

El proyecto español, opta, por ejemplo, por no hacer distinciones o referencias a tipos o plazos contractuales como si lo hacen los códigos italiano y brasileño que expresamente señalan que la cláusula de revisión de contratos por alteración de las circunstancias se aplicará a los contratos de ejecución continuada o periódica, o, como el peruano, a aquellos de ejecución inmediata con efectos a largo plazo, la propuesta española no señala el tipo de contratos a los que se aplicaría. Sin embargo, no parece omisión relevante y es más bien una opción doctrinaria legítima.

El proyecto español pretende fusionar en un mismo artículo dos doctrinas de matriz distinta, por un lado considera que el contrato se haya vuelto excesivamente oneroso para una de las partes, consecuencia directa (y lingüísticamente ligado) a la doctrina italiana; y, por otro, lo liga a la frustración del contrato, vinculado con la jurisprudencia inglesa y norteamericana que no hacen referencia a la excesiva onerosidad sino al cambio radical de lo que las partes contrataron.

Este artículo podría presentar dos lecturas. Señala el artículo que “(s)i las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato...”. Existiría una lectura italiana, por decirlo de algún modo, conforme a la cual la excesiva onerosidad debe afectar a una parte. La segunda lectura, a la que

---

<sup>971</sup> Exposición de Motivos, en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta de Modernizacion del Codigo Civil en materia de Obligaciones y Contratos.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta+de+Modernizacion+del+Codigo+Civil+en+materia+de+Obligaciones+y+Contratos.PDF).

podríamos denominar anglosajona, parecería indicar que si el contrato se frustra, la misma podría afectar a ambas partes<sup>972</sup>.

De otra parte, el último inciso del artículo 1123 del proyecto hace referencia ya no a una pérdida de equilibrio entre las prestaciones contractuales sino a la reciprocidad de intereses del contrato. Sin duda esta solución reconoce que en los contratos no puede existir un “equilibrio” abstracto entre las partes; es decir, el equilibrio no puede pertenecer a un ámbito ideal donde las obligaciones de cada una de las partes sean perfectamente conmutativas con las de la otra (como por ejemplo hace el código peruano que permitiría aplicar este remedio en los contratos conmutativos) sino que se limita a respetar el equilibrio concreto que las partes aceptaron en ese contrato específico y de allí que el proyecto español señala que lo que se debe “restaurar la reciprocidad de intereses del contrato”, que sin duda es una solución que pretende restaurar el equilibrio concreto de aquello contratado por las partes.

#### **II.V.2 Efectos del cambio de circunstancias.-**

Sin embargo, líneas antes, el proyecto señala: “el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución”. La revisión solo podrá ser estimada, se entiende que por el juez o el árbitro, cuando no quepa obtener de la propuesta de revisión una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. La consecuencia de la no revisión del contrato (es decir la adaptación) es la resolución del mismo. Las palabras que usa el proyecto son: “y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución” haciendo una referencia inútil a un acto de imposición. El artículo del proyecto presenta dos alternativas, la primera que señala que si la revisión no es posible, es decir si el juez no la estima (no las partes puesto que no se otorga a ellas dicha facultad de forma expresa) no puede revisar el contrato, vale decir que el juez sí puede revisar el

---

<sup>972</sup> E incluso se podría decir que la frustración propuesta en el proyecto podría ser alegada por una parte aunque no se señalaría nada respecto de los efectos de la misma, es decir, que afecte a lo que ambas partes acordaron originalmente.



contrato, en caso de que estime la revisión del contrato. La segunda alternativa no tendría consecuencia con la primera puesto que, dice que si el juez no estima la revisión del contrato, o “no puede imponérsela a una de las partes”, entonces declarará la resolución del mismo.

### II.V.3. Distribución de riesgos.-

El proyecto sí establece que las partes deberán estar a lo acordado por ellas en cuanto al tema de distribución de riesgos. La tradición española sobre este punto es antigua. Así por ejemplo, Sergio Agüera y Adriana Martín<sup>973</sup> dan cuenta de los mecanismos alternativos que la jurisprudencia española ha tomado con el objeto de otorgar el remedio. Entre dichos mecanismos encontramos tres: a) la presuposición o condición tácita, en la cual el Tribunal Supremo consideró que en un contrato de construcción, la no obtención de la licencia durante más de 14 años permite liberar al deudor de la obligación ya que no se ha cumplido la condición tácita consistente en obtener dicha licencia<sup>974</sup>; b) desaparición de la base del negocio, doctrina que ha sido considerada por el Tribunal Supremo como importante en tanto y cuanto permiten liberar al deudor cuando han desaparecidos las bases del negocio que consistirían “en un conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia son necesarias para lograr que se alcance el fin del contrato o para que las prestaciones pactadas no resulten desequilibradas con grave onerosidad de modo que se destruya la relación de equivalencia entre ellas”<sup>975</sup>; y, c) la frustración del contrato que impide acudir a la cláusula *rebus sic stantibus* cuando la alteración ha sido de tal entidad que solo queda resolver el contrato:

no es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" (...). Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de

---

<sup>973</sup> Agüera, Sergio y Martín, Adriana, “La cláusula “rebus sic stantibus” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales” en Aranzadi digital num.1/2014, disponible en <file:///Users/JuanCarlosMejia/Downloads/140402%20ARANZADI%20%20INSIGNIS%20La%20cl%C3%A1usula%20rebus%20sic%20stantibus%20y%20otras%20f%C3%B3rmulas%20alternativas%20utilizadas%20en%20la%20jurisprudencia%20.pdf> consultada diciembre 2015.

<sup>974</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4082), citada por Agüera y Martín, *Ibid.*, 4.

<sup>975</sup> Sentencias del Tribunal Supremo número 1202/1993, de fecha 14 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9881]; 14 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7323] y 969/1992, de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9226), citadas por Agüera y Martín, *Ibid.*

ausencia de ellas. La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y facultado para resolverlo (...) <sup>976</sup>.

Como se ve, la variedad de soluciones que la jurisprudencia española ha dado al fenómeno de la excesiva onerosidad sobrevenida podría conducir a que, en un afán omnicompreensivo, se pretendan incorporar en un mismo proyecto tradiciones distintas.

#### **II.V.4 Una muestra de la reciente jurisprudencia española.**

La jurisprudencia española ha sufrido un ir y venir en cuanto a la aceptación del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, en un primer momento, aceptó parcialmente el remedio (años 40), luego restringió su aplicación de modo coherente con la doctrina imperante por entonces (años 50); posteriormente, cuando el país es atacado por la crisis económica, se emiten dos sentencias que recogen el principio de forma precaria (2014) y en las última sentencias, parecería que el Tribunal Supremo español, retoma la excepcionalidad en la aplicación del principio (2015).

Hasta antes de la presentación del proyecto español, la jurisprudencia se había decantado por una aplicación restrictiva del principio. En los años inmediatos a la Guerra Civil, el Tribunal Supremo emitió dos sentencias en las cuales se aceptaba la vigencia del principio: la de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940\1135) y 17 de mayo de 1941 (RJ 1941\632) <sup>977</sup>.

Sin embargo, García Cerezo señala que es solo con la sentencia de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957\2164), que el mismo es admitido con carácter rigurosamente excepcional y siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

---

<sup>976</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 344/1994 de 20 de abril (RJ 1994, 3216) citada por citada por Agüera y Martín, *Ibid.*

<sup>977</sup> Sentencias citadas por García-Cerezo, Fernando M. Alejandro, *et alt.*, CRISIS ECONÓMICA Y CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS: ¿CAMBIO DE VÍA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013. RJ 2013\1819, disponible en [http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1384952603es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1384952603es.pdf), consultada en diciembre 2015.

a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;

b) una desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y,

c) que todo ello acontezca por la ocurrencia de circunstancias radicalmente imprevisibles y sobrevenidas.

d) Una sentencia posterior, la de 6 de junio de 1959 (RJ 1959\3026) añadió a estos requisitos el de que se “careciese de otro medio para remediar el perjuicio”

En las sentencias dictadas con posterioridad, se recogen criterios en contra de la aplicación generosa de la cláusula. García Cerezo informa sobre sentencias tanto del Tribunal Supremo español como de Audiencias provinciales donde se restringe el principio. Del Tribunal Supremo se destaca la sentencia de 27 de abril de 2012, RJ 2012\4714 en la cual el Tribunal Supremo español había rechazado la aplicación del remedio cuando el contrato se vuelva excesivamente oneroso debido a *circunstancias de mercado*, puesto que las fluctuaciones del mismo no suponen una excusa genérica para liberar al deudor de sus obligaciones y la sentencia 8 de octubre de 2012, RJ 2012\9027 en la cual se niega a aplicar el principio a privados que han intervenido con ánimo especulativo en actividades de compra venta de inmuebles.

Lo propio ocurre con varias sentencias emitidas por Audiencias provinciales en las que se niega el remedio por la calidad del deudor (empresarios dedicados a un negocio particular no pueden desconocer las variaciones del mismo)<sup>978</sup> y crisis generalizadas (los empresarios de un sector no solicitan el remedio pero uno es particular lo hace)<sup>979</sup>

Con la crisis financiera que afectó al Reino de España a finales de la década pasada y comienzo de esta, surgieron varias voces que requirieron la aplicación de una solución basada en el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*. Citaremos una de las más recientes por considerar que podría fijar una línea jurisprudencial. El magistrado ponente es Orduña<sup>980</sup>.

---

<sup>978</sup> Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), de 1 de marzo de 2012, JUR 2012\185465.

<sup>979</sup> Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), de 9 de febrero de 2012, JUR 2012\108874) y Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª), de 20 de marzo de 2012, JUR 2012\154060.

<sup>980</sup> España, Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1a) Sentencia num. 333/2014 de 30 junio JUR\2014\193039.

En el caso Promedios Exclusivas de Publicidad S.L. (en lo posterior Promedios) contra Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.A.U., en lo posterior EMTV, resuelto por el Tribunal Supremo español a través de sentencia de 30 de junio de 2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia num. 333/2014 de 30 junio de 2014), dicho tribunal determinó las bases para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. El caso surge de un contrato de 30 de mayo de 2006 modificado por Adenda de 15 de mayo de 2007 por el cual la empresa Promedios Exclusivas de Publicidad S.L. explotaría la publicidad en el exterior de los autobuses de propiedad de la demandada durante cuatro años. La demanda fue aceptada en primera instancia, en segunda, el tribunal de apelaciones revocó la sentencia y fue conocido en casación por el tribunal supremo puesto que la actora señaló que se habría incurrido en infracción de la cláusula *rebus sic stantibus*. Está claro que en la legislación española no existía norma positiva que contenga o haga referencia a dicha cláusula.

En virtud de dicho contrato y su adenda, la compañía Promedios se comprometió a pagar un canon mensual de € 178.350, es decir € 2.140.000 por año con una razón de cinco por ciento anual de incremento. La empresa entregaría además un monto de € 567.911 por diversas mejoras y permitiría que la EMTV utilizase el 10% del espacio publicitario para promoción institucional. El contrato se cumplió normalmente hasta que en mayo de 2009, Promedios decide cancelar únicamente el 70% del importe del canon mensual de esa fecha. El tribunal supremo señala que ha existido una caída de inversión en el renglón transporte de cerca del 67 por ciento y que, en la contabilidad de la empresa, existe una caída de entre el 35 al 45% de los ingresos por concepto de publicidad y esa sería la razón por la que la empresa Promedios solicitaba una disminución del precio del contrato tomando en cuenta que se habría producido una situación imprevista de las circunstancias que sirvieron de base para la formación del contrato. En primera instancia se produjo una acumulación de autos del juicio iniciado por EMTV en contra de Promedios por el incumplimiento contractual. El juez de primera instancia aceptó la demanda de Promedios y el de segunda, la de EMTV. La segunda instancia rechaza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* pues considera que no se habrían alcanzado los requisitos que doctrinariamente permiten el otorgamiento del remedio puesto que considera que la baja de la inversión publicitaria no puede considerarse de ningún

modo como imprevista y que pueda o hubiese podido provocar una desproporción exorbitante de las prestaciones entre las partes.

El magistrado ponente, Francisco Orduña Moreno, considera que en España se ha producido un cambio respecto de la consideración de dicha cláusula pues considera la concepción de la misma como “restrictiva” o “peligrosa” por estar basada en criterios subjetivos de equidad (además, dice, los criterios para su aplicación, como “alteración extraordinaria”, “desproporción exorbitante” o “circunstancias radicalmente imprevisibles”) han guiado a la Audiencia Provincial (el cuerpo judicial que conoce la apelación).

Para el ponente, se debe ir hacia una aplicación más normalizada:

Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato .

Orduña Moreno señala que esta tendencia se vio ya en otra sentencia donde se reconoce que la aguda crisis española:

...de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit – sic -, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil).

La intención del magistrado español es completamente distinta del proyecto de ley al que nos referíamos anteriormente. Para Orduña Moreno, la cláusula *rebus sic stantibus* no es una excepción al principio *pacta sunt servanda* (“conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada” dice la sentencia) sino más bien una confirmación de otras dos reglas que constituyen el fundamento del sistema jurídico español, el principio de buena fe y la conmutatividad del negocio jurídico.

En primera instancia nos referiremos a este último. A diferencia del proyecto de ley que promueve “la restauración de la reciprocidad de intereses del contrato”, esta sentencia lo que hace es sugerir la existencia de una suerte de conmutatividad de las prestaciones contractuales. En efecto, el tribunal supremo español señala: “De la primera regla se desprende que todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio.”. El tribunal español no señala una norma positiva en la que fundamente esta posición.

El tribunal se cuida en señalar que este “equilibrio básico” tiene un contenido diferente de la fijación de precios fuera de la dinámica de mercado y más bien hace hincapié en que dicho equilibrio se refiere a la alteración de la base negocial. Para el tribunal supremo español, la regla de la conmutatividad, se constituye en una regla de interpretación en base del artículo 1289 del código civil español. Como se ve, se incorporan tres figuras: el equilibrio negocial, la base negocial y reglas de interpretación.

De otro lado, el tribunal hace relación a la aplicación del principio de buena fe en la economía de los contratos. Según este principio (buena fe en la economía de los contratos) el acreedor no puede pedir más de lo pactado ni el deudor puede pretender entregar menos de lo acordado, por lo cual, para el tribunal español, de la aplicación de dicho principio, buena fe en la economía de los contratos, resultaría la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*:

...también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado...

La consecuencia de la aplicación de este principio no es incoherente con el sistema normativo codificado puesto que se podría, según el tribunal o bien adaptar el contrato o declararlo terminado. La consecuencia de la aplicación de estos principios es que la base negocial se vería alterada cuando:

a) La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.

b) La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

c) En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato<sup>981</sup>.

#### **II.V.5. Crítica de la solución.-**

En relación con el mecanismo de interpretación, entenderíamos que se aplica la cláusula del artículo 1289 del código español, siempre y cuando no sean aplicables otras disposiciones interpretativas. La operación que efectúa el tribunal al aplicar una cláusula interpretativa relacionada con la conmutatividad en los contratos onerosos, deja sin efecto la primera parte de dicho artículo 1289 que ordena que se aplicarán las reglas allí contenidas cuando fuere absolutamente imposible resolver las dudas a través de las reglas establecidas en los artículos precedentes. El artículo 1281 del código español señala que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.” El contrato en mención, como quedó señalado, no solo establece un precio fijo sino que determina de forma obligatoria que existirá un incremento anual del cinco por ciento sobre el precio del mismo. Como habíamos señalado anteriormente, la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* establece que en primer lugar se debe estar a la distribución del riesgo que las partes hayan acordado en el contrato. Un contrato de largo plazo con precio fijo, implica que la parte que acepta el precio fijo asume para sí el riesgo. En el caso de Promedios contra EMTV, es la accionante quien acepta un precio fijo en un contrato de largo plazo y en consecuencia, es dicha parte quien

---

<sup>981</sup> Una sentencia similar es la dictada por el Tribunal Supremo español el 15 de octubre de 2014, en el caso entre Accor Hoteles España S.A. y Residencial Ademuz S.L., citada por Luna Yerga ,Alvaro y Bardají, María Xiol, “Rebus Sic Stantibus, ¿un paso atrás?”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Abril 2015.

asume el riesgo puesto que caso contrario hubiese estado en potestad negociar de una cláusula de adaptación de precio. Pero EMTV se protege a sí misma de la variación de precios a través de dos mecanismos, la fijación de un precio fijo y el incremento de dicho precio fijo, en su favor, a lo largo del tiempo de duración del contrato con lo cual, es Promedios quien corre con el riesgo. De allí que la primera operación desde el punto de vista interpretativo, sería referirse a discernir si existe o no cláusula respecto de la distribución de riesgos por efectos del cambio de circunstancias. La cláusula de precio es expresa, el riesgo del contrato es de Promedios puesto que así determinaron las partes al suscribir el contrato y en consecuencia, a la luz del artículo 1281 del cuerpo sustantivo español, se debería estar a lo establecido por las partes en el contrato:

a) Existe una cláusula que distribuye riesgos por cambio de circunstancias: una de precio fijo que se adapta en beneficio del acreedor de forma obligatoria una vez al año en un cinco por ciento.

b) El deudor acepta que en caso de cambio de circunstancias acepta esa variación de precio.

c) Si se acepta que el deudor asume el riesgo para si en caso de no haber negociado una cláusula que distribuya el riesgo en caso de que la economía del contrato le afecte, se entendería que dicho deudor asume el riesgo puesto que la parte acreedora negoció de ese modo el contrato para protegerse de variaciones del precio que le afecten.

La actuación del tribunal español se deriva por otros argumentos. Considera el tribunal español que al no haber cláusula expresa que señale el acuerdo de las partes en caso de que las circunstancias cambien en perjuicio del deudor, este debe interpretar el contrato conforme el principio de conmutatividad. Nos referiremos a este aspecto más adelante. Señalemos por el momento que esta forma de actuar altera el canon que se observa a nivel doctrinario internacional donde se considera que el establecimiento de una cláusula de precio fijo sí distribuye riesgos en el sentido que el acreedor fija para su beneficio un precio a lo largo del contrato.

En el presente caso, no solo que se fija el mismo sino que las partes se obligan anualmente a incrementarlo en beneficio del acreedor con lo cual el deudor asume el riesgo.



De cualquier modo, regresemos al texto del artículo 1289 del código español que señala de forma expresa en su primera parte que “cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.” Si se aceptase el punto de vista del tribunal de que no existe cláusula de distribución de riesgo en el contrato de marras, deberíamos analizar si el precio del contrato es una circunstancia accidental del contrato. Si se acepta que es una circunstancia accidental del contrato entonces se podría realizar la operación interpretativa que efectúa el tribunal, es decir, la aplicación de la mayor reciprocidad de intereses. Parecería más bien que el precio del contrato es una circunstancia principal, esto es, se debería aplicar la segunda parte del artículo 1289, vale decir, “si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.” De la lectura del contrato se desprende cuál es la voluntad de las partes, esto es, que el contrato tiene un precio fijo que se adapta en beneficio del acreedor de forma obligatoria a una tasa del cinco por ciento anual.

De otro lado, respecto del monto requerido por la doctrina contemporánea para entender que el cambio de circunstancias ha sido fundamental, vemos que no se alcanza el monto requerido de cien por ciento, sino que, por expreso señalamiento de la parte afectada, dicha afectación apenas alcanza el 30 por ciento por lo que el cambio no tiene la entidad de fundamental. Como veremos el contrato se suscribe en mayo de 2006 con una adenda en 2007 con un plazo contractual hasta julio de 2010. Los años 2006, 2007, 2008 y 2010 fueron años de crecimiento en ese sector, verificándose la crisis en el 2009, donde hubo un decrecimiento de 25%.

Tampoco se presentan los hechos alegados como producto de un cambio imprevisible puesto que si bien la economía española mostró niveles de crecimiento importantes a partir de su incorporación a la Unión Europea a partir del retorno a la democracia, a largo plazo, la economía española más bien es una economía que se presentaba como altamente sensible a ciclos económicos de ajuste y crecimiento que se veía afectada por fenómenos económicos externos como el precio del petróleo, las crisis financieras europeas y/o norteamericanas. Es en el ámbito más concreto de la

publicidad, sin embargo, donde mayores dudas se presentan respecto de la imprevisibilidad.

En la Comunidad Valenciana, siguiendo la tendencia del mercado nacional, en el cómputo total anual de los años 2007 a 2009 se recoge una inversión en el sector del transporte que en la comparativa arroja una caída o descenso para el año 2009 de un 67,62%, situándose en una inversión de 1.457.973 euros.

Del texto de la sentencia no se desprenden datos respecto del sector de publicidad. Incluso en el sector de transporte, la reducción de la inversión es de apenas 30% con lo que, si ese fuera el baremo a seguir, tampoco tendría entidad de fundamental la reducción. En la sentencia, sin embargo, tampoco existen datos sobre el sector de publicidad en los medios de transporte público. De hecho existen estudios que señalan que la inversión total de publicidad en medios convencionales en España, en el 2012, por ejemplo, alcanza los 4.216 millones de euros; mientras que en medios no convencionales, dicha inversión supera los seis mil millones de euros en el mismo año, con decrecimientos de ocho por ciento anual, menos en el año 2010, cuando hubo más bien un crecimiento positivo a nivel nacional. De hecho, en algunos medios no convencionales, la inversión ha crecido sustancialmente conforme lo indica el mismo estudio. En el área específica de publicidad en transporte, en el 2009, año en el cual Promedios decide dejar de pagar (mayo de 2009), la inversión fue de 80 millones de euros mientras que en el 2010, la misma fue de 88 millones de euros, verificándose más bien un incremento de casi diez por ciento en la facturación total .

Esta es una muestra clara de que hablar de una conmutatividad de prestaciones de forma general, es peligrosa para el tráfico jurídico. No parecería razonable utilizar un criterio general de conmutatividad, no claramente autorizado por la legislación para sustituir la voluntad de los contratantes.

En la sentencia expedida por el Tribunal Supremo español, tampoco se verifica que se haya tomado en cuenta la voluntad de las partes ya que a pesar de que la empresa Promedios cedió el riesgo al aceptar un contrato fijo, modificable únicamente a una razón de 5% anual, es dicha empresa quien debía soportar el riesgo; de otro lado, hemos visto que la variación en el sector de publicidad en medios de transporte en España, entre el año 2009 y el 2010 más bien sufre un incremento de diez por ciento, por lo que el sector de publicidad no esta en crisis.

Por último, tampoco parecería plausible como argumento para aceptar el remedio el hecho de que la supuesta crisis haya provocado una excesiva onerosidad en la economía de ese contrato puesto que como se ve, la variación sufrida no pasó del 30%.

En definitiva, la sentencia violentaría el principio de autonomía de voluntad al no tomar en cuenta la transmisión del riesgo que las partes acordaron; concede el remedio en un caso de variación de la economía contractual que no tiene la entidad suficiente como para ser calificada de excesiva onerosidad sobrevenida y finalmente, existen otras empresas de transporte que no vieron perjudicada su gestión lo que posiblemente lleva a pensar que se trató de un caso de no pago imputable a la propia gestión y no a circunstancias externas.

Con posterioridad a esta sentencia, se han dictado otras que retoman el camino anterior, es decir, restricción en la aplicación del principio. El Tribunal Supremo expidió la sentencia STS, 1a, 11.12.2014, en la cual niega la aplicación del remedio en un contrato de compra venta de inmuebles por la crisis económica. La promotora alegaba no solo *rebus sic stantibus* sino fuerza mayor provocada por la crisis económica ya que según dicho Tribunal, las crisis económicas son fenómenos que ocurren en el círculo de actividades empresariales y que en consecuencia no pueden considerarse imprevisibles ni inevitables<sup>982</sup>.

Como se ve el camino recogido por el Tribunal Supremo español ha sido zigzagueante por lo que parecería que no hay aún una definición jurisprudencial al respecto y tal vez la intención del proyecto de ley antes explicado sea justamente sistematizar la aplicación del principio en la jurisprudencia española.

---

<sup>982</sup> Citada por Luna Yerga y Bardaji, *Ibíd*, 9



## Capítulo Tercero: La práctica internacional

On ne découvre pas de terre  
nouvelle sans consentir à perdre de vue,  
d'abord et longtemps, tout rivage.  
André Gide<sup>983</sup>

### I. Introducción

En el derecho internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* tiene su fundamento en la práctica comercial antes que en ordenamientos jurídicos; previo a entrar de lleno en el tema, algunas precisiones sobre el ámbito de estudio.

No es objetivo de este trabajo definir el concepto y alcance del denominado *soft law* al que podríamos conceptualizar brevemente como derecho no legislado; por la misma razón, tampoco discutiremos los distintos usos de *lex mercatoria* o del *novissimum ius gentium*<sup>984</sup>; de hecho, el concepto de *lex mercatoria* se podría entender como un conjunto de normas espontáneamente creadas por comerciantes involucrados en relaciones comerciales internacionales e independientes del orden legal nacional, cualquiera que este sea<sup>985</sup>; en general nos referiremos a cuerpos normativos que ejercen una cierta influencia en la voluntad de los operadores

---

<sup>983</sup> André Gide, Les faux-monnayeurs, disponible en [http://oudl.osmania.ac.in/bitstream/handle/OU DL/14807/220552\\_Les\\_Faux-Monnayeurs.pdf?sequence=2](http://oudl.osmania.ac.in/bitstream/handle/OU DL/14807/220552_Les_Faux-Monnayeurs.pdf?sequence=2), la cita le pertenece a Hujo, Philipp, *Force majeure et imprevision. Une analyse comparatise entre le droit francais, le droit anglais et le droit allemand*, Grin, libro electrónico.

<sup>984</sup> Chamie Gandur, por ejemplo, al momento de definir la *lex mercatoria* se refiere a dos conceptos, el primera de Gerard Malynes (*Consuetudo vel Lex Mercatoria or the Ancient Law-Merchant*, London, 1629, 3) en la que afirma que la *lex mercatoria* “es el derecho consuetudinario de los comerciantes, más antigua que cualquier ley escrita...construida sobre las bases de la razón y justicia”; también se refiere al concepto diseñado por Blasckstone (*Commentaries of the Laws of England*, vol. I, 15ª. Ed., 1809, 273) que indicaba : “No hay leyes municipales que puedan ser suficientes para regular la gran definición 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 mercantil o *lex mercatoria*.” Chamie Gandur indica que las fuentes modernas de la *lex mercatoria* fueron enunciadas por primera vez en los años cincuenta en la obra de Jessup denominada *Transnational Law* y en las discusiones de la *London Conference on the sources of International Trade*, cfr. Chamie Gandur, *Ibíd*, 337.

<sup>985</sup> Para una crítica al concepto de *lex mercatoria*, respecto de su origen y su existencia casi míticas como en las deficiencias que se podrían hallar en un concepto anclado en ese contexto. cfr. Brunner, *Ibíd*, 10.

jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter preferentemente dispositivo, en la conocida definición de Fernández Rojas<sup>986</sup>.

En consecuencia, serán materia de este análisis a) los desarrollos normativos elaborados por entidades dedicadas a estudios legales comparativos o especializados como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos o PECL por sus siglas en inglés, elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de Contratos, b) los realizados por agrupaciones de comerciantes interesados en fomentar el comercio como las cláusulas modelos de la Cámara de Comercio Internacional de París o ICC por sus siglas inglesas; los trabajos elaborados por organismos internacionales públicos como las regulaciones del instituto intergubernamental independiente conocido como *UNIDROIT*, por las siglas francesas del *Institut International pour L'Unification du Droit*, en adelante UNIDROIT o sus principios, en adelante, UPICC<sup>987</sup>; y, d) el trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) alguno de cuyos esfuerzos, ha sido ratificado por Estados que los han incorporado sus ordenamientos jurídicos internos como es el caso del Convenio de las Naciones Unidas para la Compra Venta Internacional de Mercaderías, CISG por sus siglas en inglés. Sin embargo, el hecho de que se prefiera el estudio de los trabajos de estas organizaciones, no deja de lado la práctica comercial internacional; el profesor norteamericano Allan Farnsworth, integrante del grupo de trabajo de UNIDROIT declaraba: “On some matters, such as hardship...we have adopted solutions not generally found in any domestic or international legal system but inspired instead by commercial practice.”<sup>988</sup>

## II. La cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho internacional

En el ámbito del derecho internacional público, el principio ha sido reconocido por el Convenio de Viena del Derecho de los Tratados que si bien reconoce como elementos fundamentales a la hora de regular las relaciones entre Estados el principio de santidad de los contratos (*pacta sunt servanda*) y el de buena

---

<sup>986</sup> Fernández Rojas, José Carlos, *Ius mercatorum, Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, *Ibíd*, 188.

<sup>987</sup> Por Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC).

<sup>988</sup> Citado por Brunner, *Ibíd*, 396.

fe, también admite la posibilidad de que el Estado se libere de sus obligaciones internacionales en tanto y cuanto exista un cambio fundamental de circunstancias.

En el artículo 61 se establecen los principios para el reconocimiento de la imposibilidad sobrevenida:

61. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento.

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

Con ello se acoge el principio de destrucción del objeto indispensable para el cumplimiento del tratado así como la excusión del remedio en caso de violación del tratado de parte de uno de los estados.

Respecto del cambio de circunstancias, el Convenio de Viena lo trata en el artículo 62:

62. Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y  
b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

a) si el tratado establece una frontera; o  
b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

Como se ve, la convención de Viena reconoce la existencia de este principio pero le concede un alcance excepcional pues, conforme lo señala Van Houtte, este principio se subordina al *pacta sunt servanda* y requiere que el cambio de circunstancias sea fundamental, que el mismo ponga en peligro la supervivencia del Estado<sup>989</sup> y que sea imprevisible<sup>990</sup>.

La Corte Internacional de Justicia de La Haya ha reconocido la existencia de la doctrina de cambio de circunstancias aunque ha limitado extraordinariamente el alcance de la misma al establecer requisitos sumamente exigentes para la aplicación de la misma ya que el Convenio de Viena de Derecho de los Tratados regula relaciones entre Estados o entidades paraestatales<sup>991</sup>. Sin embargo el análisis de esta institución supera los límites de este trabajo.

---

<sup>989</sup> En el caso *Fisheries Jurisdiction* resuelto por la Corte Internacional de Justicia, ésta resolvió que el cambio debe ser de tal magnitud que ponga en peligro la existencia misma del Estado. El caso está disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/56/10713.pdf>, consultada en octubre 2014, citado por Van Houtte, *Ibíd*, § 112.

<sup>990</sup> Van Houtte, *Ibíd*, § 112.

<sup>991</sup> Conforme lo señala el artículo 1 y el dos de dicho convenio: "1. Alcance de la presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados. 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular; b) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado; c) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado; d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado; e) se entiende por un "Estado negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado; f) se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado; g) se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado esta en vigor; h) se entiende por "Tercer Estado" un Estado que no es parte en el tratado; i) se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental. 2. Las disposiciones del párrafo I sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.



### III. El *hardship* en UNIDROIT

El *Institut International pour L'Unification du Droit*, más conocido como Unidroit, es una entidad que nació con la Sociedad de Naciones y que tras su disolución fue constituida en 1940 como un organismo multilateral que, en la actualidad, cuenta con 63 estados miembros. Los estudios que realiza contienen normas que no son obligatorias pero no existe obstáculo alguno para que estos principios se apliquen a cualquier tipo de contrato, de hecho, se solo se excluyen de la categoría de internacional, aquellos contratos en los que los elementos relevantes del mismo solo se conecten con un país, de modo que los UPICC rechazarían el establecimiento de “requisitos” que se exigen para que un contrato “cumpla” y ser considerado como internacional<sup>992</sup>; lo mismo ocurre con la categoría de comercial, puesto que los UPICC dejan de lado la división que efectúan algunos sistemas de derecho civil entre contratos comerciales y civiles ni entre comerciantes y no comerciantes<sup>993</sup>. El principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* es conocido en los UPICC como *hardship*.

Las normas que se refiere al *hardship* en los UPICC están contenidas en los artículos 6.2.1. a 6.2.3<sup>994</sup>.

---

<sup>992</sup> En efecto, el preámbulo de los UPICC señala: “The assumption, however, is that the concept of “international” contracts should be given the broadest possible interpretation, so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only.”

<sup>993</sup> En los comentarios oficiales a los UPICC se señala a este respecto: “The restriction to “commercial” contracts is in no way intended to take over the distinction traditionally made in some legal systems between “civil” and “commercial” parties and/or transactions, i.e. to make the application of the Principles dependant on whether the parties have forma status of “merchants (commercants, Kaufleute) and/or the transaction is commercial in nature. The idea is rather that of excluding from the scope of the Principles so-called “consumer transactions” which are within the various legal systems being increasingly subjected to special rules, mostly of a mandatory character, aimed at protecting the consumer, i.e. a party who enters into the contract otherwise than in the course of its trade or profession.”

<sup>994</sup> EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP) ARTÍCULO 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato) Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*). ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)) Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la

Los comentaristas consideran que el tratamiento que se da al *hardship* en los UPICC es único e innovador, especialmente, si se considera que las normas que lo regulan se ubican en el capítulo 6 de que lleva como título “Performance” que indica que el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* se refiere o tiene como contexto el cumplimiento total de los contratos y no una excusa para su incumplimiento. El texto de 6.2.1. dice: “Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*)”.

De hecho, como señala Keilhack<sup>995</sup>, UNIDROIT tomó el camino conceptual de una parte de la doctrina que considera que la *rebus sic stantibus* no se contradice ni opone al principio de santidad de los contratos o *pacta sunt servanda* sino más bien es una evolución del mismo, o como lo señalamos previamente, una diferenciación legal del principio *pacta sunt servanda*. Mekki, por ejemplo, señalaba que la modificación de un contrato en caso de *hardship* no puede ser considerada como una excepción a la fuerza obligatoria de los contratos sino como una técnica para ajustar dicho contrato en beneficio de su obligatoriedad<sup>996</sup>. Tal vez, por esa razón, UNIDROIT coloca al *hardship* en el capítulo de cumplimiento del contrato y a la *force majeure* en el capítulo de siete, es decir, en el de “incumplimiento”. La diferencia fundamental desde el punto de vista tradicional es que en el *hardship* el cumplimiento se hace excesivamente oneroso para la parte mientras que la fuerza mayor se presenta en los casos en que el cumplimiento se hace imposible, al menos temporalmente. Esa es la razón por la que el capítulo 6.2.1 en primer lugar establece el principio *pacta sunt servanda* e indica que la parte para quien el cumplimiento del

---

parte en desventaja. ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)) (1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

<sup>995</sup> Keilhack, Karsten, *The Hardship approach in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and its equivalent in German Law of Obligations. A comparison*, GRIN Verlag, 2003.

<sup>996</sup> Mekki, *Ibíd*, 2.

contrato se ha hecho más onerosa, de todos modos está obligada a cumplir el mismo y presenta al *rebus sic stantibus* como un contraprinipio:

But as comment No. 2 of Article 6.2.1 states, the principle of sanctity of contract is not however considered to be an absolute one. It is accompanied by the *counter principle* known as *rebus sic stantibus* which comes into action when supervening circumstances create an exceptional situation so as to destroy the basic assumption which the parties had made when they entered into the contract, in other words, when a *hardship* situation – as defined by Article 6.2.2.- occurs.”<sup>997</sup> (Énfasis añadido).

En los comentarios oficiales se insiste sobre este tema:

The purpose of this Article is to make it clear that as a consequence of the general principle of the binding character of the contract (see Article 1.3) performance must be rendered as long as it is possible and regardless of the burden it may impose on the performing party. In other words, even if a party experiences heavy losses instead of the expected profits or the performance has become meaningless for that party the terms of the contract must nevertheless be respected.<sup>998</sup> (Énfasis añadido).

Es importante señalar dos características de este comentario. En primer lugar, el comentario oficial indica de forma expresa y manifiesta que de la existencia del principio de fuerza obligatoria de los contratos se desprende que estos deben ser cumplidos mientras sea posible y sin tomar en cuenta, la carga que implique para una de las partes; y, en segundo lugar que los contratos deben ser cumplidos incluso si una de las partes sufre grandes pérdidas en la ejecución del contrato. De allí que el establecer una definición de *hardship* es útil por cuanto se presenta como una continuación del principio general de que los contratos deben ser cumplidos.

Unidroit, en el mencionado artículo 6.2.2 define de este modo al *hardship*:

ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” - *hardship* -) Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

---

<sup>997</sup> Keilhack, Ibíd, 2

<sup>998</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1059-article-6-2-1-contract-to-be-observed> consultada en octubre de 2014.

- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.<sup>999</sup>

Los comentarios oficiales indican que, dado que el cambio de circunstancias no afecta la obligación a cumplir, entonces el *hardship* solo puede ser invocado excepcionalmente cuando dicho cambio sea fundamental; para ello, las partes pueden adoptar una cláusula modelo, como las de la ICC, o redactar una que satisfaga sus intereses. Mckenrdick a este respecto señala que si no existe cláusula expresa de *hardship* las partes pueden recurrir a la 6.2 de los UPICC o en caso de que la cláusula adoptada por las partes no sea suficientemente clara ni contemple exhaustivamente los requisitos doctrinales suficientes.

### **III.I Elementos del *hardship***

En otras palabras, para aplicar la cláusula de *hardship* conforme ha sido contemplada en el artículo 6.2.2. de los UPICC, se debe<sup>1000</sup>:

- i) En primer lugar, recordar que el contrato debe ser cumplido en la forma en que las partes se obligaron; para ello es necesario indagar si las partes incorporaron o no una cláusula propia de distribución de riesgos (una cláusula de precio fijo o variable u otras similares) y si dicha cláusula contempla los requisitos señalados para la activación de la cláusula de *hardship*. Ello es importante porque solo en circunstancias excepcionales se debe aplicar dicha cláusula.
- ii) Demostrar que el *hardship* ha ocurrido.
- iii) Analizar los efectos del *hardship*.

Analizaremos brevemente cada uno de ellos.

---

<sup>999</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> consultado en octubre de 2014.

<sup>1000</sup> Mckendrick, *Ibíd*, 811.

### III.I.1. Cumplimiento obligatorio

La regla es que las partes deben cumplir el contrato y solo por excepción se concederá el remedio del *hardship*. Los comentarios oficiales presentan el siguiente ejemplo<sup>1001</sup>:

A, a forwarding agent, enters into a two-year shipping contract with B, a carrier. Under the contract B is bound to ship certain goods from country X to country Y at a fixed rate, on a monthly basis throughout the two-year period. Two years later, alleging a substantial increase in the price of fuel in the aftermath of a political crisis in the region, B requests a five per cent increase in the rate. B is not entitled to such an increase because B bears the risk of its performance becoming more onerous..

A partir de ese ejemplo, los comentarios oficiales señalan que la parte se halla obligada al cumplimiento mientras sea posible sin consideración a la carga que se imponga a la parte deudora, en consecuencia, concluyen los comentarios que “incluso si una parte experimenta fuertes pérdidas en lugar de las ganancias esperada o si el cumplimiento se ha perdido significancia para esa parte, los términos del contrato deben ser respetados.”. Mckenrick señala que esa es la forma en que los tribunales arbitrales han actuado. En el caso arbitral ICC 8486, dictado en Zurich<sup>1002</sup>, que surgió de un contrato de instalación de maquinaria para la producción de azúcar, la parte deudora alegó *hardship* debido a la caída inesperada de los precios en el mercado de azúcar. En ese caso, el tribunal señaló:

...the underlying principle in international trade is rather that the parties themselves assume the corresponding risks of performing and fulfilling the contract unless the risks are expressly otherwise distributed in the contract itself . . . Moreover, Art. 6.2.1 of the UNIDROIT Principles states specifically that the fact that performance of a contract entails greater economic difficulties for one of the parties is not sufficient justification for accepting a case of hardship. The ICC principles on force majeure and hardship also provide that a party cannot invoke hardship in performance simply because the contract turns out to be unprofitable for it ...<sup>1003</sup>

---

<sup>1001</sup> Este y los siguientes comentarios se hallan disponibles en <http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-dunidroit-2010-fr/430-chapitre-6-execution-section-2-hardship/1200-article-6-2-1-respect-du-contrat> consultado octubre 2014.

<sup>1002</sup> Disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=630&step=FullText> consultado en octubre de 2014.

<sup>1003</sup> Disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=630&step=FullText> consultada en octubre de 2014.

En consecuencia el tribunal rechazó el pedido de aplicación del remedio argumentando que el hecho de que el contrato haya dejado de ser rentable para una de las partes no era razón suficiente para concederlo.

En otro caso de la ICC, el no. 9479, relacionado con cambio de leyes, el tribunal arbitral consideró que la expedición de una normativa que flexibilizaba los términos de un acuerdo de licencia de marca de fábrica, no tenía impacto suficiente en la ejecución del contrato<sup>1004</sup>.

Un ejemplo de uso de las normas de UNIDROIT para sostener decisiones judiciales basadas en normas internas, lo tenemos en la decisión de 21 de febrero de 2012 dictada por la Corte Suprema de Colombia en la cual dos ciudadanos adujeron el remedio pero dicha corte rechazó su aplicación debido a que la crisis económica que asoló el país no tenía entidad suficiente como para liberar a las partes del cumplimiento del contrato de préstamo obtenido para comprar una casa<sup>1005</sup>.

### **III.1.2. Ocurrencia del *hardship***

El primer elemento de este artículo se refiere a un cambio fundamental que altere el equilibrio del contrato.

McKendrick recomienda analizar la fuente de dicho cambio. Está claro que eventos originados en la conducta del deudor no pueden tener la entidad suficiente como para liberarlo de la obligación. Por ello, considera que se deben tener en cuenta dos circunstancias adicionales: los cambios de sistemas de leyes y las obligaciones pendientes de cumplimiento.

Respecto de los cambios de ley, McKendrick hace referencia al caso 7365 de la ICC entre el gobierno de la República Islámica de Irán y la empresa *Cubic Defense Systems*, originado en un contrato para provisión de un sistema de entrenamiento militar que no fue posible llevarlo a cabo debido al estallido de revolución iraní y el consecuente cambio en el régimen legal y de seguridad<sup>1006</sup>.

---

<sup>1004</sup> Caso disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&ID=680> consultada en octubre 2014, citado por McKendrick, *Ibíd*, 813.

<sup>1005</sup> Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120221c7.html> consultada en enero 2015, citada por McKendrick, *Ibíd*.

<sup>1006</sup> Caso disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/556/366.html> consultado enero 2015.

El otro caso es que el *hardship* no puede afectar las obligaciones que ya hayan sido cumplidas. Es decir, una de las partes no puede invocar el remedio para pedir dinero extra por las obligaciones que ya hayan sido cumplidas. Así lo considera el comentario oficial número 4 que expresamente señala:

By its very nature hardship can only become of relevance with respect to performances still to be rendered: once a party has performed, it is no longer entitled to invoke a substantial increase in the costs of its performance or a substantial decrease in the value of the performance it receives as a consequence of a change in circumstances which occurs after such performance<sup>1007</sup>.

Una vez que se hayan tomado estos tres elementos, es decir, no imputabilidad del incumplimiento, la incidencia de cambio del régimen legal y que las obligaciones que se pretendan liberar no hayan sido ejecutadas, se debe analizar el significado de *fundamental*.

En los comentarios de los UPICC de 1994<sup>1008</sup>, UNIDROIT tomó la decisión de definir fundamental, como un cambio equivalente al 50% de la prestación pero muy pronto esa opinión fue criticada y en los comentario de los UPICC de 2004<sup>1009</sup>, se eliminó dicho porcentaje referencial. Se debe señalar que la definición de fundamental siempre dependerá de la circunstancias de cada caso por lo que se hace necesario definir el tipo de parámetro que se seguirá en cada uno de dichos casos. De allí que UNIDROIT, al señalar que se debe tomar como referencia un valor, un porcentaje, está implicando que el mismo debe responder a un valor objetivo, como lo veremos más adelante.

---

<sup>1007</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1058-article-6-2-2-definition-of-hardship> consultado en febrero 2015.

<sup>1008</sup> El texto del comentario de 1994 señalaba: Le principe général étant qu'un changement de circonstances ne porte pas atteinte à l'obligation de remplir ses obligations (voir l'article 6.2.1), il s'ensuit que le hardship ne peut être invoqué à moins que l'altération de l'équilibre des prestations ne soit fondamentale. Le fait de savoir si une altération est ou non "fondamentale" dans un cas déterminé dépendra bien entendu des circonstances. Si toutefois les obligations peuvent faire l'objet d'un calcul précis en termes monétaires, *une altération équivalant à 50% ou davantage du coût ou de la valeur de l'obligation équivaldra probablement à une altération "fondamentale"* (Énfasis añadido), disponible en <http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-d-unidroit-1994> consultada en octubre de 2014.

<sup>1009</sup> Le principe général étant qu'un changement de circonstances ne porte pas atteinte à l'obligation de remplir ses obligations (voir l'article 6.2.1), il s'ensuit que le hardship ne peut être invoqué à moins que l'altération de l'équilibre des prestations ne soit fondamentale. Le fait de savoir si une altération est ou non "fondamentale" dans un cas déterminé dépendra bien entendu des circonstances.", disponible en <http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-d-unidroit-2004> consultada en octubre de 2014.

De otro lado, cuando se habla de un cambio fundamental se refiere a dos hechos importantes; el primero, cuando el valor de la prestación a ser cumplida se haya incrementado de forma “fundamental”. UNIDROIT incorpora en sus comentarios dos ejemplos clásicos, el incremento del costo de la materia prima necesaria para la producción de los bienes o la prestación del servicio y la introducción de nuevas medidas de seguridad para la realización del proceso productivo. Estos son solo comentarios y no una tipología; ello implica que cada caso debe ser analizado de forma separada y dependiendo de las circunstancias y se señalan con ánimo ejemplificativo. El ejemplo clásico de este primer tipo son los denominados casos del Canal de Suez analizados anteriormente. En dichos casos se incrementó el costo de transporte de las mercaderías pero, si bien se aceptó en el primero de los casos presentados, posteriormente, la *House of Lords* cambió de criterio y dejó de lado esta causal como eximente de responsabilidad.

El otro caso de cambio fundamental, es cuando la prestación que recibe la otra parte ha disminuido, incluyendo cuando pierde completamente su valor. Esta disminución o pérdida de la prestación recibida puede deberse a cambios drásticos en las condiciones de mercado (por ejemplo el efecto de un dramático incremento en inflación o del precio contractualmente acordado)<sup>1010</sup> o la frustración del propósito para el cual la obligación fue requerida (por ejemplo, el efecto de la prohibición de construir en un solar adquirido con el propósito de construir o el efecto de un embargo de exportación de bienes adquiridos con el propósito de reexportarlos posteriormente.)<sup>1011</sup> .

Es interesante que en la edición de 2010, los UPICC no contengan la frase “excesivamente oneroso” contenidas en las versiones anteriores; para Mckendrick, dicha eliminación probablemente se deba a que en el “cambio fundamental” se entendería implícito que el mismo no debería provocar una carga excesivamente onerosa por lo que el análisis debería centrarse en el significado de “cambio fundamental”<sup>1012</sup>.

---

<sup>1010</sup> El comentario insiste en que se debe tratar de un valor objetivo y no un mero cambio en la opinión de la parte.

<sup>1011</sup> La frustración del propósito solo se verifica cuando dicho propósito era de conocimiento de ambas partes o debía serlo.

<sup>1012</sup> Mckendrick, *Ibíd*, 817.



Adicionalmente, respecto del hecho imprevisible que ocasione el desequilibrio, se deben hacer las siguientes consideraciones:

**Primero.**- El primero de estos elementos es el hecho de que dichos eventos que producen el cambio fundamental son conocidos después de la suscripción del contrato (“a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato”); en otras palabras, si la parte conocía dichos eventos o en razón de su posición debió conocerlos, la parte no puede alegar el remedio.

**Segundo.**- El segundo elemento es que la parte no haya tenido en cuenta los eventos: “(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato”. Este definitivamente, al igual que en la doctrina y jurisprudencia revisada hasta el momento, es tal vez el criterio más difícil de verificar. Conocido como *foreseeability*, este elemento contiene, no cabe duda un gran elemento de incerteza y en consecuencia, presenta elevado grado de dificultad a la hora de calificarlo. Keilhack señala lo siguiente:

The foreseeability test puts very little light on the parties ‘ability to control risks. In other words, all events are foreseeable in one way or another, because business people nowadays usually have access to sufficient information to make reasonable predictions<sup>1013</sup>. But on the other hand, they are in no position to discern all circumstances that might eventually become relevant and measure their influence on the contractual relationship respectively.<sup>1014</sup>

Para explicarlo, UNIDROIT utiliza la ilustración sobre la venta de crudo:

A agrees to supply B with crude oil from country X at a fixed price for the next five years, notwithstanding the acute political tensions in the region. Two years after the conclusion of the contract, a war erupts between contending factions in neighbouring countries. The war results in a world energy crisis and oil prices increase drastically. A is not entitled to invoke hardship because such a rise in the price of crude oil was not unforeseeable<sup>1015</sup>.

---

<sup>1013</sup> Al respecto nos referimos a la influencia de la técnica denominada *big data* en la apreciación de la posibilidad de resolver o conocer las circunstancias de un determinado evento, ver capítulo introductorio.

<sup>1014</sup> Keilhack, *Ibíd*, 3.

<sup>1015</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1058-article-6-2-2-definition-of-hardship> consultada en octubre de 2014.

En este ejemplo, en realidad, se resumen las posiciones judiciales y arbitrales en varios casos señalados en este trabajo donde se ajusta el tema de la previsibilidad en relación al comercio de petróleo y en general materias primas pues se considera que dicha actividad es altamente inestable; basta mirar la variación de los precios de petróleo en las últimas décadas y en consecuencia se estima que el mercado petrolero (y de materias primas) es especulativo; y en segundo lugar, que cuando las partes conocen de la inestabilidad política de ciertas regiones o países, es poco probable que se acepte el remedio alegando imprevisibilidad de los eventos. Lo mismo ocurriría con el caso de casos ambientales no posibles de ser previstos.

La otra ilustración que utiliza UNIDROIT es la siguiente:

In a sales contract between A and B the price is expressed in the currency of country X, a currency the value of which was already depreciating slowly against other major currencies before the conclusion of the contract. One month thereafter a political crisis in country X leads to a massive devaluation of its currency of the order of 80%. Unless the circumstances indicate otherwise, this constitutes a case of hardship, since such a dramatic acceleration of the loss of value of the currency of country X was not foreseeable<sup>1016</sup>.

Sin embargo, en esta ilustración vemos que los casos de pérdida de valor de la moneda (procesos de inflación en general o, por otro lado, la denominado *creepy inflation*) se deben evaluar conforme las situaciones individuales de cada caso. Si bien la ilustración de UNIDROIT es explicativa (y de ninguna manera normativa), vemos que en los hechos los tribunales arbitrales han rechazado este punto de vista especialmente si se trata de países con historial inflacionario o que hayan adoptado para sí el riesgo de la misma, como es el caso de *Himpurna California Energy V. PT (Persero) Perusahaan Litruik Negara* tratado más adelante.

**Tercero.-** (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja. Ello implica que se corresponde con un requisito general de prohibición de negligencia. De hecho, el tema de la imprevisibilidad recurre frecuentemente al hecho de que los contratantes hayan tenido la prudencia de establecer cláusulas que les permita distribuir riesgos por eventos sobrevenidos. En este caso se entiende que entran casos más allá del control de las partes como actos del gobierno o actos de Dios.

---

<sup>1016</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1058-article-6-2-2-definition-of-hardship> consultada en octubre de 2014.

Pero no aquellos casos de huelgas de los propios trabajadores de la empresa, en cuyo caso, la parte sigue siendo responsable por el acuerdo que llegue con sus trabajadores para evitar la huelga, no así cuando el servicio ha sido tercerizado y es un tercer empleador quien no ha podido llegar a dicho acuerdo.

**Cuarto.-** (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.- Este requisito es mucho más certero que el de *foreseeability*, puesto que en el caso de que exista una distribución de riesgo entre las partes, es preferible que las mismas apliquen esta norma y no aleguen la imprevisibilidad. Ahora bien, el problema surge cuando el riesgo no ha sido asumido por la parte de forma expresa sino que se deriva de la naturaleza de las especificaciones contractuales. El caso más citado en este caso es el de un productor de pepinos que se comprometió a entregarlos en un periodo de un año; el deudor alegó que su incumplimiento era inimputable debido a la ocurrencia del fenómeno de El Niño. Un tribunal arbitral mexicano desechó la defensa considerando que cuando se contrataba bienes genéricos, el vendedor asumía el riesgo de destrucción de la cosecha debido a tormentas o inundaciones<sup>1017</sup>.

Así, por ejemplo, en el mismo caso de *Himpurna*, se entendió que las partes habían acordado el pago en dólares justamente como previsión de que la economía Indonesia no era estable, al hacerlo en dólares, moneda no controlada por Indonesia, y al tratarse de un contrato de largo plazo de venta de energía eléctrica a la empresa pública de electricidad, que a su vez la vendía en rupias, estuvo claro para el tribunal arbitral que se trataba de un contrato en el cual Indonesia asumía el riesgo de la devaluación de su propia moneda. Lo mismo ocurre en los contratos a precio fijo, en los cuales se entiende que la parte que negoció el precio fijo en el largo plazo, se protegió de esa manera del riesgo de variación del precio del bien o servicio y quien aceptó esa cláusula asumió el riesgo<sup>1018</sup>.

Los comentarios de la UNIDROIT señalan de forma expresa el siguiente enunciado: “A party who enters into a speculative transaction is deemed to accept a certain degree of risk, even though it may not have been fully aware of that risk at

---

<sup>1017</sup> Disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> consultado en enero 2015, citado por Mckendrick, *Ibíd*, 818.

<sup>1018</sup> Como ocurrió en el caso norteamericano *Estearn Airlines v. Gulf Oil Corp* (1975), disponible en <http://h2o.law.harvard.edu/cases/2392> consultado octubre 2014.

<sup>1018</sup> En <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/654/704/260605/> consultado octubre 2014.

the time it entered into the contract”<sup>1019</sup>. La nota adicional es que en muchas legislaciones, como la norteamericana y la suiza, los contratos de largo plazo se entienden, por el hecho de ser de largo plazo, contratos claramente especulativos. Más allá de eso, UNIDROIT explica el tema de la asunción de riesgo con la siguiente ilustración:

A, an insurance company specialised in the insurance of shipping risks, requests an additional premium from those of its customers who have contracts which include the risks of war and civil insurrection, so as to meet the substantially greater risk to which it is exposed following upon the simultaneous outbreak of war and civil insurrection in three countries in the same region. A is not entitled to such an adaptation of the contract, since by the war and civil insurrection clauses insurance companies assume these risks even if three countries are affected at the same time<sup>1020</sup>.

### III.I.3. Efectos del *hardship*

El artículo 6.2.3 (1) establece que en los casos de *hardship* la parte que lo sufre puede pedir renegociaciones del contrato afectado. Para Keilhack el hecho de que exista un evento que provoque *hardship* no permite a la parte pedir la terminación o la adaptación del contrato sino más bien su renegociación<sup>1021</sup>, misma que debe llevarse de buena fe de conformidad con el artículo 1.7<sup>1022</sup> de los UPICC. En caso de que no sea posible llegar a un acuerdo de buena fe, la parte puede recurrir al juez<sup>1023</sup> y la corte puede terminar dicho contrato o adaptarlo<sup>1024</sup>.

Esta solución ha sido cuestionada debido a que el juez que conozca este caso tendría el derecho de modificar el contrato incluso por sobre el derecho de las partes;

---

<sup>1019</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1058-article-6-2-2-definition-of-hardship> consultada en octubre de 2014.

<sup>1020</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1058-article-6-2-2-definition-of-hardship> consultada en octubre de 2014.

<sup>1021</sup> UPICC Artículo 6.2.3.(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

<sup>1022</sup> UPICC Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

<sup>1023</sup> UPICC Artículo 6.2.3 (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

<sup>1024</sup> UPICC Artículo 6.2.3 (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

sin embargo, Kelihack señala que se ha considerado también que la autonomía de las partes no ha sido derogada por la sencilla razón de que las mismas tienen el derecho de renegociar los términos contractuales y además dicha renegociación debe ser hecha de buena fe. La misma autora indica, de otro lado que: “The contract may only be terminated if this is reasonable. Otherwise the court must adapt the contract whereby the adaptation is subject to three yardsticks: reasonableness, equitable distribution on unexpected losses and maintenance of the contractual equilibrium.”

Con lo que se vuelve a indicar, un tema recurrente en este trabajo, es decir, que el *hardship* es una figura concebida para distribuir pérdidas.

Esta renegociación debe ser ejecutada, del mismo modo, sin demora injustificada, lo cual se debe entender dentro del marco del contrato en general. En un contrato como el que inspiró la sentencia francesa *Craponne*, la solución final llegó casi cien años después de la primera renegociación. En consecuencia, se debe tomar en cuenta, el tiempo de duración del contrato. Lo propio ocurre con la obligación de la parte afectada de indicar de forma expresa, las bases sobre las que solicita dicha renegociación.

Un efecto adicional del inicio de las renegociaciones es que la parte no está autorizada a suspender el cumplimiento de la obligación, a menos que el evento sea de tal naturaleza que no le quede más alternativa. El comentario oficial propone esta ilustración:

4. A enters into a contract with B for the construction of a plant. The plant is to be built in country X, which adopts new safety regulations after the conclusion of the contract. The new regulations require additional apparatus and thereby fundamentally alter the equilibrium of the contract making A's performance substantially more onerous. A is entitled to request renegotiations and may withhold performance in view of the time it needs to implement the new safety regulations, but it may also withhold the delivery of the additional apparatus, for as long as the corresponding price adaptation is not agreed.

Como se ve la ilustración propuesta es similar al caso norteamericano *Alcoa* puesto que se trata de normativa impuesta por el gobierno que hace que la ejecución del contrato sea más onerosa. En dichos casos, la parte no está autorizada a suspender el contrato. Si no es posible llegar a un acuerdo o si no lo hacen en un periodo razonable, la parte afectada está autorizada para llevar al juez su caso.

## IV. La CISG

Nos referiremos en este acápite al Convenio de Compra Venta Internacional de Mercaderías, CISG por sus siglas en inglés y de mayor uso.

### IV.I. ¿La CISG incorpora la cláusula *rebus sic stantibus*?

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida mejor por sus siglas inglesas UNCITRAL antes que por las castellanas CNUDMI), es un “órgano jurídico” de las Naciones Unidas, que, conforme lo declara en su página web, tiene “composición universal” y está “...especializado en la reforma de la legislación a nivel mundial”; la UNICTRAL recopila información relacionada con la compra venta de mercaderías desde hace más de cuarenta años<sup>1025</sup>. En especial nos interesa la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compra Venta Internacional de Mercaderías a la que nos referiremos por sus siglas en inglés, CISG, que entró en vigencia en enero de 1988. Esta convención se expide con tres consideraciones expresas:

1.- Las resoluciones del sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional<sup>1026</sup>.

2.- El desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados; y,

3.- La contribución al comercio internacional que se desprenderá de la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos

---

<sup>1025</sup> Información adicional se puede encontrar en la página web de UNCITRAL. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html) consultada en febrero 2015.

<sup>1026</sup> Las resoluciones del Sexto Período (1974) se pueden encontrar en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/9559> consultada en febrero 2015. La principal resolución derivada de dicho sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas fue el establecimiento de un nuevo orden económico internacional y el plan de acción que se estableció con dicho objetivo.

jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional<sup>1027</sup>.

En ese contexto, al haber sido expedida por un organismo jurídico de las Naciones Unidas, la referencia al papel de los Estados es casi ineluctable, por ello, en el artículo 1, se lee el ámbito de aplicación que sigue haciendo referencia a la estructura jurídica denominada Estado<sup>1028</sup> pero cuya existencia parecería no incomodar la aplicación práctica de dicha Convención; este hecho se hace patente cuando en el numeral tres del artículo 1 se señala que no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato. Del mismo modo, siguiendo el objetivo de los Estados que colaboraron en la suscripción de dicha convención, en el artículo dos, se establecen excepciones a la aplicación de dicha convención respecto del ámbito de la misma como la venta al consumidor por estar regulada por una disciplina distinta, las judiciales, etc<sup>1029</sup>.

El tema de discusión contemporánea reside en si el artículo 79 de la CISG incluye la cláusula de *hardship*.

La discusión se centra en el contenido del artículo 79 de la Convención. Este artículo se encuentra en la sección IV, “Exoneración”, del capítulo V que lleva como título “Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador”; la sección IV tiene dos artículos<sup>1030</sup>:

Artículo 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

---

<sup>1027</sup> Considerandos de la CISG, disponibles en la página web de UNICTRAL.

<sup>1028</sup> 1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compra-venta de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante. 2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

<sup>1029</sup> “Art. 2.- La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) De mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso. b) En subastas. c) Judiciales. d) De valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero. e) De buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves. f) De electricidad”.

<sup>1030</sup> El artículo 80 señala: “Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella”.

cuenta 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) Sí el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicarían 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<sup>1031</sup>.

Para Dyonisios Flambouras, el artículo 79 podría hacer referencia a conceptos de derecho doméstico tales como *force majeure*, *impossibility of performance*, *commercial impracticability* y *frustration*<sup>1032</sup>. Es por ello que es necesario poner énfasis en el hecho de que siguiendo la sugerencia de Brunner, en el sentido de mostrar el balance entre el principio de santidad de los contratos y el conocido como *rebus sic stantibus*, es preciso, al menos mencionar que la CISG efectivamente reconoce el principio de santidad de los contratos en sus artículos 45, 46, y 62 a 65 y 74 a 77<sup>1033</sup>. En ese ambiente, el establecimiento de reglas mínimas para el caso de

---

<sup>1031</sup> Para una historia legislativa de la disposición, cfr. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/conference.html>

<sup>1032</sup> Flambouras, Dyonisios, "The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", en *Pace International Law Review* (Fall 2001), 261-293, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html> consultada en enero 2015.

<sup>1033</sup> Artículo 45.- 1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: a) Ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52. b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77. 2. El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho. 3. Cuando el comprador



---

ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia. Artículo 46. 1. El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. 2. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. 3. Si las mercaderías no fueron conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que no se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. Artículo 62. El vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. Artículo 63. 1. El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban. 2. El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento. Artículo 64. 1. El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: a) Si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) Si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado. 2. No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace: a) En caso de cumplimiento tardío por el comprador, antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se ha efectuado el cumplimiento; o b) En caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío por el comprador, dentro de un plazo razonable: i) Después de que el vendedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; o ii) Después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 63, o después de que el comprador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario. Artículo 65. 1. Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciera tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas. 2. El vendedor, si hiciera la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciera uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante. Artículo 74. La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato. Artículo 75. Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. Artículo 76. 1. Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el

incumplimiento ocasionado por impedimentos que alteren el equilibrio fundamental de los contratos, coloca a la CISG en el tercer acápite de la clasificación antes mencionada de Brunner. Este objetivo, es decir regular los efectos del cambio de circunstancias, provenía del artículo 74 de la *Uniform Law on the International Sale of Goods*<sup>1034</sup> (ULIS por sus siglas en inglés), antecedente de la actual CISG, en la cual se establecía que la parte no era responsable si al momento de cumplir la obligación ocurrían circunstancias que de conformidad con la intención de las partes al momento de suscribir el contrato, las partes no estaban obligadas a tomar en cuenta para evitar o superar<sup>1035</sup>. Esta norma fue ampliamente criticada puesto que se consideraba que permitía al deudor escapar de sus responsabilidades<sup>1036</sup> y consecuentemente fue sustituida por el actual artículo 79 de la CISG. La redacción actual de este artículo, según Flambouras, es un eco de los requerimientos franceses para aplicar la *force majeure*, es decir, incorporar solamente lo que se conoce como “circunstancias objetivas”<sup>1037</sup> que estén más allá de la esfera subjetiva<sup>1038</sup>.

---

momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución: 2. A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías. Artículo 77. La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

<sup>1034</sup> Para un estudio de esta norma, Honnold, John, “The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods”, American Society of Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 13, No. 3 (Summer, 1964), pp. 451-453.

<sup>1035</sup> El artículo 74 de la ULIS señalaba: 1. Where one of the parties has not performed one of his obligations, he shall not be liable for such non-performance if he can prove that it was due to circumstances which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to take into account or to avoid or to overcome; in the absence of any expression of the intention of the parties, regard shall be had to what reasonable persons in the same situation would have intended. 2. Where the circumstances which gave rise to the non-performance of the obligation constituted only a temporary impediment to performance, the party in default shall nevertheless be permanently relieved of his obligation if, by reason of the delay, performance would be so radically changed as to amount to the performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract. 3. The relief provided by this Article for one of the parties shall not exclude the avoidance of the contract under some other provision of the present Law or deprive the other party of any right which he has under the present Law to reduce the price, unless the circumstances which entitled the first party to relief were caused by the act of the other party or of some person for whose conduct he was responsible.

<sup>1036</sup> Flambouras, *Ibid*, 264. Respecto de la evolución conceptual de muchos de los sistemas legales partiendo de los conceptos de “intención de las partes” a criterios más objetivables, cfr. Treitel, *Ibid*, 256 y sigs.

<sup>1037</sup> Flambouras, *Ibid*.

#### IV.II La sentencia *Scafom* de la Corte de Casación belga.

Para un sector de la doctrina, la CISG no contendría norma sobre *hardship* puesto que el artículo 79 parecía referirse únicamente a la *force majeure*. Analizaremos brevemente esta polémica. Para ello nos remitiremos al análisis que hace Momberg Uribe<sup>1039</sup> quien analiza las posiciones doctrinarias respecto a si el artículo 79 de la CISG incluye o no la excepción del *hardship*, para lo cual estudia la sentencia del Tribunal de Amberes dictada en el caso *Scafom* en 2009<sup>1040</sup>; en este caso la Corte de Casación belga, abandona el criterio que había mantenido en un caso de 2005 entre la misma compañía Scafom (holandesa) contra Exma (francesa)<sup>1041</sup>.

En el caso de 2009, Scafom demanda a Lorraine la adaptación del precio de las tuberías de acero puesto que se había incrementado en un 70% antes de la entrega de los bienes y una vez suscrito el contrato. En primera instancia, el juzgado rechazó la aplicación del *hardship* puesto que el mismo no se encontraría incluido en el artículo 79 de la CISG; la Corte de Apelaciones revertió esta sentencia en el sentido de que se debía aplicar el derecho francés (por el contenido de la norma 7.2 de la CISG) y en consecuencia, en aplicación del principio de buena fe contenido en ese derecho, era obligación de la parte renegociar el contrato; finalmente se interpuso una acción de casación en la que se ratificó la sentencia del tribunal de apelaciones pero sobre una base distinta ya que si bien el artículo 79 CISG se refiere a la fuerza mayor, la cláusula de *hardship* no es ajena a esta figura y debía ser integrada de conformidad con el artículo 7.2 de la Convención<sup>1042</sup> que señala que en caso de que

---

<sup>1038</sup> Honnold, John, Uniform Law For International Sales, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>. Este artículo es citado por Flambouras, *Ibíd*, 264.

<sup>1039</sup> Momberg Uribe, Rodrigo, Compra venta internacional de mercaderías: el deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, Revista Chilena de Derecho Privado, No.18, pp. 95-119, julio 2012, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722012000100002&script=sci\\_arttext#17](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722012000100002&script=sci_arttext#17) consultada en enero 2015.

<sup>1040</sup> Disponible en *Scafom International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S*; N° C.07.0289.N, sentencia de fecha 19 de junio de 2009, Corte de Casación belga, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> consultada en enero 2015.

<sup>1041</sup> *Scafom International BV & Orion Metal BVBA v. Exma CPI SA*, de 2005, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050125b1.html> consultada en enero 2015.

<sup>1042</sup> El artículo 7 de la CISG señala: Artículo 7. 1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente

un tema no sea tratado por la misma se deberán recurrir a los principios generales de derecho que inspiran la misma y, a falta de ellos, al derecho aplicable de conformidad con las normas de derecho internacional privado. En el presente caso, los principios que inspiran la CISG son los principios generales del derecho que, conforme el artículo 7,2 de los UPICC ("Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme"); la Corte de Casación<sup>1043</sup> aplicó el deber de renegociar contenido en los Principios de UNIDROIT<sup>1044</sup>.

Este caso resuelto por la Corte de Casación belga es importante por dos aspectos<sup>1045</sup>: en primer lugar, dicha corte se pronuncia en el sentido de que el artículo 79 de la CISG se puede aplicar a casos de cambio de circunstancias en la economía del contrato y, en segundo lugar, la Corte se refiere a los principios de Unidroit a fin de concluir que en esos casos, existe una obligación de renegociar<sup>1046</sup>.

Sin embargo, como señala Momberg Uribe, el análisis debe tener en cuenta otras consideraciones. En primer lugar, como hemos visto el contenido de los principios generales de derecho no siempre es pacífico; como hemos visto a lo largo de este trabajo, las diferencias entre los sistemas de *common law* y los de derecho civil radica, respecto de este tema en que, por ejemplo, el sistema inglés no acepta la adaptación del contrato, mientras el norteamericano, si bien recoge dicha figura de la

---

Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

<sup>1043</sup> Otros tribunales inferiores belgas se habían pronunciado sobre este mecanismo y el mismo había sido rechazado en varias ocasiones, ver la resolución de la corte de apelaciones de Antwerpen de 15 de febrero de 2007, RDIP 2009, 41 o el caso resuelto por el tribunal comercial de Hasselt, disponible en [www.law.kuleuven.be/ipr/eng/cases/1995-05-02.html](http://www.law.kuleuven.be/ipr/eng/cases/1995-05-02.html) consultada en enero 2015..

<sup>1044</sup> Ver el reporte de Siegfried Eiselen en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> consultada en enero 2015: Article 7(2) states that questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law. Thus, to fill the gaps in a uniform manner adhesion should be sought with the general principles which govern the law of international trade. Under these principles, and incorporated inter alia in the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, the party who invokes changed circumstances that fundamentally disturb the contractual balance, as mentioned in paragraph 1, is also entitled to claim the renegotiation of the contract.

<sup>1045</sup> Dewez, Julie *et al.*, The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles, *European Review of Private Law*, 1- 2011 (101-154), Kluwer Law International BV.

<sup>1046</sup> La Corte de Casación Belga estimó la pertinencia de aplicación del artículo 79 de la CISG sobre la base de que el artículo 7 de la misma permite, en caso de falta de norma, la aplicación de principios generales de derecho, como los de Unidroit; dado que Unidroit reconoce como un mecanismo de cumplimiento de obligaciones, el *hardship*, dicha corte aceptó que se aplique esa institución al contrato de la referencia. El caso se halla disponible en <http://www.juricaf.org/arret/BELGIQUE-COURDECASSATION-20090619-C070289N> consultado en octubre de 2014.

adaptación en el Comentario 6 a la sección 2-615 del U.C.C., la misma como tal ha sido aplicada en una sola ocasión y, sobretodo, con el repudio de la doctrina (caso Alcoa) mientras que en el *civil law*, el sistema italiano, por ejemplo, sí reconoce la adaptación del contrato; de otro lado, en los países de Europa del Este, raramente se permitía la liberación del obligado puesto que ello ponía en peligro la planificación centralizada<sup>1047</sup>; en consecuencia, el concepto mismo de principio general del derecho, si bien sirve para reconocer a lo lejos figuras jurídicas que son semejantes, cuando se trata de una aproximación más detallada encontramos importantes diferencias, siendo justamente esa, una de las razones por la que existen los esfuerzos de codificación de dichos principios.

Otros autores, como Lindström<sup>1048</sup>, consideran que es necesario para el comercio internacional establecer excepciones para el rigor excesivo de la cláusula *pacta sunt servanda* y partiendo de la definición de *hardship* contenida en los Principios de Unidroit<sup>1049</sup>, considera la incorporación de dicha cláusula en el artículo 79 CISG.

La CISG, como instrumento internacional jurídico que regula la compra venta de mercaderías, tiene como objeto establecer el principio fundamental de que los contratos deben ser cumplidos. En su normativa, el único artículo que trata sobre el cambio de circunstancias es el artículo 79; en consecuencia, todos los casos de cambio de circunstancias deben ser tratados a la luz de las reglas del artículo 79 puesto que no se establecen límites a los casos de cambio de circunstancias que no deben ser tratados bajo esas reglas y como no se establecen límites entre los casos de *impossibility* y los de cumplimiento del contrato, como regla general, entonces es claro que todos los casos de cambios de circunstancias que no correspondan al

---

<sup>1047</sup> Tallon, Denis, "Article 79", en Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987) 572-595. Reproduced with permission of Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html> consultado en febrero de 2015.

<sup>1048</sup> Lindström, Niklas, "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law* (2006/1), disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html> consultado en febrero de 2015.

<sup>1049</sup> Article 6.2.2: "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."

criterio de imposibilidad deben ser tratados bajo estas reglas<sup>1050</sup> porque caso contrario, la alternativa sería que en casos de *hardship*, el deudor sea plenamente responsable a pesar de que existan cambio de circunstancias, situación explícitamente tratada por el art. 79 CISG.

La Corte de Amberes en 2009 se pronunció en el sentido de que se debe interpretar la CISG partiendo del principio general de interpretación del artículo 7(2) que establece que los casos no tratados en la convención serán tratados de conformidad con los principios generales del derecho que inspiran la misma y, en caso de su falta, por las normas de derecho aplicables conforme los principios y reglas de derecho internacional privado<sup>1051</sup>.

Si bien durante los primeros años de vigencia de la CISG la tendencia era rechazar la interpretación que permitía entender como un impedimento al *hardship*, la resolución de la Corte belga abrió un debate que podría llevar a pensar que la concepción de impedimento en el art. 79 CISG y el concebido en los UPICC se fundamenta en una cuestión de grado. Las diferencias entre los impedimentos físicos, a los que parecería referirse el art. 79 CISG de los impedimentos económicos, de los que se derivan situaciones de *hardship*, puede ser vista desde varios puntos de vista. Desde un punto de vista práctico, es difícil distinguir un impedimento físico de uno económico, puesto que los impedimentos físicos tienen consecuencias económicas y se expresan en dinero; en segundo lugar, un impedimento físico solo excusa al obligado si no puede ser superado a un costo adicional, razonable<sup>1052</sup> por lo que un impedimento económico puede resultar de un impedimento físico que puede ser superado solo con un costo adicional que es excesivamente irrazonable en comparación con el interés de la otra parte en recibir los bienes y/o servicios de que se trate el contrato<sup>1053</sup>.

Para los estudiosos de este tema hay consenso en afirmar que la probable causa de esta polémica se base en el cambio de terminología entre la ULIS y la CISG. Como vimos anteriormente, la ULIS establecía que el deudor se beneficiaría de la excusa si había un cambio de circunstancias, en cambio la CISG estableció que

---

<sup>1050</sup> Este es el criterio inicial de Lindstörn, *Ibíd*, IV.1.

<sup>1051</sup> Disponible en Scafom International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S; N° C.07.0289.N, sentencia de fecha 19 de junio de 2009, Corte de Casación belga, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> consultada última vez marzo 2015.

<sup>1052</sup> Brunner, *Ibíd*, 215.

<sup>1053</sup> Brunner, *Ibíd*.

habría lugar a la excusa si había un impedimento<sup>1054</sup>. La razón para realizar el cambio fue la propuesta realizada por la delegación noruega, que expresamente fue rechazada; la delegación noruega hizo dos propuestas, la primera de ellas es la siguiente:

Where the impediment is temporary, the exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. Nevertheless, the party who fails to perform is permanently exempted to the extent that, after the impediment is removed, the circumstances are so radically changed that it would be manifestly unreasonable to hold him liable.<sup>1055</sup>

La delegación británica apoyó esta propuesta añadiendo que el tema de la duración del impedimento podría ser uno de los temas dejados para la legislación nacional mientras que, la delegación sueca, señaló que no era posible que la norma cubriera todos los aspectos relacionados. Como señalamos la propuesta fue rechazada. La segunda propuesta noruega consistía en eliminar la palabra “solo” en la norma del artículo que permitía la excusa solo durante el tiempo de duración del impedimento. Muchos delegados vieron en esta propuesta un intento por introducir en el CISG la institución de la *imprevisión* mientras que la delegación argentina, siguiendo el camino de lo que posteriormente sería la solución de UNIDROIT, consideró que el cambio de circunstancias no debería tener como resultado la excusa sino la renegociación del contrato<sup>1056</sup>.

El rechazo a las propuestas noruegas, es visto como una negativa de los delegados a incorporar en el artículo 79 CISG la figura del *hardship*, por lo que es necesario recurrir a otras herramientas de interpretación, sobre una de ellas, sin embargo, Tallon la considera inútil. El referirse a los *travaux préparatoires* de la convención poco o nada ayudaría:

One might be inclined to look into the *travaux préparatoires* of ULIS and of the present Convention to discover the meaning of Article 79. This search is, however, unproductive. Surely, it appears that exemption has become more widely recognized over the years (as the inclusion of force majeure clauses in international commercial

---

<sup>1054</sup> Tanto Lindstöröm como Brunner traen esta noticia.

<sup>1055</sup> Lindstöröm, *Ibid*, IV, 2.2.

<sup>1056</sup> Lindstöröm, *Ibid*.

contracts demonstrates). This represents a significant evolution from the restrictive approach of the initial Draft of 1935.<sup>1057</sup>

Como se ve, los intentos por redactar una convención con alcance y efectos internacionales, deben ser leídos a la luz de una manifiesta expresión de que existen esas dificultades. En los comentarios de la Secretaría General de la UNCITRAL se señalan esas deficiencias que pueden ser enfrentadas con su manifestación<sup>1058</sup>.

De otro lado, el Consejo Consultivo de la CISG emitió la Opinión número 7<sup>1059</sup> en la cual, señaló de forma expresa que: “A change of circumstances that could not reasonably be expected to have been taken into account, rendering performance excessively onerous (“hardship”), may qualify as an “impediment” under Article 79(1).”<sup>1060</sup>

Anteriormente, la autoridad de Van Houtte se había pronunciado en contra de esta afirmación pues, de forma expresa, señaló que debido a la naturaleza del principio *pacta sunt servanda* no era posible aplicar el *hardship* a los contratos de compra venta internacional de mercaderías:

---

<sup>1057</sup> Tallon, *Ibid*, I, 1,5.

<sup>1058</sup> Secretariat Commentary, Guide to CISG Article 79, disponible en <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644> consultada febrero 2015. En estos comentarios, por ejemplo, se hace hincapié en la diferencia entre las tradiciones jurídicas referidas a impedimentos, igual que en el caso de Tallon, pero se insiste en la necesidad de analizar el impedimento desde un punto de vista mas realista antes que teórico.

<sup>1059</sup> “OPINION 7. Article 79 exempts a party from liability for damages when that party has failed to perform any of its obligations, including the seller's obligation to deliver conforming goods. 2.1 If the non-performance or defective performance results from a third person's failure to perform, Article 79 sets forth different requirements for establishing an exemption, depending on the nature of the engagement of the third person with the contracting party. 2.2 Article 79(1) remains the controlling provision even if a contracting party has engaged a third person to perform the contract in whole or in part. (a) In general, the seller is not exempted under Article 79(1) when those within its sphere of risk fail to perform; for example, the seller's own staff or personnel and those engaged to provide the seller with raw materials or semi-manufactured goods. The same principle applies to the buyer in relation to the buyer's own staff or personnel and those engaged to perform the obligations of the buyer under the contract. (b) In exceptional circumstances, a contracting party may be exempted under Article 79(1) for the acts or omissions of a third person when the contracting party was not able to choose or control the third person. 2.3 Article 79(2) applies when a contracting party engages an independent third person to perform the contract in whole or in part. In such a case, the contracting party claiming an exemption must establish that the requirements set forth in Article 79(1) are satisfied both in its own regard and in regard to that third person. 3.1 A change of circumstances that could not reasonably be expected to have been taken into account, rendering performance excessively onerous (“hardship”), may qualify as an “impediment” under Article 79(1). The language of Article 79 does not expressly equate the term “impediment” with an event that makes performance absolutely impossible. Therefore, a party that finds itself in a situation of hardship may invoke hardship as an exemption from liability under Article 79. 3.2 In a situation of hardship under Article 79, the court or arbitral tribunal may provide further relief consistent with the CISG and the general principles on which it is based. El texto de la opinión está disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, que fue consultada por última vez en octubre de 2014.

<sup>1060</sup> Opinión Consultiva No. 7, num. 3,1.



The sanctity of contract is, understandably, a paramount feature of the law of contract. *Pacta sunt servanda*: the contract has to be respected. As a matter of principle, parties must adhere to the terms of their contract. This explains, for instance, why economic hardship does not affect international sales under the Vienna Convention on International Sales<sup>1061</sup>.

Sin embargo, el Consejo Consultivo concluyó su informe señalando que\_

Therefore, a party that finds itself in a situation of hardship may invoke hardship as an exemption from liability under Article 79. 3.2 In a situation of hardship under Article 79, the court or arbitral tribunal may provide further relief consistent with the CISG and the general principles on which it is based.

Con esta perspectiva, podemos señalar que la doctrina considera que la polémica no se halla superada en el sentido de que las normas contenidas en el artículo 79 CISG se aplican o no al *hardship* bajo ciertos condicionamientos.

## V. Los Principios de Derecho Contractual Europeo

Los Principios de Derecho Contractual Europeo, *Principles of European Contract Law* o PECL<sup>1062</sup>, fueron desarrollados por un grupo independiente de académicos europeos bajo el liderazgo del Prof. Ole Lando que empezaron sus trabajos en 1982. El grupo posteriormente se disolvió y en la actualidad ha sido sustituido por el *Study Group of European Civil Code* dirigido por el Prof. Christian Von Bar. El Prof. Lando se preguntaba<sup>1063</sup> en 1992, sobre la dificultad de celebrar contratos en países con tradiciones contractuales similares pero distintas en importantes puntos de derecho. Para Lando, al proceso de unificación política debía seguir necesariamente uno legal; este proceso había ocurrido en Francia entre 1804 y 1807, en 1866 en Italia y en 1990 en Alemania. Lo mismo ocurría, según el Prof. Lando en los Estados Unidos a partir de 1951, donde las necesidades de armonización eran menos acuciantes que en Europa donde no solo hay una distancia en materia de lenguaje sino de sistemas legales; en contraste en los Estados Unidos si bien el comercio interestatal es mayor que entre los países europeos, allí el sistema

---

<sup>1061</sup> Van Houtte, Hans, Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, disponible en <http://www.trans-lex.org/117300>, consultada en octubre de 2014.

<sup>1062</sup> Los principios se pueden encontrar en <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> consultada en enero 2015.

<sup>1063</sup> Lando, Ole, "Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, No. 3 (Summer, 1992), pp. 573-585.

legal es único (con la notable excepción de Louisiana), mientras que en Europa coexistían el *common law* y el *civil law*: en 1992 existían nueve lenguas y trece sistemas legales distintos en Europa a tal punto que un viajero europeo podía decir entonces (y probablemente hoy)<sup>1064</sup>, las mismas palabras de Voltaire, se cambia de leyes tan pronto como se cambia de caballos<sup>1065</sup>.

La historia del establecimiento de los PECL rebasa los límites de este trabajo, sin embargo cabe mencionar que los mismos se expidieron luego de algunas negociaciones que empezaron con la adopción de las CISG y que inspiraron a que en 1980 un grupo de abogados europeos formara la Comisión Europea de Derecho de los Contratos. En 1976 la Comisión Europea realizó esfuerzos para que se adopten reglas comunes respecto de agentes comerciales con base en la *Handelsvertreter* alemana pero dichas normas recibieron el rechazo de la facción británica. Posteriormente, en 1987 se expidieron una serie de reglas cuyo objetivo era el establecimiento de un mercado común en 1992. Como señala Lando, el objetivo de los PECL es servir de base para el establecimiento de un Código Europeo de Contratos pero ese es un objetivo a largo plazo, si se quiere, ya que el objetivo declarado actual de los PECL es servir como fuente de interpretación de las normas armonizadas existentes previamente<sup>1066</sup> y funcionan de ese modo en dos niveles, servir de fuente de información a legislaturas que pretendan reformar la ley y para que los árbitros las apliquen en sus tareas cotidianas, especialmente en contratos que no se rigen a un sistema legal determinado ya que los PECL son vistos como un mecanismo para “descubrir” o exponer los “principios generales del derecho”<sup>1067</sup>.

El artículo 6:111 señala lo siguiente:

Artículo 6:111 (ex ante 2.117): Cambio de circunstancias

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

---

<sup>1064</sup> La situación se complica en 2014 con la incorporación de nuevas repúblicas o estados al flujo comercial internacional.

<sup>1065</sup> Citado por Lando, *Ibíd*, 575.

<sup>1066</sup> Lando, *Ibíd*, 577.

<sup>1067</sup> Para Lando los PECL son comparables en cierto modo a los *Restatement* norteamericanos, sin embargo, no lo son desde el punto de vista que aquellos son normas legales que se aplican estados con similar herencia legal mientras que los PECL tienen como objetivo descubrir los principios que inspiran sistemas legales diversos.

dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

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

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

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

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

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

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

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura<sup>1068</sup>.

Como se desprende de la lectura de estas normas, el cambio de circunstancias es fuente de liberación de la obligación contractual en caso de que las mismas afecten la economía del contrato siempre y cuando, se cumplan ciertos requisitos que, en el caso de los PECL coinciden, en líneas generales con los UPICC de 2015 por lo que no nos detendremos mayormente en este capítulo. Sí cabe mencionar que el contenido de la cláusula es en cierta forma, resultado de la acumulación del conocimiento jurídico contemporáneo puesto que agrupa las características básicas del instituto<sup>1069</sup>.

---

<sup>1068</sup> Disponible en español en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> consultada en diciembre 2015.

<sup>1069</sup> Lando, Ole et., Beale Hugh, ed., Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies, Dordrecht, Martinus Nihoff Publishers, 112.

## VI. Las cláusulas de *hardship* en la ICC<sup>1070</sup>.

La Cámara de Comercio Internacional de París (*ICC* por sus siglas en inglés, *International Chamber of Commerce*), es un organismo privado que se encarga de fortalecer el comercio a nivel mundial mediante la adopción de figuras legales como el arbitraje, los INCOTERMS, etc. En el caso de las cláusulas de *hardship*, la ICC ha diseñado cláusulas que, como se indica en la página web de dicha entidad, operan en el corazón mismo del contrato y reflejan las mejores prácticas internacionales de comercio.

Las cláusulas de *hardship* de la ICC, como la de 1985<sup>1071</sup>, han influido en el desarrollo de otros cuerpos normativos como es el caso de los principios de

---

<sup>1070</sup> La cláusula señala lo siguiente: ICC HARDSHIP 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. (c) 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 other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.

<sup>1071</sup> La cláusula de 1985 señalaba: 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: 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. The request shall indicate the grounds on which it is based. 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. The request for revision does not of itself suspend performance of the contract. The Provision may then be continued with any one of the following four alternatives. *First alternative*. If the parties fail to agree on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request, the contract remains in force in accordance with its original terms. *Second alternative*. Failing an agreement of the Parties on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request either Party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations in Order to obtain the appointment of a third Person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third Person shall give his opinion to the Parties as to whether the conditions for revision provided in Paragraph 1 are satisfied. If so, he shall recommend an equitable revision of the contract which ensures that neither Party suffers excessive prejudice. The opinion and recommendation of the third Person shall not be binding on the Parties. The Parties will consider the third's Person opinion and recommendation in good faith in accordance with Article 11 (2) of the said rules for the regulation of contractual relations. If the Parties then fail to agree on the revision of the contract, the contract remains in force in accordance with its original terms. *Third alternative*. If the Parties fail to agree on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request, either Party may bring the issue of revision before the arbitral forum, if any, provided for in the contract, or otherwise the competent Courts. *Fourth alternative*. Failing an agreement of the Parties on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request either Party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of

UNIDROIT y a su vez han recibido la influencia de otras normas; la cláusula de *hardship* de la ICC 2003, a su vez, recibió la influencia del artículo 6.2.2 UPICC y del 6:111 de los PECL<sup>1072</sup>.

Otra polémica respecto del *hardship* es la posibilidad de identificarlo o no con la *force majeure*. Para muchos académicos, esta probable confusión nacería del hecho que los comentarios oficiales de los UPICC se han desarrollado de tal forma que el deudor puede elegir entre apelar a la *force majeure* cuando pretenda liberarse completamente de la obligación o al *hardship* cuando su objetivo sea renegociar el contrato<sup>1073</sup>. En efecto, para McKendrick, si bien el propósito del *hardship* es lograr el cumplimiento del contrato mediante la adaptación de los términos contractuales mientras que la *force majeure* tiende a relacionarse con el no cumplimiento del contrato para lo cual provee a la parte que no ha cumplido de un blindaje en contra de daños y, si es apropiado al presentar algunas provisiones sobre la suspensión del contrato<sup>1074</sup>, los UPICC no presentan una jerarquía adecuada entre ambas posiciones, por lo que en esencia, la parte que busque mantener vivo el contrato puede alegar la sección 6.2, mientras que la que busque protegerse de una potencial demanda de daños, debería buscar cobijo bajo la sección 7.1.7 que contiene las normas que regulan *force majeure*.

---

Contractual Relations in Order to obtain the appointment of a third Person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third Person shall decide on the Parties' behalf whether the conditions for revision provided in Paragraph 1 are satisfied. If so he shall revise the contract on an equitable basis in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice. The decision of the third person shall be binding on the parties and shall be deemed to be incorporated in the contract.

<sup>1072</sup> Brunner, *Ibíd*, 397.

<sup>1073</sup> Los comentarios oficiales de UNIDROIT señalan: 7. Court measures in case of hardship According to paragraph (4) of this Article a court which finds that a hardship situation exists may react in a number of different ways. *A first possibility is for it to terminate the contract.* However, since termination in this case does not depend on non-performance by one of the parties, its effects on the performances already rendered might be different from those provided for by the rules governing termination in general (see Articles 7.3.1. et seq.). Accordingly, paragraph (4)(a) provides that termination shall take place “at a date and on terms to be fixed” by the court. *Another possibility would be for a court to adapt the contract* with a view to restoring its equilibrium (paragraph (4)(b)). In so doing the court will seek to make a fair distribution of the losses between the parties. This may or may not, depending on the nature of the hardship, involve a price adaptation. However, if it does, the adaptation will not necessarily reflect in full the loss entailed by the change in circumstances, since the court will, for instance, have to consider the extent to which one of the parties has taken a risk and the extent to which the party entitled to receive a performance may still benefit from that performance. Paragraph (4) of this Article expressly states that the court may terminate or adapt the contract only when this is reasonable. The circumstances may even be such that neither termination nor adaptation is appropriate and in consequence *the only reasonable solution will be for the court either to direct the parties to resume negotiations* with a view to reaching agreement on the adaptation of the contract, or to confirm the terms of the contract as they stand.

<sup>1074</sup> McKendrick, *Ibíd*, 810.

Otros comentaristas no comparten plenamente esta posición. Pichonnaz, por ejemplo, reconoce que eventos sobrevenidos en el sentido del artículo 6.2.2 UPICC pueden constituir también fuerza mayor, distingue los efectos de ambas instituciones. Mientras el *hardship* hace referencia al derecho de solicitar el cumplimiento de la obligación, la *force majeure* solo trata con la responsabilidad por daños<sup>1075</sup>. En consecuencia, si ocurren dichos eventos, el deudor puede solicitar al mismo tiempo o una modificación de su contrato (art. 6.2.2) y hasta que dicha modificación sea concedida, puede solicitar una protección contra una demanda de daños (art. 7.1.7).

Como se ve, la controversia hace relación a los efectos de cada una de estas instituciones pero no respecto de las causas. De hecho, tanto los comentarios oficiales de los UPICC así como los académicos antes referidos, concuerdan en que las mismas causas que pueden dar origen a la aplicación del remedio de *hardship* son similares a los de *force majeure*. Lo mismo ocurre con la discusión de la naturaleza del impedimento surgida a raíz de la expedición de la sentencia de la Corte belga.

## VII. La Excesiva onerosidad

La forma en que los tribunales internacionales han implementado un baremo para determinar si el cumplimiento de la obligación se ha vuelto excesivo es muy diversificada; pero en todos los sistemas es de fundamental importancia, debido a que allí radica la esencia del remedio y de su distinción frente a su pariente cercano, la *force majeure*. Como señala Brunner<sup>1076</sup> y lo hicieron en su momento los juristas romanos, se debe diferenciar la mera dificultad en el cumplimiento de la obligación de la excesiva onerosidad puesto que mientras la primera, es decir la mera dificultad forma parte de las expectativas ordinarias de las partes cuando suscriben un contrato, la segunda, es decir la excesiva onerosidad, por otro lado, permite la aplicación de dicho remedio. Por ello, la diferenciación entre lo meramente oneroso y lo excesivamente oneroso se realiza en base a un umbral que permita cualificar dicha diferencia. El Consejo Consultivo de la CISG emitió la Opinión número 7 en la cual,

---

<sup>1075</sup> Pinchonnaz, Pascal, Commentaries on Article 7.1.7, en Vogenauer, Stefan, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2d. Ed., New York, Oxford University Press, 2015, 871.

<sup>1076</sup> Brunner, *Ibíd*, 426.

entre otros asuntos señala<sup>1077</sup> que es necesario establecer un límite dentro del cual se pueda apreciar el límite del sacrificio de la parte al momento de invocar este remedio. La necesidad de establecer este principio responde no solo a cuestiones prácticas sino, a más generales como el respeto a la predictibilidad de la norma legal y la plausibilidad de las decisiones de cortes y tribunales arbitrales<sup>1078</sup> y en consecuencia se trata de un tema de interpretación contractual de la distribución de riesgos que las partes hayan acordado en sus contratos. En caso de que ello no sea suficiente, los diversos cuerpos normativos de DUCI han adoptado diversas soluciones, como lo veremos inmediatamente.

Los comentarios oficiales de UNIDROIT, por ejemplo, indican que para que se considere que existe una variación excesivamente onerosa de la obligación contractual, el precio debe haberse alterado al menos en un 50% o más<sup>1079</sup>. Esa es la razón por la que en un caso arbitral entre un comprador de acero de Egipto y un

---

<sup>1077</sup> El texto de esa opinión es el siguiente: “OPINION 1. Article 79 exempts a party from liability for damages when that party has failed to perform any of its obligations, including the seller's obligation to deliver conforming goods. 2.1 If the non-performance or defective performance results from a third person's failure to perform, Article 79 sets forth different requirements for establishing an exemption, depending on the nature of the engagement of the third person with the contracting party. 2.2 Article 79(1) remains the controlling provision even if a contracting party has engaged a third person to perform the contract in whole or in part. (a) In general, the seller is not exempted under Article 79(1) when those within its sphere of risk fail to perform; for example, the seller's own staff or personnel and those engaged to provide the seller with raw materials or semi-manufactured goods. The same principle applies to the buyer in relation to the buyer's own staff or personnel and those engaged to perform the obligations of the buyer under the contract. (b) In exceptional circumstances, a contracting party may be exempted under Article 79(1) for the acts or omissions of a third person when the contracting party was not able to choose or control the third person. 2.3 Article 79(2) applies when a contracting party engages an independent third person to perform the contract in whole or in part. In such a case, the contracting party claiming an exemption must establish that the requirements set forth in Article 79(1) are satisfied both in its own regard and in regard to that third person. 3.1 A change of circumstances that could not reasonably be expected to have been taken into account, rendering performance excessively onerous (“hardship”), may qualify as an “impediment” under Article 79(1). The language of Article 79 does not expressly equate the term “impediment” with an event that makes performance absolutely impossible. Therefore, a party that finds itself in a situation of hardship may invoke hardship as an exemption from liability under Article 79. 3.2 In a situation of hardship under Article 79, the court or arbitral tribunal may provide further relief consistent with the CISG and the general principles on which it is based. El texto de la opinión está disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html> , que fue consultada por última vez en octubre de 2014.

<sup>1078</sup> Brunner, *Ibíd*, 427.

<sup>1079</sup> El comentario señalaba: “2. Fundamental alteration of equilibrium of the contract.- Since the general principle is that a change in circumstances does not affect the obligation to perform (see Art. 6.2.1), it follows that hardship may not be invoked unless the alteration of the equilibrium of the contract is fundamental. Whether an alteration is “fundamental” in a given case will of course depend upon the circumstances. If, however, the performances are capable of precise measurement in monetary terms, an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a “fundamental” alteration”, disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994> , consultado en octubre 2014. Es el Comentario No. 2 del Art. 6.2.2 UPICC de 1994, citado por Brunner, *Ibíd*.

vendedor de Yugoslavia, en el cual, el precio se había incrementado en un 13,16%, el tribunal falló en contra del vendedor por cuanto el incremento no alcanzaba la entidad de fundamental y en consecuencia, no se aceptó la excusa<sup>1080</sup>. El tribunal percibió los hechos de este modo:

The facts were a quantity of goods (80,000 tons of steel bars) purchased on 20 August 1987, with buyer granted an option to purchase an additional 80,000 tons at the same price -- provided he exercised this option prior to 15 December 1987. Buyer did so. Seller refused to honor the option. On 26 January 1986, Buyer made a cover purchase. The cover price was \$26.50 (13.16%) higher per ton, less a \$2.50 per ton freight saving buyer effected (a difference of \$24.00 per ton).

En consecuencia, la conclusión del mismo tribunal fue la siguiente:

The tribunal took notice of:

The fact that "[t]he world market prices of products, such as steel, fluctuate, as is known from experience. At the time, when the contract was concluded, steel prices had begun to go up slightly -- a trend that continued between the conclusion of the contract and the exercise of the option, and became even more pronounced towards the end of 1988"; and

The view that "[it] must assess the issue, at which the amount of damage contract performance is still, or no longer reasonable [i.e., where "such damage . . . exceed[s] a reasonable entrepreneurial risk"], if one of the parties possibly suffers a damage when performing contractual obligations without change of contract."<sup>1081</sup>

En un contexto más complejo, puesto que involucraba conflicto de leyes entre la norma italiana y las CISG, un juez italiano resolvió que no cabía otorgar el remedio cuando el incremento no superaba el 47% del precio original:

The [seller] based its claim on the ground that, between February 3, 1988 (the date on which the contract was formed) and April (the delivery date, according to [seller's] argument) the international market price of iron chrome advanced 43.71%, rising from Lire 1,496 per Kg/chrome (equal to US\$ 0.545 per lb./chrome as estimated in the contract) to Lire 2,150. These facts, even though documented, do not justify the legal conclusions that the alleging party seeks to establish.<sup>1082</sup>

---

<sup>1080</sup> ICC Case No. 6281 de 26 de agosto de 1989, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/896281i1.html> consultada en octubre 2014, citado por Brunner, *ibídem*.

<sup>1081</sup> ICC Case No. 6281, *Ibíd*.

<sup>1082</sup> Se trata del caso *Nuova Fucinati v. Fondmetall International* de enero de 1993, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html> consultado en octubre de 2014.



Sin embargo, como vimos en los capítulos nacionales, esta aseveración del comentario de los UPICC no se compadece con la situación general, algunos comentaristas de la CISG indican que dicha alteración fundamental debe ser superior al cien por ciento; como se señaló anteriormente, los UPICC fueron duramente criticados por haber incorporado un umbral del 50% por lo que en la versión de 2004 el mismo fue eliminado.<sup>1083</sup>

El punto de vista fundamental que requiere atención en cuanto al cálculo del umbral hace relación a la posición de las partes contratantes; como señala Treitel al comentar el caso norteamericano<sup>1084</sup>, lo que una de las partes pierde no puede ser de ninguna manera equivalente a lo que la otra gana, puesto que la parte que tiene que cumplir su obligación puede eventualmente ver comprometida la totalidad de su patrimonio mientras que la que recibe la misma, solo limitaría su pérdida al porcentaje que le toca recibir, de allí que la tesis respecto de que la pérdida de las partes debe ser concebida como una situación “espejo”, en la cual la pérdida de uno no puede aprovechar la del otro, de forma excesiva. Es por eso que la regla general puede ser entendida de este modo: “el vendedor o la parte cuyo costo de cumplimiento se haya incrementado sustancialmente no debe soportar un riesgo que exceda el del comprador, es decir la pérdida del valor del contrato.”<sup>1085</sup> En

---

<sup>1083</sup> McKendrick, *Ibíd*, 811.

<sup>1084</sup> Treitel se refiere a la polémica surgida en ciertas legislaciones de los Estados Unidos de América que sugerían que el remedio debe estar disponible tanto para el comprador como para el vendedor, en base a un principio de igualdad. Treitel critica esta posición por cuanto no pueden estar en la misma posición quien debe cumplir la obligación, el vendedor, que puede arriesgar la totalidad de su patrimonio mientras que el comprador por lo usual limita su pérdida a la variación en el precio de lo que compra y que ya pagó, como se señala en el capítulo norteamericano en cuanto a los comentarios del U.C.C.

<sup>1085</sup> Que es la regla deducida por Treitel. El caso *Northern Illinois Gas Co. v Energy Co-operative Inc.*, 122 Ill. App.3d 940 (1984), 461 N.E.2d 1049, (disponible en [http://leagle.com/decision/19841062122IllApp3d940\\_1929.xml/NORTH.%20ILL.%20GAS%20CO.%20v.%20ENERGY%20COOP.,%20INC.](http://leagle.com/decision/19841062122IllApp3d940_1929.xml/NORTH.%20ILL.%20GAS%20CO.%20v.%20ENERGY%20COOP.,%20INC.), consultada en octubre de 2014), surge de un contrato de 1973 cuyo objeto era la provisión a Northern Illinois Gas Co. de nafta para la producción de gas natural durante los siguientes diez años o hasta completar el volumen de 56 millones de barriles. Entre 1979 y 1980 la demanda de gas natural se desploma mientras que los precios de incrementan, en ese contrato en especial, debido a una cláusula flexible de precios que, en situaciones de *reverse energy crisis*, sirve para proteger al vendedor de variaciones en los precios de mercado. El comprador pide autorización a la entidad competente norteamericana para incrementar los precios pero la misma se los niega, demanda entonces la liberación del contrato y la corte analiza si el comprador tiene o puede tener a su alcance el remedio de la *impracticability* o la *frustration of purpose*, ya que, como vemos en el capítulo norteamericano, el U.C.C. establece este remedio pero solo ara el vendedor; la corte concluye que el propósito del comprador no se halla frustrado debido a que el comprador pueden aún vender el gas natural para cuya producción requiere la nafta que se volvió más costosa y en consecuencia, debido a la orden gubernamental lo que no podían hacer es elevar el precio del gas natural producido. Además, la circunstancia de que el precio podía incrementarse era fácilmente

consecuencia, para Brunner, tanto en los sistemas de *civil law* como de *common law* y entre los comentaristas de las reglas de la CISG, siempre que se trate de una situación estándar, es decir una situación donde las partes no hayan asumido parcial o totalmente el riesgo, una variación que esté en la región de 80 a 100 por ciento de decremento en el valor de la prestación recibida (excluyendo el margen de ganancia) y de 100 a 125 por ciento de incremento correspondiente en la prestación debida (incluyendo el margen de ganancia) puede ser visto como un punto de partida para el test de *hardship*<sup>1086</sup>. Para sustentar esta tesis, Brunner se remite a la opinión número 7 del Consejo Consultivo de la CISG que en su comentario 33 señaló:

33. Resorting to the type of scenarios designed in the comments accompanying UNIDROIT Principles Article 6.2.2, one may envision a situation where a buyer "A", domiciled in State X, concludes a contract of sale with a seller "B", domiciled in State Y. Payment is agreed to be made in State Z within three months, upon delivery of the goods, in the currency of State Z. Let us imagine that within a month of the conclusion of the contract a totally unpredictable political and economic crisis, which the parties could not have reasonably taken into account, leads to a massive devaluation of 80% of Z's currency. As a result of this totally unanticipated and massive devaluation of the currency, the sale turns out extremely burdensome for the buyer "A" and a gross windfall for the seller "B"<sup>1087</sup>

De allí que, desde el punto de vista de Brunner, la parte agraviada podría acudir al remedio solo en caso de que el cambio o alteración fundamental supere el 100%. Así ocurrió en el caso alemán conocido como *Iron molybdenum case*, en el cual la Corte de Apelaciones de Hamburgo, en un litigio surgido a raíz de la celebración de un contrato para la compra CIF de hierro molibdeno de origen chino en el que a pesar de haberse otorgado un plazo adicional, la obligación no pudo ser cumplida, por lo que la otra parte, una compañía inglesa, tuvo que comprar el hierro,

---

previsible ya que el propio comprador conocía que el precio del gas natural se estaba desplomando a pesar de lo cual aceptó los términos en un contrato de largo plazo. De otro lado, una de las cláusulas a las que el comprador se había sometido es la muy usual en el negocio del gas de *take or pay* que implica que el comprador debe pagar, sea que retire o no el producto de las instalaciones del vendedor sin tomar en cuenta las necesidades del comprador. Finalmente, la demandante no probó que hubieran podido operar solo a pérdida si seguían atados al contrato de nafta o que de continuar el contrato les hubiera provocado grave injusticia por lo que concluyó que los compradores estaba obligados solo por una cláusula de daños establecida en el mismo contrato. Cfr. Treitel, *Ibíd*, 268, 6-015.

<sup>1086</sup> Brunner, *Ibíd*, 432.

<sup>1087</sup> CISG Advisory Council Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, consultada en octubre 2014.

de un tercero. Ante tales circunstancias, demandaron los ingleses a los alemanes la entrega del exceso que tuvieron que pagar al tercero. La corte aceptó la demanda y condenó a los alemanes a pagar el exceso y rechazó la excepción planteada de fuerza mayor y la de excesiva onerosidad, debido a que era obligación de la empresa alemana conseguir en el mercado el producto vendido, sin importar el incremento excesivo en el costo de dicho producto en el mercado internacional<sup>1088</sup>. La regla en este caso, es que es responsabilidad del vendedor conseguir los bienes genéricos que se haya comprometido a entregar puesto que, el mismo corre con la obligación de procurarlos aunque el hacerlo se haya convertido en mucho más oneroso.

Para explicar lo que ocurre con el margen de ganancia de los vendedores y compradores, debemos recurrir al siguiente cuadro<sup>1089</sup>:

Variables	Disminución en el valor recibido por la otra parte		Incremento en el costo de cumplimiento	
	A	B	A	B
Precio del contrato/Valor objetivo	100	100	100	100
Costo esperado de cumplimiento			80	80
Margen de ganancia			20 (20%)	20 (20%)
Valor objetivo después de la ocurrencia del evento superviniente	0 (disminución de 100)	20 (disminución de 80)		
Incremento total del costo de cumplimiento después de la ocurrencia del evento superviniente			Incremento de 100 180	Incremento de 80 160
<b>Alteración</b>	-100%	-80%	125%	100%
Pérdida en valores absolutos	-100	-80	-100	-80

Esto se explica del siguiente modo. Si se toma en cuenta el margen de ganancia, es decir, si se considera que el costo de cumplimiento no corresponde al precio del contrato, entonces, una disminución del 100 por ciento en el valor recibido

<sup>1088</sup> Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html> consultada en octubre de 2014.

<sup>1089</sup> Brunner, *Ibíd*, 434.

de la otra parte no se corresponde con un incremento del 100 por ciento en el costo de cumplimiento; como existe un margen de ganancia, el precio del contrato no es lo mismo que el costo de cumplimiento. De allí que si se asume un margen del 20%, una disminución de 80 o 100 corresponde a un incremento de entre 100 a 125%. En estas circunstancias, la regla que se puede deducir es que el incremento del costo debe calcularse tomando en cuenta el costo esperado con el costo objetivo esperado después de la ocurrencia del hecho superviniente y en consecuencia, el vendedor es quien debe cargar con el riesgo de diferencia entre los costos esperados y los costos objetivos ocurridos una vez que haya sucedido el evento<sup>1090</sup>, por lo que se debe recurrir a una valoración objetiva para excluir el margen de ganancia del vendedor o proveedor. Brunner indica que esta es la posición asumida por el Tribunal Federal Suizo pero no es compartida por el BGH alemán, quien considera que el hecho de que el vendedor haya incrementado el margen de ganancia implica o puede implicar del mismo modo una elevación del riesgo al momento de realizar el negocio; de modo que, se deduce que cualquier incremento del costo atribuible al proveedor, que haya sido ocasionado por sus propios actos o que se encuentre dentro de su esfera de control deberá ser deducido. El caso paradigmático es el siguiente:

Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de suministro de energía, el costo del proveedor puede incrementarse porque, debido a un incremento en la demanda de electricidad, se debe construir una costosa nueva planta o importar costosa electricidad adicional para cumplir el contrato con el comprador. Se debe determinar entonces, en qué medida el incremento de demanda es atribuible a la esfera en control del proveedor (por ejemplo, si el proveedor voluntariamente incrementa sus clientes), del comprador (si las necesidades del comprador se incrementan en una medida mucho mayor a la esperada) o de ninguno de ellos (si por un acto de autoridad pública, el proveedor debe proveer energía a nuevos clientes).<sup>1091</sup>

### **VIII. El principio *favor debitoris***

Como vimos en el caso explicado por Aristóteles, la echazón se debe sobre todo a la necesidad de salvar los bienes y la consecuencia de distribuir los costos de dichas pérdidas entre todos con el afán de que no sea solo uno de los perjudicados

---

<sup>1090</sup> Brunner, *Ibíd.*

<sup>1091</sup> En traducción libre del texto de Brunner, *Ibíd.*, 434.

quien tenga que soportar toda la carga del riesgo. En este sentido, dentro de los principios generales del derecho, la razón para la aplicación de la fórmula del cien por ciento o similar en el DUCI, descrita inmediatamente antes, se debe a que es un principio fundamental, el evitar la ruina del deudor siempre y cuando no se lo favorezca indebidamente. En casos en que el cambio fundamental sea cercano al cien por ciento y que el mismo pueda provocar la ruina del deudor, se han planteado algunos escenarios.

Uno de ellos es cuando, siendo una compañía relativamente pequeña, el volumen del cambio es de tal magnitud pueda afectar el volumen de sus ingresos o ganancias o, por otro lado, cuando una misma compañía se ha involucrado en varios contratos con diferentes partes y que hayan sido afectados por una causa superviniente; como vimos en el caso norteamericano, la parte que puede arriesgar su situación financiera, solo puede alegar esta situación en caso que se demuestre que la misma no será indebidamente favorecida.

### **IX. Contratos de largo plazo: el mecanismo de los Dispute Boards**

El caso Craponne, que en el derecho francés es un hito en el desarrollo de la doctrina respecto de la cláusula *rebus sic stantibus*, puede darnos pistas respecto de la importancia del transcurso del tiempo y la forma en que este afecta al curso normal de un contrato de larga duración.

Respecto de este tipo de contratos hemos podido ver como el derecho ha ido encontrando diversas alternativas de solución. Sin embargo, cabe señalar que la forma predominante de resolver los conflictos derivados de cambio de circunstancias imprevistas que producen alteración del equilibrio contractual y la consiguiente excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación, es un mecanismo claramente adversarial y post conflicto. Ello quiere decir que, las partes usualmente recurren a los jueces o árbitros, una vez que el conflicto ha estallado con el fin de obtener de dichos jueces o árbitros que se reconozca el derecho que las partes tienen a exigir el cumplimiento, a una indemnización o a ser liberadas del contrato.

Sin embargo, en la práctica comercial contemporánea encontramos otros mecanismos cuyo objetivo es lidiar con los eventos no previstos por las partes sin recurrir a jueces o árbitros y de manera previa a que ocurra el conflicto. Nos

referimos en particular a los denominados *Dispute Board* que son mecanismos de prevención de conflictos que contemplan mecanismos para solucionar los desequilibrios producidos por eventos no previstos. El mecanismo más común para evitar conflictos relacionados con eventos no previstos, como lo prueban la experiencia francesa (cláusulas ICC) e inglesa<sup>1092</sup> (cláusulas relativas a la *frustration of purpose*), es el contractual que distribuye de forma anticipada las pérdidas relativas a la ocurrencia de eventos no previstos. Dichos mecanismos, sin embargo, siguen siendo mecanismos posteriores a la aparición del evento y devienen fácilmente en mecanismos adversariales. Nos referiremos aquí a mecanismos no adversariales (o que no nacen necesariamente como adversariales) y previos a la ocurrencia de conflictos derivados de eventos no previstos.

En especial nos referimos a los proyectos de largo plazo. La industria de la construcción, por ejemplo, es un sector de la economía fuertemente amenazado por una serie de imprevistos que hacen que las obras, por lo general sean vistas como demoradas, costosas y poco sujetas a previsión. Lord Donaldson, uno de los más importantes jueces británicos señaló en 1986:

It may be that as a judge I have a distorted view of some aspects of life, but I cannot imagine a civil engineering contract particularly one of any size, which does not give rise to some disputes. This is not to the discredit of either party of the contract. It is simply the nature of the beast. What is to their discredit is that they fail to resolve those disputes as quickly and sensibly as possible.<sup>1093</sup>

En la industria de la construcción, sin duda, uno de los problemas principales es la aparición de circunstancias que las partes, incluso aquellas con mayores conocimientos y experiencia no pueden cumplir. Algunos ejemplos señalados por Chern pueden ser útiles, como el aeropuerto internacional de Hong Kong que requirió la construcción de una isla artificial en las costas de la ex colonia británica, valorado en 15 billones de dólares, tuvo seis disputas que subieron hasta el Dispute Board y solamente una de ellas se remitió a un tribunal arbitral que ratificó lo

---

<sup>1092</sup> Aunque Inglaterra promulgó en 1996 una ley que permite a las partes de un contrato de construcción entregar la solución de controversias a un “adjudicator”, una de cuyas formas es precisamente el Dispute Board. La ley es la Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 y se halla disponible en [http://www.adjudication.co.uk/legislation/england\\_wales/view/70/housing\\_grants\\_construction\\_and\\_regeneration\\_act\\_1996](http://www.adjudication.co.uk/legislation/england_wales/view/70/housing_grants_construction_and_regeneration_act_1996), consultada en octubre 2014.

<sup>1093</sup> Citado en Chern, Cyril, *On Dispute Boards*, Oxford, Wiley Blackwell, 2011.

resuelto en el Dispute Board. Algo similar ocurrió en la construcción de la presa Ertan Hydroelectric en China, proyecto de cerca de dos billones de dólares donde surgieron 40 disputas y ninguna fue elevada a un tribunal arbitral, o el de la construcción de la presa Katse en Sudáfrica, proyecto de 2,5 billones de dólares donde surgieron doce disputas y solo una fue elevada a un tribunal arbitral que ratificó la decisión del Dispute Board<sup>1094</sup>. En la actualidad la ampliación del Canal de Panamá incluyó en sus disposiciones contractuales un Dispute Board.

El Dispute Board es un mecanismo de prevención de controversias específico al lugar donde se desarrolla la obra, lo que significa que, a diferencia de los tribunales arbitrales o de los jueces que conocen la obra a través de informes de peritos, los miembros de un Dispute Board conocen el lugar específico de la obra; de otro lado, esos miembros de los Dispute Board, son elegidos por las partes y se espera de ellos independencia e imparcialidad (para lo cual suscriben un contrato muy específico); pero la diferencia fundamental de los Dispute Board con otros mecanismos de solución de controversias, es que dichos miembros son elegidos antes de que cualquier disputa aparezca o que ocurra cualquier tipo de evento que pueda conducir a una disputa. Fundamentalmente existen dos mecanismos para que los integrantes del Dispute Board puedan interactuar con las partes, en primer lugar, los miembros del Dispute Board realizan visitas periódicas a la obra, es decir, una trimestral, semestral o lo que las partes hayan decidido y, en segundo lugar, las partes pueden someter a los miembros del Dispute Board una controversia que haya surgido entre ellas de modo que se resuelva la misma, casi en tiempo real.

Las ventajas de los Dispute Board para resolver problemas durante la ejecución de un proyecto son variadas. Chern, por ejemplo, señala que en Australia el 50% de todos los costos legales asociados con la construcción se relacionan con disputas. En cerca del 10 por ciento de proyectos de construcción de largo plazo, entre el 8 y el 10% del costo total del proyecto es costo legal. Los costos totales a nivel global, sin embargo, esconden varias consecuencias: daño a la reputación y a las relaciones comerciales, pérdida de costos por hora hombre de personal ejecutivo u obreros, pérdidas de oportunidades, etc. Finalmente, la tendencia reciente de

---

<sup>1094</sup> Las primeras obras que utilizaron el mecanismo de Dispute Board son: la presa Boudary en 1960 y la presa Eisenhower de 1975 en los Estados Unidos de América y la presa El Cajón en Honduras en 1976.

desarrollar actividades de construcción a través de *joint venture* o alianzas público privadas, siendo que estas entidades menos autónomas provoca mayores incidencias en costos legales en contratos de largo plazo<sup>1095</sup>.

Un aspecto importante es que debido a su eficiencia, tanto el Banco Mundial como varios bancos de desarrollo, asiáticos, africanos y americanos, utilizan cada vez con mayor frecuencia este mecanismo al punto que han resuelto otorgar créditos de desarrollo solo cuando se cuente con un mecanismo de dispute board para resolver controversias. En 1990, el Banco Mundial incorporó en su *Procurement Works* una versión modificada de los contratos FIDIC; posteriores versiones de dichos contratos fueron adoptadas por el Banco Mundial en 2000, 2005 y 2011. En este contrato se establecen las condiciones generales de desarrollo de la obra y el mecanismo para resolver disputas acerca de cualquier tipo de incidente que ocurra durante el desarrollo de la misma.

Nos interesa destacar sobre todo dos cláusulas relativas al tema que tratamos en esta sede. La primera de ellas es 4.12 del contrato de la FIDIC antes referido. En dicha cláusula se señala lo siguiente:

4.12.- Condiciones físicas imprevisibles.- En esta sub cláusula, “condiciones físicas” se refiere a condiciones físicas naturales y artificiales, así como a otras obstrucciones y contaminantes físicos que el Contratista encuentre en el lugar de las obras durante la ejecución de las mismas, incluidas condiciones subterráneas e hidrológicas pero no climáticas.

Si el Contratista se enfrenta con condiciones físicas adversas que considere imprevisibles, notificará de ello al Ingeniero tan pronto como sea posible.

En esta notificación se describirán las condiciones físicas de manera que el Ingeniero pueda inspeccionarlas y se expondrán las razones por las que el Contratista las considera condiciones imprevisibles. El Contratista seguirá con la ejecución de las Obras adoptando las medidas que sean adecuadas y razonables para las condiciones físicas y cumplirá las instrucciones que pueda darle el Ingeniero. Si alguna orden constituye una Variación, se aplicará la Cláusula 13 (Variaciones y Ajustes).

Si habiendo encontrado condiciones físicas que sean imprevisibles, el Contratista hace la notificación al respecto y sufre demoras o incurre en Costos a raíz de las condiciones mencionadas, el Contratista tendrá derecho a la notificación indicada en la Subcláusula 20.1 (Reclamaciones del Contratista), a:

---

<sup>1095</sup> Chern, *Ibíd*, 6 y siguientes.



Una prórroga del plazo por el término de la demora, si se ha retrasado o se retrasará a terminación de las Obras, de conformidad con la Subcláusula 8,4 (Prórroga del Plazo de Terminación), y

El pago de dichos Costos, que se incluirán en el Precio del Contrato.

Tras recibir la notificación y examinar o investigar las condiciones físicas, el Ingeniero procederá de conformidad con la Subcláusula 3,5 (Decisiones) con el fin de acordar o resolver i) si y (si procede) en qué medida esas condiciones físicas eran Imprevisibles, y ii) si los asuntos que se describen en los incisos a) y b) supra guardan relación con esa medida.

De otro lado, en los casos en que la demora se deba a una medida gubernamental no prevista y en la que la parte no tenga responsabilidad, el contrato FIDIC en su cláusula 8,5 señala:

Demoras ocasionadas por las Autoridades.- En los casos en que se apliquen las condiciones que se enumeran a continuación, a saber:

El Contratista se ha ceñido diligentemente a los procedimientos pertinentes establecidos por las autoridades públicas legalmente constituidas en el País,

Dichas autoridades demoran o interrumpen el trabajo del Contratista

La demora o interrupción era imprevisible,

Dicha demora o interrupción se considerará causa de demora de conformidad con el inciso (b) de la Subcláusula 8,4 (Prórroga del Plazo de Terminación).

En ambas cláusulas, el contrato FIDIC establece el mecanismo para que las partes resuelvan de forma previa el mecanismo que ha de aplicarse para evitar que el evento imprevisible, sea de naturaleza física o gubernamental, interrumpa el desarrollo de la obra (en la cláusula 4,12 se señala de forma expresa que la obra no se detendrá) y/o se resuelvan problemas relacionadas con imprevistos que encarezcan las obras.

Es claro que se trata de un mecanismo contractual y como tal puede sufrir modificaciones escritas por las partes aunque existen modelos estandarizados que sirven para que estos procedimientos sean administrados, sea por la Cámara de Comercio Internacional de Paris u otro ente administrador de estos mecanismos. De cualquier modo, la experiencia internacional ha demostrado que este tipo de mecanismos no adversariales y previos al evento son de singular importancia para la distribución de riesgos, como se puede colegir de las cláusulas antes transcritas.

## X. Los contratos de largo plazo y su naturaleza especulativa.

Los contratos de largo plazo tienden, por su naturaleza, a ser objeto de modificaciones o alteraciones de los términos contractuales debido a circunstancias políticas, económicas, sociales, ambientales e incluso tecnológicas. Es por ello que se estima que las partes deberían establecer provisiones para los posibles cambios en dichos contratos. Como señalar Brunner, en los Estados Unidos de América, en Inglaterra, Suiza y para varios comentaristas de la CISG, los contratos de largo plazo son considerados contratos de una naturaleza esencialmente especulativa. En los Estados Unidos, el hecho de que se haya suscrito un contrato de largo plazo es indicio de la naturaleza especulativa del mismo y en consecuencia un argumento en contra de la liberación por aplicación de la *impracticability* o la *frustration of purpose*; de hecho, Treitel<sup>1096</sup>, al comentar el sistema norteamericano señala que en el caso *Florida Power v. Westinghouse*<sup>1097</sup>, que se refiere a un litigio entre ambas compañías en el cual, como señala el juez Donald Russell, a raíz de la autorización del Congreso de los Estados Unidos para el uso de energía nuclear, primero con una gran entusiasmo por parte de la sociedad y luego con una serie de restricciones y la adversidad del público, se han reunido miles de páginas y testimonios de expertos y cuatro decisiones de cortes de distrito de variada índole y hasta contradictorias, en dichas circunstancias, la corte afirmó que el proceso mismo desarrollado por la compañía Westinghouse, era un proceso no seguro puesto que, al tiempo del contrato no existía el proceso que dicha compañía ofertaba utilizar y en consecuencia, no podrían ser calificadas dichas expectativas como una presunción básica de ambos contratantes por lo que, la corte declara que no puede discernir al respecto:

It also declared apparently as an additional point that "Florida deemed reprocessing too speculative to undertake it." It dismissed the fact that the contract's bargained-for price per kilowatt hour had been arrived at by factoring in the costs of reprocessing as not reflective of "the parties' anticipation that the fuel would be reprocessed," finding that this circumstance was "not sufficient to transform an expectation into a basic assumption or a condition of performance." In finding that Westinghouse had assumed the risk of the unavailability of reprocessing, the district court said:

---

<sup>1096</sup> Treitel, *Ibid.*, 272.

<sup>1097</sup> FLORIDA POWER & LIGHT COMPANY v. WESTINGHOUSE ELECTRIC CORPORATION, 826 F. 2s 239 (1987), disponible en <http://openjurist.org/826/f2d/239/florida-power-light-company-v-westinghouse-electric-corporation>, consultada en octubre de 2014.

"knowing that reprocessing, not being available even then as a practical matter, was highly uncertain, Westinghouse agreed to a contract term which in plain, unequivocal, unqualified language, required it to remove the spent fuel from Florida's plants. If this is not assumption of risk, the Court confesses itself unable to discern what would be.<sup>1098</sup>

En consecuencia, en las transacciones de *commodities* concluidas a precio fijo, en las cuales el riesgo es asumido por una de las partes, no cabría la excepción de *hardship* puesto que, como hemos visto, en este tipo de contratos, si una de las partes propone, y la otra acepta, que el precio sea fijo, el objetivo de dicha determinación es protegerse contra el cambio del precio de la mercancía en el futuro; si la otra parte acepta esta propuesta, es claro que dicha aceptación implica el asumir el riesgo de la variación de dicho contrato<sup>1099</sup>. Sin embargo, la mera inclusión de la misma no excluye completamente la aplicación del remedio, como ocurre con los casos de inflación gradual y permanente o de extrema inflación, en los cuales el remedio puede ser invocado, y para determinar si se lo acepta o no se debe recurrir a la historia de la negociación y a naturaleza especulativa del contrato<sup>1100</sup>, esa es la razón por la que la recomendación de los comentaristas del derecho sobre este punto, es que en los contratos de largo plazo se debe especificar de forma adecuada la repartición de riesgos en la mayor forma detallada posible, tomando en cuenta, por lo general, factores como los precios de los *commodities*, cambios de regímenes legales, cambios de circunstancias políticas, sociales, económicas y técnicas.

## **XI. La inflación en particular**

Desde el punto de vista de Treitel<sup>1101</sup>, compartido por Brunner<sup>1102</sup> y otros académicos<sup>1103</sup>, el tema de la inflación debe ser analizado desde la óptica del

---

<sup>1098</sup> FLORIDA POWER & LIGHT COMPANY v. WESTINGHOUSE ELECTRIC CORPORATION, sección 69.

<sup>1099</sup> Lo mismo ocurre en los contratos, comunes en la industria petrolera, denominados *take or pay* en los cuales, una de las partes se compromete a pagar, sea que retire o no el producto de la planta de la contraparte. Brunner, *Ibíd*, 440.

<sup>1100</sup> Los conceptos de *creeping inflation* y el de *extreme inflation*, deben ser brevemente referidos. La expresión *creeping inflation*, a la que nos hemos referido como inflación prolongada y sostenida en el tiempo, es un fenómeno conocido en algunas naciones cuyos índices de inflación crecen sostenidamente durante el tiempo pero las tasas de crecimiento son de relativa poca importancia en el corto plazo, sin embargo, el resultado perturba los equilibrios contractuales en el largo plazo; de otro lado, *extreme inflation* se refiere a la variación del índice de inflación incluso en periodos cortos. Ambos ejemplos y la conclusión constan en Brunner, *Ibíd*, 441.

<sup>1101</sup> Treitel, *Ibíd*, 4-044.

incremento general de precios de un sistema económico. La inflación es un incremento generalizado del nivel de precios, y el hecho de que ese incremento generalizado de precios afecte el nivel de precios de todos los productos, hace que sea necesario, según Brunner, analizar el tema de la inflación como un tema de incremento generalizado de precios de todos los productos y no como un tema de devaluación monetaria<sup>1104</sup>.

El principio general del cual se parte para analizar este tema es el denominado *nominalista* que establece que no existe revalorización inmediata ni automática de las deudas, lo que en otras palabras significa que un contrato suscrito en una determinada moneda solo permite al acreedor del mismo solicitar el pago de la cantidad debida en dicha moneda sin importar si ha existido o no fluctuaciones en el valor de una moneda<sup>1105</sup>. Para evitar que ese principio rija, se han diseñado varios mecanismos, uno de ellos es el de la llamada *escalator clause* y la otra la denominada *index-linking clauses* o *value stabilization clauses*<sup>1106</sup> que al ser acordadas por las partes, son perfectamente exigibles. El otro mecanismo para protegerse de la variación del índice general de precios, es simplemente contratar en otra moneda.

Para Treitel, el proceso inflacionario produce dos fenómenos distintos, la revalorización de los precios y la liberación del contrato.

#### *La revalorización.-*

El problema puede ser planteado de la siguiente forma: “En periodos de inflación, las deudas contraídas previamente a dicho periodo pueden ser pagadas

---

<sup>1102</sup> Brunner, *Ibíd*, 299.

<sup>1103</sup> Fucci, Frederick, “Hardship and Changed Circumstances as Excuse for Non Performance of Contracts – Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance”, en *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5, Septiembre 2007; y, Honnold, John, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999), 465-471, Article 78, *Interest on Sums in Arrears*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho78.html>, consultado en octubre 2014.

<sup>1104</sup> La devaluación es la pérdida de valor nominal de una moneda frente a otras monedas que puede darse porque existe una mayor demanda de las monedas extranjeras o una menor demanda de la nacional; vale decir, las personas prefieren usar una moneda a otra y están menos dispuestas a aceptar la moneda que sufre la devaluación. En general se produce porque la gente desconfía de dicha moneda o del sistema que lo respalda. La inflación de su parte es la caída de valor de mercado o del poder de compra de una moneda; la devaluación se da entre economías, aunque los efectos se los sufre al interior de un país; mientras que la inflación ocurre en un mercado interno, cuando se trata de inflación local. Existe por supuesto la inflación internacional que afecta a transacciones realizadas en determinadas monedas.

<sup>1105</sup> Ese principio se conoce como el *nominalistic principle* o *Nominalwertprinzip* es citado por Brunner, *Ibíd*, 451.

<sup>1106</sup> Se las puede traducir como “cláusulas de escalera” o “cláusulas atadas a índices” o “cláusulas de estabilización de valor”.

efectivamente en unidades de la hoy depreciada moneda.” Treitel señala que desde el punto de vista del deudor, esto no presenta mayores problemas, pues su interés será honrar la deuda en la moneda que hoy se ha depreciado; el problema radica en establecer si ese deudor adquiere una obligación adicional a la expresada en esa moneda depreciada. En sistemas legales donde ello se permite, conduciría a pagar el precio del contrato en un monto mayor al expresado en el contrato. En el caso *Staffordshire*<sup>1107</sup>, una doctrina de ese tipo permitiría la revalorización de la obligación y la corte podría ordenar al hospital que pague el aprovisionamiento de agua a un precio mayor al pactado<sup>1108</sup>. En ese tipo de casos, no cabe duda de que las partes pueden lograr un nuevo acuerdo y en consecuencia mantener el contrato<sup>1109</sup>. Sin embargo, como señala Treitel, el principio de revalorización de deudas no ha sido reconocido por la legislación británica. No obstante en los Estados Unidos, se conoce el caso de una letra de cambio emitida en 1863 y pagadera en dólares de la Confederación<sup>1110</sup> y originado en la compra de un lote de terreno. Cuando la letra fue emitida, la relación con el dólar de Lincoln era de 1/3 pero cuando se hizo exigible, la relación era de apenas 1/20; la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que el pago debía hacerse conforme el valor que el dólar de la Confederación tenía cuando dicho pagaré fue emitido. Sin embargo, la razón que esgrimió la Corte Suprema, fue que eso se debía a que el dólar de la Confederación era nulo y sin valor por ser originado en la forma en que se originó por lo que se señaló de forma enfática que, en casos en que se haya emitido la letra de cambio con un valor determinado, si ese se perdía, se debía cancelar conforme el valor indicado en el documento, sin lugar a revalorización<sup>1111</sup>.

#### *La liberación de la obligación contractual.-*

---

<sup>1107</sup> *Staffordshire Area Health Authority v South Staffordshire Waterworks Co.*, 1978, 1, W.L.R. 1387.

<sup>1108</sup> El contrato, de 1919, consistía en que un hospital renunció al derecho de tomar agua de una fuente a cambio de que una compañía de agua se comprometiera a aprovisionarle de agua todo el tiempo a partir de la firma del contrato. Para 1975, el precio del agua era 18 veces superior al señalado en el contrato original. La compañía le dio seis meses al hospital antes de terminar el contrato. La Corte indicó que la intención de dar por terminado el contrato era válida por diferentes razones expresadas por diferentes jueces del mismo tribunal. Lord Denning estimó la demanda en razón de que el contrato indicaba a “perpetuidad” y habría habido un cambio de circunstancias; el resto de magistrados entendió que la compañía entregaría el agua mientras exista acuerdo entre las partes y en consecuencia no se trataba de un contrato a perpetuidad sino indefinido en los cuales, las partes pueden dar por terminado el mismo con aviso razonable de tiempo.

<sup>1109</sup> Treitel, *Ibíd*, 298, 6-045.

<sup>1110</sup> El caso es *Effinger v. Kenny*, 115 U.S. 566 (1885), disponible en <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/115/115.US.566.html>, consultada octubre de 2014.

<sup>1111</sup> Treitel, *Ibíd*, 299, 6-046.

Treitel se pregunta si una depreciación en el valor de una moneda puede servir de base para que el deudor se libere de su obligación de pagar dicha obligación. Para exponer su punto de vista, cita el caso *British Movietonenevents*<sup>1112</sup>, donde se discutió si una depreciación repentina de la moneda, puede ser considerada, conjuntamente con una caída o elevación de precios, como una medida que permita la liberación del deudor. En un pasaje ampliamente citado, los jueces británicos señalaron lo siguiente:

If, on the other hand, a consideration of the terms of the contract, in the light of the circumstances existing when it was made, shows that they never agreed to be bound in a *fundamentally different situation* which has now unexpectedly emerged, the contract ceases to bind at that point – not because the court in its discretion thinks it just and reasonable to qualify the terms of the contract, but because on its true construction it does not apply in that situation.”<sup>1113</sup> (Énfasis añadido).

La hipótesis que plantea Treitel es que “*fundamentally different situation*” no se refiere a las situaciones que podrían entenderse como cambio de circunstancias (a la manera de UNIDROIT, por ejemplo) sino a otros eventos, como la imposibilidad temporal que da origen a tales retardos que haría del cumplimiento fundamentalmente diferente del original contemplado por las partes. Citaremos solo dos de estos casos. El norteamericano *Village of Minnessota v Fairbanks, Morse & Co*<sup>1114</sup>, en el cual se contrató la construcción de un edificio cuya edificación se postergó por la guerra, al final de la cual, los precios se habían disparado tanto que no podía haber sido contemplado por las partes cuando suscribieron el contrato. En el caso inglés, *Acetylene Co of G B v Canada Carbide Co*<sup>1115</sup>, surgido de un contrato para la venta de carburo a embarcarse de Canadá al Reino Unido a principios de 1917. La requisición de todas las naves hizo imposible que el contrato se cumpliera sino hasta 1920, cuando los precios de transporte se habían encarecido de tal modo que no era posible cumplir el contrato conforme las partes lo habían aceptado<sup>1116</sup>. Si bien, como señala Treitel, existen varios *dictum* en los cuales jueces británicos han informado de la importancia de la inflación para los casos de *hardship*, en ninguno

---

<sup>1112</sup> British Movietonenevents Ltd. V. London District Cinemas, 1952, Disponible en [http://global.oup.com/booksites/content/9780199579594/table\\_of\\_contents/ch\\_8/](http://global.oup.com/booksites/content/9780199579594/table_of_contents/ch_8/) consultada en octubre 2014.

<sup>1113</sup> Citado por Treitel, *Ibíd* y por Brunner en el capítulo dedicado a la jurisprudencia inglesa.

<sup>1114</sup> *Village of Minnessota v Fairbanks, Morse & Co*, 31 N. W. 2d. 920 (1948).

<sup>1115</sup> *Acetylene Co of G B v Canada Carbide Co*, (1922) 8 L1. L. Rep. 456.

<sup>1116</sup> Treitel, *Ibíd*, 233, 5-042.

de dichos casos, se ha establecido en qué circunstancias se aplica la misma y qué otras circunstancias no se aplica. Por ejemplo en el famoso caso, previamente citado en el capítulo dedicado al sistema inglés, *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd*, Lord Roskill se refirió a la inflación como una de las “circunstancias en las que la doctrina de la frustración ha sido invocada, algunas veces con éxito y otras si buen destino”<sup>1117</sup> mientras que a continuación el mismo Treitel indica otro *dictum* en el cual se entendió que si bien las cosas habían variado de lo que las partes habían contemplado en lo que se refiere al incremento de la inflación, no a trote, ni a medio trote sino a galope; pero, señala el tribunal, tal inflación, en grado o ritmo (“...but that difference in degree or tempo”) no es tan radical como para producir la frustración del contrato. En ese caso, la inflación fue de 20 a 25%, pero lo importante de dicho *dictum* es que abrió la puerta para verificar habría producido un cambio radical de circunstancias.

En los Estados Unidos ocurrió el caso *Williard v Tayloe*<sup>1118</sup>, en el cual, las partes acordaron pagar en dólares de oro; una vez suscrito el contrato entraron a circular los billetes de dólar con un valor un tercio inferior al dólar oro. La corte no decidió sobre el fondo del asunto limitándose a señalar que el comprador no podía acudir al remedio del cumplimiento específico del contrato.

*Variación del valor de la moneda en relación a otras.-*

La explicación de esta situación es dada de la siguiente forma: “...puede aparecer cuando un deudor cuyos negocios son llevados en una moneda celebra un contrato de largo plazo bajo el cual sus obligaciones son expresadas en o con referencia a otra moneda”<sup>1119</sup>. En el caso *Multiservice Bookbinding Ltd. v Marden*, ciertas instalaciones en Inglaterra fueron hipotecadas por 36.000 GBP. Esta hipoteca contenía una cláusula de liberación expresada en francos suizos por la cual el valor de repago de la misma dependía del valor del franco suizo en relación con la libra esterlina que en ese momento costaba 12 francos suizos. Al momento de levantar la misma, el precio de la libra era de solo 4 francos suizos por lo cual la suma debida era de 87.000 GBP. En ese caso se sostuvo que el deudor no tenía derecho a ningún

---

<sup>1117</sup> Treitel, *Ibíd*, 299, 6-046.

<sup>1118</sup> *Williard v Tayloe*, 75 U.S. 577 (1869), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/75/557/case.html> consultada en octubre de 2014, citado por Treitel, *Ibíd*, 301.

<sup>1119</sup> Treitel, *Ibíd*, 301. 6-048.

tipo de remedio ya que eso es lo que había acordado y adicionalmente, se había beneficiado del incremento del valor de su propiedad, si no hubiese habido dicha cláusula, el deudor de todos modos se habría beneficiado por la inflación y parecería poco probable que el interés que habría recibido le hubiese compensado por la pérdida de valor de su dinero<sup>1120</sup>.

*Bajo los principios generales del derecho.-*

Sin embargo, bajo los principios de derecho internacional, la inflación puede constituirse en una causal para el otorgamiento del remedio, siempre y cuando se contemplen dos situaciones, en primer lugar que se trate de una inflación extrema (para lo cual hay que distinguirla de la denominada *creepy inflation*) y las partes no hayan establecido en su contrato, un mecanismo de distribución de riesgos a través de alguno de los mecanismos señalados: *escalator clause*, *index-linking clauses*, *value stabilization clauses*, contatación en moneda extranjera, seguros contra la inflación u otros mecanismos.

*Creepy Inflation*

La *creepy inflation* es entendida como aquella que socava gradualmente el poder de compra de una moneda determinada, en otras palabras afecta poco a poco el nivel general de precios. En estos casos, se entiende que el cambio de valor de la moneda ha sido asumido plenamente por los vendedores, según Brunner, se entiende que las partes están conscientes de a existencia de una inflación “normal” que si no han tomado medidas profilácticas, como las denomina Brunner, la misma habría sido asumida por la parte vendedora.

El solo hecho de incorporar una cláusula de adaptación de precios es señal ya de la aceptación de los riesgos producidos por el cambio de circunstancias pero, como señalan Kolo y Wälde, a pesar de los esfuerzos de las partes, siempre nos encontraremos con contratos incompletos cuya resolución necesariamente requiere de la aplicación de los principios y estándares del *hardship*<sup>1121</sup> y en consecuencia, la aplicación deberá guiarse por la forma en que se previnieron los cambios y la forma

---

<sup>1120</sup> La explicación es de Treitel, *Ibíd.*

<sup>1121</sup> Kolo, Abba y Wälde, Thomas, “Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles & Industry Practices”, en *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, Vol. I, Issue No. 2, Marzo de 2003, disponible en <http://www.ogel.org/article.asp?key=135>, consultado octubre de 2014, citado también por Brunner, *Ibíd.*, 441.



en que dichos cambios afectan la circunstancia general del contrato. Veremos algunos casos en arbitraje internacional.

*Inflación extrema.-*

En los contratos modelos de la FIDIC, es interesante observar cómo los mismos hacen recaer el riesgo del cambio de moneda en la parte que contrae la obligación de construir, de modo que si el contratista necesita convertir la moneda de pago a la de su sede, sobre él recae el riesgo. Como señala Brunner, dichos contratos modelos contienen esta cláusula:

a) if the Contract Price was expressed in Local Currency only: i) the proportions or amounts of the Local and Foreign Currencies, and the fixed rates of exchange to be used for calculating the payments, shall be as stated in the Appendix to Tender, except as otherwise agreed by both Parties; (...), and (e) if no rates of exchange are stated in the Appendix to Tender, they shall be those prevailing on the Base Date (the 28 days prior the latest date for submission if the Tender) and determined by the central bank of the Country.<sup>1122</sup>

Sin embargo, no siempre la incorporación de una cláusula de modificación de precios, que se refiere a inflación, tiene los efectos buscados por las partes. Sin duda, el caso paradigmático es el caso ALCOA citado por la jurisprudencia norteamericana. En ese caso las partes fijaron una *escalator clause* pero los parámetros que fueron fijados por las partes no fueron suficientes para cubrir el incremento de precios de alúmina, elemento fundamental para fabricar el aluminio. En este caso, la decisión del juez de modificar la cláusula contractual fue duramente criticada y no se ha vuelto a dictar en la jurisprudencia norteamericana una decisión similar.

*Casos de inflación extrema.*

Los casos de inflación extrema, como el ocurrido en la Alemania de principios del siglo XX y que dio origen a la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, llevaron a que las cortes de ese país señalaran que el acreedor no tiene que sufrir el riesgo de la inflación extrema. En general, como recordamos fueron Alemania y Suiza, los países que intervinieron a través de sus cortes en los contratos afectados por extrema inflación. Las cortes alemanas, por ejemplo, aplicaron

---

<sup>1122</sup> Condiciones Generales del Contrato de Diseño y Construcción de la FIDIC, citado por Brunner, *op. cit.*, pag. 454, disponible en <http://fidic.org/books/plant-and-design-build-contract-1st-ed-1999-yellow-book> consultada en octubre de 2014.

medidas cuyo objetivo era el de reconocer el principio de imposibilidad económica que daba derecho a la terminación del contrato y posteriormente, diseñaron la solución de “incremento de pago” en casos de inflación.

Sin embargo, ni en Francia ni en los países del *common law* se ha aplicado una solución de este tipo. Como señala Brunner, la solución que se ha considerado como un amplio marco de referencia es la utilizada en Alemania para los denominados “arrendamiento de edificios de largo plazo”. En dichos casos, si no existe una cláusula de modificación de precios u otro mecanismo para distribución de riesgos, el riesgo de la inflación es soportado por el dueño del inmueble solo hasta un 150 de incremento. Si la inflación supera ese monto, el dueño del edificio puede solicitar un incremento de conformidad con el índice de costo de vida<sup>1123</sup>.

En otro caso de resonancia internacional, producido por una crisis económica, la compañía estatal de energía indonesia, *Perusahaan Listrik Negara*, fue demandada por dos compañías norteamericanas, *Himpurna California Energy Ltd.* y *Patuha Power Ltd.*<sup>1124</sup> por la falta de pago de energía entregada a Indonesia. Brunner, refiere que ambas compañías<sup>1125</sup>, *Himpurna California Energy Ltd.* y *Patuha Power Ltd.*<sup>1126</sup> habían suscrito sendos contratos con la compañía indonesia para la construcción de hasta cuatro plantas de energía y la posterior venta de la energía producida por las mismas por un periodo de treinta años; los bancos que proveyeron el dinero para la construcción solicitaron que se asegure el pago en dólares de la energía vendida. Cuando la crisis económica de Indonesia estalló en 1998, una de las plantas estaba ya terminada e *Himpurna* emitió facturas que el gobierno indonesio no pagó. Ambas compañías iniciaron procedimientos arbitrales bajo las reglas UNICTRAL y en ambos casos, la compañía indonesia alegó cambio de circunstancias amparada en el artículo 1338 del Código Civil Indonesio que establece la *rebus sic stantibus* como un corolario del principio de buena fe y que requiere renegociación en dichos casos. El tribunal arbitral en el caso *Himpurna*,

---

<sup>1123</sup> Brunner, *Ibíd*, 459.

<sup>1124</sup> Para una visión alternativa, revisar Kantor, Marc, “International Project Finance and Arbitration with Public Sector Entities: When is Arbitrability a Fiction?”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, Issue 4, 2000, disponible en <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1761&context=ilj> , consultada octubre de 2014.

<sup>1125</sup> Brunner, *Ibíd*, 447

<sup>1126</sup> Los hechos se pueden encontrar en [http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/claim\\_mid\\_american.pdf](http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/claim_mid_american.pdf) , consultada en octubre de 2014.

presidido por Jan Paulsson, señaló que en efecto, dicho código reconoce la figura, pero que la misma es aplicable solamente a casos extremos.

Este caso es muy importante pues marca con notable claridad el abandono del principio de incertidumbre en los contratos -es decir la probable ocurrencia de un hecho que podría provocar la excesiva onerosidad en la ejecución de un contrato- a favor de un principio más razonable que es el de la distribución de riesgos. En efecto, Indonesia alegó que la crisis económica ocurrida en su país, con efectos devastadores en su economía, como la caída en la cotización de la rupia, el incremento de pobres, la pérdida de cinco millones de empleos, había sido irresistible, imprevista, sin responsabilidad y había convertido a los contratos suscritos por el país en excesivamente onerosos. El tribunal señaló que dicha postura era incompatible con las cláusulas suscritas por Indonesia en las cuales se establecía una distribución de riesgos. Brunner cita varias cláusulas al respecto. Una de ellas señala que los contratantes aceptaron fijar el precio de la energía en dólares y no en rupias, con lo cual, desplazaron el riesgo de depreciación de la moneda local, la rupia, moneda en la que se pagaba el consumo de energía por parte de los ciudadanos indonesios a PNL, la empresa que acordó comprar la energía en dólares. En otra de las cláusulas de dicho contrato, se señaló de forma expresa que, en caso de cualquier evento de fuerza mayor, el mismo no excusaría el pago posterior del dinero debido. El tribunal arbitral señaló: “Cuando estipulaciones de esta clase se incluyen en contratos de largo plazo como el de compra de energía, con respecto al cual es obvio que las circunstancias que lo rodean pueden cambiar dramáticamente durante la vida del contrato, solo se puede concluir que la distribución de riesgos es intencional, empática, ciertamente.”<sup>1127</sup>

El tribunal señaló que el hecho de que haya habido una extraordinaria devaluación de la rupia y haber acordado el pago en dólares no puede servir de base para la renegociación debido a que es justamente esa la razón por la que las partes acordaron hacer dicha distribución de riesgo, mientras la primera asume el riesgo por la variación monetaria, la otra asume el riesgo industrial de la disponibilidad de recursos. En un párrafo importante, el tribunal indica que PNL, la empresa indonesia, no puede señalar que la distribución del riesgo señalado en el contrato

---

<sup>1127</sup> Brunner, *Ibíd.*

respecto de la rupia, se refiere únicamente a variaciones ordinarias y no a las extraordinarias porque los prestamistas, aseguradores e inversionistas pretenden protegerse justamente de dichas variaciones extraordinarias pues la distribución de riesgos se refiere a las mismas.

En un importante razonamiento respecto de la previsibilidad de las crisis económicas, el tribunal arbitral señala lo siguiente:

Esta puede ser la primera vez que PNL enfrenta estas dificultades, pero no es ciertamente, la primera vez que Indonesia se encuentra a sí mismo en crisis económicas. El fin de la era Sukarno a mediados de los 60, por ejemplo, estuvo marcada por una crisis económica de enormes proporciones. Solo en los doce meses siguientes a junio de 1966, la inflación alcanzó niveles de 1500 por ciento. Al entrar en un contrato de largo plazo como el de venta de energía, no había razón alguna para concluir que Indonesia estaría aislada de una repetición de la historia.<sup>1128</sup>

Y esa sería la razón por la que las partes decidieron contratar en dólares, con el objetivo de distribuir los riesgos en casos de crisis económicas. Lo cierto es que, no se puede, concluyen los árbitros, pretender que en nombre de la buena fe, que PNL se retire del contrato cuando su contraparte efectuó una inversión de 290 millones de dólares. Brunner señala el hecho de que en este caso, del mismo modo que en el caso argentino más adelante señalado, el tribunal arbitral a pesar de no aceptar la excepción planteada, reflexionó sobre el principio de equidad en la distribución de estas pérdidas y en aplicación del principio de equidad, resolvió que el cambio de circunstancias es un mecanismo de distribución de pérdidas. Como vimos con ocasión de uno de los casos del Canal de Suez, el evento que se halla plenamente definido en la doctrinas es que la cláusula *rebus sic stantibus* es un mecanismo que surge por las pérdidas sobrevenidas, no por las ganancias sobrevenidas.

De otro lado, es posible preguntarse si es posible que los árbitros puedan acudir a un principio general del derecho, que si bien se encuentran reconocidos en documentos de derecho mercantil internacional, no gozan de aceptación generalizada por legislaciones nacionales. En esas circunstancias, la investigación que hace Van Houtte<sup>1129</sup> es completamente pertinente puesto que pretende demostrar si el árbitro

---

<sup>1128</sup> Brunner, *Ibíd*, 448.

<sup>1129</sup> Van Houtte, Hans, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, disponible en <http://www.trans-lex.org/117300>, consultada en octubre de 2014.

puede o no aplicar este remedio en los casos en que las partes no hayan facultado al tribunal arbitral el hacerlo.

## **XII. El hardship en la práctica arbitral internacional**

### **XII.I.Introducción: la inclusión de cláusulas de *hardship*.**

De forma similar a lo que hemos tratado hasta el momento, para Van Houtte, el contrato es un mecanismo para distribuir los riesgos y establecer los mecanismos que las partes pueden utilizar en casos en que no sea posible cumplir el contrato. Para Van Houtte, el contrato garantiza al comprador que los bienes comprados le sean puestos a su disposición en un momento determinado o al menos que el obtendrá compensación si su contraparte no lo hace<sup>1130</sup>; para el abogado belga, las partes pueden planear el futuro a través de los contratos, especialmente, los de largo plazo (que en primera instancia parecería ser contradictorio al principio establecido por la jurisprudencia norteamericana y otras de que el contrato a largo plazo es especulativo, pero si nos atenemos al concepto usual de especulativo, no hay tal contradicción sino más bien un reconocimiento del carácter imprevisto del futuro y de las obligaciones de las partes).

En definitiva, para Van Houtte, tanto en disputas entre privados como en las disputas entre privados y entes estatales, los tribunales arbitrales han reconocido de forma expresa o implícita (simplemente aplicando los términos contractuales) que el principio *pacta sunt servanda* es de universal aplicación y eficiencia; sin embargo, continúa, las partes pueden establecer cláusulas en las que se establezca el deber de renegociar el contrato en caso de que las circunstancias en las que se suscribieron cambien, o establecer mecanismos de adaptación de precios o simplemente que el contrato se puede dar por terminado. Es tan regular el uso de dichas cláusulas que, a la vista de algunos académicos, señala Van Houtte, se habría convertido en costumbre el interpretar que la misma es una cláusula implícita en los contratos aún cuando las partes no la hayan aceptado de forma expresa<sup>1131</sup>. Más aún continúa, la variedad de estas cláusulas es de tal amplitud que no se puede hablar de la existencia implícita de uno o varias de ellas. En primera instancia, se analizará, en

---

<sup>1130</sup> Van Houtte, *Ibíd.*, § 107.

<sup>1131</sup> Van Houtte, *Ibíd.*, § 109.

consecuencia, la forma en que los tribunales arbitrales han tratado los casos en que las partes de forma expresa han acordado una cláusula de renegociación de precios en contratos de larga duración.

## **XII.II. Cláusula expresa en contratos de larga duración**

En ocasiones, las partes han decidido incorporar cláusulas de variación de precios en contratos de larga duración.

En el caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*<sup>1132</sup>, la compañía CMS, una compañía norteamericana, demandó a la República Argentina por la suspensión de una cláusula de adaptación de tarifas del gas. El contrato surgió a raíz de un proceso de privatización iniciado por la República Argentina a través de varias leyes, entre ellas las siguientes: ley No. 23.696 sobre la reforma del estado de 1989, la ley No. 23.928 sobre convertibilidad monetaria de 1991 y el decreto No. 2128/91 que fijaba el valor del peso argentino con el del dólar norteamericano. Para facilitar la transferencia de la facultad del transporte de gas, se dictó la ley No. 24.076 y el decreto No. 1738/92. A raíz de esa normativa, la entidad encargada de esta actividad en Argentina se dividió en dos compañías de transporte y ocho de distribución. En el caso de una de ellas, Transportadora de Gas del Norte (TGN), se abrió la posibilidad de que inversionistas extranjeros participen en ella. Para ello se concedió a TGN un término para gozar de la inversión de 35 años, ampliables, bajo ciertos requisitos por diez años más. Para CMS, el hecho de que el peso argentino haya sido atado al dólar al momento de la celebración del contrato, implicaba que existía una fórmula de adaptación de precios que era el índice de precios del consumidor de los Estados Unidos de América (IPCUSA). Argentina negaba esta interpretación. CMS adquirió una participación de 29,42% en TGN por un valor aproximado de 175 millones de dólares y con una inversión total en el negocio de cerca de mil millones de dólares.

A raíz de la crisis económica que afectó a Argentina hacia finales de milenio, Argentina convocó a CMS y otros inversionistas a suspender la aplicación de la cláusula de adaptación del precio atada al IPCUSA. Las compañías accedieron suspender el incremento con el entendimiento constante por escrito de que el mismo sería recuperado en el siguiente semestre. Argentina reconoció que era un derecho

---

<sup>1132</sup> El texto del laudo está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>, consultado en octubre de 2014 y citado por Brunner, *Ibíd.*

legítimo de las partes la aplicación de dicha fórmula de adaptación del precio. Sin embargo, los diferimientos continuaron hasta cerca de tres años a partir del acuerdo inicial de renegociación de precio. De su parte, el Defensor del Pueblo argentino, inició un procedimiento para suspender la aplicación de la fórmula de adaptación del precio. En 2001 la crisis se profundizó y la República Argentina estableció límites para la salida de divisas del país y el retiro de fondos a través del denominado “corralito” introducido por Decreto 1570/2001.

En 2002 se dictó una ley con el objeto de renegociar los contratos vigentes afectados por el fenómeno monetario y la crisis; esta renegociación se produjo en varios sectores de la economía, no en el del transporte del gas.

La disputa se elevó al CIADI que emitió su fallo en mayo de 2005 y que fue impugnado por la República Argentina a través de un proceso de nulidad que fue desechado en instancia definitiva. El tribunal arbitral del CIADI que conoció el arbitraje desechó la pretensión argentina de que se aplique el remedio debido a que se habrían reunido los requisitos constantes en el artículo 1198 del Código Civil argentino, es decir, se habría abierto la puerta para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El tribunal consideró que no era necesario referirse a los principios generales del derecho ya que el contrato en sí contenía una cláusula de renegociación del precio por lo que la fijación de parte del gobierno argentino del nuevo sistema tarifario era unilateral y en consecuencia, se entendió, de parte del tribunal arbitral, que Argentina había asumido el riesgo. En el laudo, el tribunal señala: “In addition, in the context of the privatization it was abundantly clearly key elements in attracting foreign investment and in overcoming the economic crisis of the late 1980’s was to provide the necessary stability.”<sup>1133</sup>

En otras palabras, era de fundamental importancia atar el precio del peso al dólar con la finalidad de proveer estabilidad. Más adelante el tribunal señala: “The Tribunal also notes that it was precisely because the right to tariff calculations in dollars was guaranteed that the privatization program was as successful as it was.”<sup>1134</sup>

En cuanto a la previsibilidad de la crisis argentina, el tribunal encontró que el hecho de que Argentina haya incorporado en el contrato una cláusula de adaptación

---

<sup>1133</sup> CMS v. Argentina, párrafo 134.

<sup>1134</sup> CMS v. Argentina, párrafo 137.

de precios atada al IPCUSA implicaba que dicho país reconocía la posibilidad cierta de que los precios fueran alterados por las circunstancias, y para dar seguridad al inversionista, Argentina acordó incluir una cláusula de ese tipo puesto que la crisis no era imprevisible sino que fue debidamente prevista por las partes:

The provisions of the Emergency Law, however, fail to meet certain essential conditions for the operation of the theory of “imprévision.”. First, if the imbalance were foreseeable, the theory is not applicable. As explained above, in arguing that the tariff included both the devaluation as well as the country risks, the Respondent is simultaneously admitting that this risk was foreseeable and actually foreseen.<sup>1135</sup>

En consecuencia, el tribunal rechazó la aplicación del remedio, tanto más que concluyó que el propio mecanismo de adaptación de precio, establecido en el contrato, tampoco se había frustrado debido a que la crisis argentina no fue de una magnitud tal que provocase el denominado “estado de necesidad” que alegó el país del sur.

Como vemos se trata de un caso en el que las partes acordaron la aplicación de una cláusula de *hardship*; en este caso, la parte obligada apeló al artículo 1198 argentino que contiene justamente el principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*.

Tanto para Van Houtte como para los árbitros que conocieron este caso, la aplicación de la misma debe ser realizada dentro del marco general del contrato entre las partes, de forma restrictiva y revisando si el cambio de circunstancias afectó el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la presencia de dicha cláusula no excluye por sí misma la aplicación del remedio conforme los principios generales del derecho por lo que tribunales arbitrales, como la Corte de Arbitraje de la *Japan Shipping Exchange*, han concluido que:

The relation between this Article (renegotiation clause) and the principle of change in situation is such that the present article does not exclude the said principle, but provides for either one of the parties to request the other for consultation to amend the price, even in the instances where the principle of the change in situation does not to be applied.<sup>1136</sup>

---

<sup>1135</sup> CMS v. Argentina, parágrafo 225.

<sup>1136</sup> Van Houtte, *Ibíd.*, § 110. Existe solamente una referencia en la página de la International Council for Commercial Arbitration pero no es posible encontrar el laudo por el estatuto de confidencialidad que muchos centros de arbitraje mantienen sobre sus casos.



Para Van Houtte, en definitiva y en relación con los casos de arbitraje internacional, las partes deben haber instruido a los árbitros que tengan en cuenta el cambio de circunstancias al momento de dictar el laudo:

Parties may specifically instruct the arbitrators to take account of the changed circumstances after the dispute has arisen. When the Iran-US Claims Tribunal was set up, the arbitrators were ordered "to decide all cases on the basis of respect for law, ... taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances". The Iran-US Claims Tribunal thus considered it had a duty to take into account changed circumstances.<sup>1137</sup>

*b.- El caso de los tribunales Irán-Estados Unidos de América.-*

El objeto de los reclamos que fueron puestos en conocimiento de los tribunales en los casos conocidos como Iran-United States es amplio<sup>1138</sup>, y se deriva de la crisis política surgida a raíz de la revolución que depuso al entonces Sha de Irán. Estas disputas se solucionaron en base a la declaración de arreglo de disputas suscrito entre Estados Unidos e Irán al amparo de la República Popular de Algeria; este documento se denominó "*Claims Settlement Declaration*", en adelante el Acuerdo.

La jurisdicción de dichos tribunales fue triple: a) establecer un tribunal arbitral de reclamos de los ciudadanos norteamericanos contra la República Islámica de Irán y de los ciudadanos iraníes en contra de los Estados Unidos de América; b) en las disputas que pudieran surgir entre los gobiernos de ambos países; y, c) sobre la interpretación de dicho acuerdo de resolución de conflictos.

En el artículo V del Acuerdo, se estableció:

The Tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law, applying such choice of law, rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances.<sup>1139</sup>

En consecuencia, por haberlo así dispuesto las partes en conflicto, el tribunal arbitral estaba en capacidad de aplicar, entre otros, los aspectos legales relacionados

---

<sup>1137</sup> Van Houtte, *Ibíd.*, § 110.

<sup>1138</sup> Disponible en <http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf> consultado en octubre de 2014.

<sup>1139</sup> Drahozal, Christopher y Gibson, Christopher, *The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25*, New York, Oxford University Press, 2007, en cuyo apéndice se puede encontrar este Acuerdo.

con el cambio de circunstancias<sup>1140</sup>. En el caso de jurisdicciones nacionales que reconozcan la vigencia horizontal de la cláusula *rebus sic stantibus*, los árbitros podrían reconocer el derecho de aplicar la misma en casos en que las partes no hayan incluido dicha cláusula en la redacción de sus contratos. En estos casos, la cláusula forma parte del sistema de derecho positivo y en consecuencia, en caso de que las partes no hayan otorgado el derecho expreso de juzgar el caso conforme las normas que rigen el cambio de circunstancias, los árbitros de todos modos deberían aplicarlo si así lo dispone el derecho aplicable. En los casos en que las legislaciones no reconocen a ese derecho una vigencia horizontal, es decir que afecte todos los contratos, se debería o podría recurrir a las normas sobre interpretación contractual; si la norma de interpretación contractual remite a los principios generales de derecho para aplicar en caso de falta de norma expresa, entonces, de todos modos, podrían aplicarse las normas relativas a la cláusula *rebus sic stantibus* por el hecho de ser un principio general del derecho. Evidentemente, en el arbitraje internacional esta operación es más difícil de aplicar. En los casos resueltos por los tribunales arbitrales *Irán-U.S.*, ello fue posible debido a que se contempló en el texto del acuerdo la posibilidad de que los árbitros aplicasen esta norma.

El caso *Questech Inc. v. The Ministry of National Defence of the Islamic Republic of Iran*<sup>1141</sup> de 1985, se planteó a raíz de un contrato marco dentro del plan para modernizar y expandir el sistema de inteligencia electrónica de Irán, conocido con el nombre de IBEX y suscrito con la empresa *Sylvania*<sup>1142</sup>. La empresa Questech se comprometió a diseñar e implementar un sistema de entrenamiento de estudiantes en el sistema de inteligencia electrónica. En este caso, el tribunal arbitral señaló que al tratarse de un contrato relacionado con actividades militares, es necesario que se estudie con mayor sensibilidad el cambio de circunstancias pues en este tipo de contratos (recordemos que el origen de estos arbitrajes fue la Revolución Islámica de 1978) la parte “...is not barred from opting for a termination of the contract in such a situation”<sup>1143</sup>. El tribunal analiza la pertinencia de la aplicación de la doctrina *rebus*

---

<sup>1140</sup> Chamie Gandur, de su parte, indica que esta decisión se debió a la decisión del Tribunal Arbitral de reconocer a la *force majeure* como un principio general del derecho. Cfr. Chamie Gandur, *Ibíd.*, 354.

<sup>1141</sup> Disponible en [http://www.trans-lex.org/231400#toc\\_0](http://www.trans-lex.org/231400#toc_0), consultado en octubre 2014.

<sup>1142</sup> Que es, de hecho, el contrato marco de cuyo seno nace el de Questech Inc.

<sup>1143</sup> *Questech Inc. v. The Ministry of National Defence of the Islamic Republic of Iran*, Méritos, 2.c.

*sic stantibus* pues considera que la misma es un principio general del derecho<sup>1144</sup> y al amparo de lo señalado en el Artículo V del Acuerdo entre Irán y los Estados Unidos de América, considera que:

...the consideration of changed circumstances in the present context is warranted by the express wording of Article V of the Claims Settlement Declaration. That provision not only lays down the law to be applied by the Tribunal, but it also mandates the Tribunal to "tak[e] into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances" when deciding "all cases", thereby mentioning "changed circumstances" on the same level as "contract provisions" (emphasis added). In the context of the Algiers Declarations the inclusion of the term "changed circumstances" means that changes, which are inherent parts and consequences of the Iranian Revolution, must be taken into account<sup>1145</sup>.

Sin embargo, a pesar de que reconoce que es necesario aplicar el principio contenido en la cláusula, el tribunal considera que en las circunstancias en las que se desarrolló el trabajo de Questech Inc., dicha compañía, sabiendo que se trataba de negociaciones relacionadas a una materia ultrasensible de un país con el cual el suyo propio mantenía una situación extremadamente conflictiva, la posibilidad de que las circunstancias cambiasen era alta por lo que no se permitió la aplicación del remedio pues se consideró que la compañía había fracasado en su obligación de prevenir el cambio de circunstancias. Lo que ocurrió entonces fue que el Ministerio iraní, en lugar de aplicar la cláusula contractual que le permitía cambiar el objeto del contrato y en consecuencia alejar a dicha compañía de material sensible, decidió terminar el contrato y el tribunal consideró que dicho Ministerio era responsable por dicho hecho y ordenó indemnizar a la compañía.

### **XII.III.Casos en que no se establece de forma expresa dicha cláusula.**

En el caso de arbitraje en equidad, donde los árbitros deben resolver *ex aequo et bono*, el asunto se presenta de forma distinta. Cuando el árbitro actúa de amigable componedor, es decir *ex aequo et bono*, como señala Van Houtte: "Thus arbitrators

---

<sup>1144</sup> "This concept of changed circumstances, also referred to as *clausula rebus sic stantibus*,<sup>12</sup> has in its basic form been incorporated into so many legal systems that it may be regarded as a general principle of law..." Questech Inc., *Ibíd.*

<sup>1145</sup> Questech Inc., *Ibíd.*

can grant relief whenever they feel it fair to restore the balance between both parties' obligations, which has been disturbed by a change in circumstances.”

Ello significa que al tener la obligación de actuar *ex aequo et bono*, los árbitros deben recurrir a las normas de equidad que, como vimos, incluye la necesidad de prevenir la actuación de buena fe de las partes y restablecer el equilibrio contractual.

Al respecto, los laudos de la Cámara de Comercio Internacional de París, algunos citados más arriba, han asumido diversos puntos de vista respecto de esta materia. En el caso I.C.C. 2291, de 1975, surgido de un contrato de transporte de un laminador entre Francia y África, el transportador solicitó un incremento en el precio de transporte debido a que el tamaño de las piezas a transportar era mayor que el previsto y a que el número de las mismas era superior. El tribunal señaló que:

...toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la *lex mercatoria*, que les prestations restent équilibrées sur le plan financier et c'est pourquoi, dans presque tous les contrats internationaux, "le prix est donc fixé en fonction des conditions existant au moment de la conclusion du contrat et il variera en fonction de paramètres qui reflètent les variations des valeurs des différents éléments qui composent le produit ou la prestation.<sup>1146</sup>

El argumento en el que es necesario poner énfasis consiste en que, para este tribunal arbitral, el precio es fijado en función de condiciones existentes al momento de la conclusión del contrato, lo cual es una manifestación clara que diferencia la aplicación de este principio en la *lex mercatoria* y en el *soft law* del resto de las jurisdicciones nacionales.

Sin embargo, como el mismo Van Houtte señala, refiriéndose a otro laudo de la misma ICC, la aplicación de dicho principio debe ser hecha con reserva y prudencia puesto que los empresarios involucrados en el comercio internacional deben actuar con la pericia que les corresponde<sup>1147</sup>, por lo que propone que se

---

<sup>1146</sup> Es el caso ICC 2291/1975, disponible en <http://www.trans-lex.org/202291> , consultado en octubre de 2014 y citado por Van Houtte, *Ibíd.*

<sup>1147</sup> Van Houtte señala que en ese laudo arbitral, el tribunal ICC señaló que: “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. La précaution s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit

responda a un test muy particular que se debe aplicar una vez verificados los parámetros usuales de ocurrencia de un cambio fundamental de circunstancias, imprevisibles, irresistibles, externas y que generen una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación y que requiera analizar el elemento de la distribución de pérdidas. El test es el siguiente:

- 1.- ¿Qué ocurriría si el acuerdo original debe ser cumplido?
- 2.- ¿Una de las partes se enriquecería injustamente?
- 3.- ¿El cambio de circunstancias afecta a ambas partes o solo a una?
- 4.- Ante estas circunstancias, que en un punto en el tiempo cambiaron en detrimento de una de las partes, ¿no se ha invertido en detrimento de la otra parte ?
- 5.- La parte que invoca el cambio de circunstancias, ¿lo provocó?
- 6.- ¿Puede una de las partes, de buena fe, solicitar el cumplimiento del contrato como estaba originalmente acordado?<sup>1148</sup>

Los remedios que los tribunales arbitrales han encontrado a este respecto son la terminación o la suspensión del contrato. Sin embargo, como señala Van Houtte, en algunos casos, los contratos ordenan que se renegocien los términos del mismo; es decir, las partes señalan un mecanismo de renegociación. Van Houtte señala casos donde los árbitros han rehusado dar por terminado el contrato en el caso en que la renegociación fracase<sup>1149</sup>.

Otro instrumentos es el usado en los Dispute Board, cuyo mecanismo es el siguiente: en caso de que existe una disputa o diferencia respecto del desarrollo de la obra, las partes tienen a su disposición mecanismos contractuales destinados a solucionar dicha controversia sin la participación de los miembros de los Dispute Board y solo en el caso de que no hallen solución al mismo, solicitan a los miembros del Dispute Board que intervengan y resuelvan el caso; la solución de los miembros del Dipute Board, puede ser impugnada ante un tribunal arbitral que resuelve de

---

de transactions internationales où en général les parties ont conscience des risques qui peuvent survenir et sont ainsi à même 116 de les formuler de manière précise.”, Van Houtte, *Ibíd.*

<sup>1148</sup> Van Houtte, *Ibíd.*, § 117.

<sup>1149</sup> En este sentido parecería que hiciera falta la potestad del juez de modificar el contrato en aquellos casos en que le renegociación fracase, como ocurre en la legislación italiana o como ocurrió en el caso norteamericano ALCOA. Como recordamos, este caso fue duramente criticado tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra y las razones de dichas críticas fue compartida ampliamente en ambos márgenes del Atlántico fundamentándose en que dicha decisión rebasaba ampliamente las potestades de las que el Juez Teitelbaum se hallaba investido y se le acusó de practicar una suerte de activismo judicial. Cfr. *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp. 129 (W.D. Pa 1980).

forma definitiva. Como señalamos en la sección relativa a los Dispute Board, casi el 99 por ciento de las decisiones de los Dispute Board son confirmadas por los tribunales arbitrales, pero más importante que eso es el hecho de que en la casi generalidad de los casos, las partes que suscribieron un contrato que contenga un mecanismo de Dispute Board, prefieren resolver las controversias sin intervención de terceros, entre ellas las originadas en “cambios de circunstancias”.

### **XIII. El deber de “renegociar” en casos de *hardship***

Mucho se ha discutido sobre el deber de renegociar que tienen las partes en casos de que ocurra un evento imprevisible que produzca que la obligación se vuelva excesivamente onerosa o se el contrato se vea frustrado.

El pronunciamiento de la Corte de Casación belga en el caso antes citado<sup>1150</sup>, puso en debate la posibilidad de que los contratos amparados por el Convenio de Compra Venta Internacional de Mercaderías de UNICTRAL -convenio que en este trabajo hemos denominado como CISG- sean sujetos a renegociación en el caso de que exista una situación de *hardship*. Como sabemos el artículo 79.5<sup>1151</sup> de la Convención de Viena no hace referencia alguna a la posibilidad de renegociar en caso de fuerza mayor o de un impedimento que provoque un cambio de circunstancias en el contrato por lo que muchos comentaristas señalan que existe un vacío de parte de dicha convención<sup>1152</sup>. Al existir dicho vacío sugieren que se aplique el artículo 7.2<sup>1153</sup> de la CISG que establece que en caso de que no exista un tratamiento expreso de parte de la CISG de una determinada institución, la misma será abordada por los principios generales del derecho y a su falta, por los principios contenidos en la ley aplicable según el derecho internacional privado. Esa fue la

---

<sup>1150</sup> Se trata del caso Scafom identificado como Cass. (Belge) 19 juin 2009, nr. C. 07. 0289.N, disponible en <http://www.juricaf.org/arret/BELGIQUE-COURDECASSATION-20090619-C070289N> consultado en octubre de 2014.

<sup>1151</sup> El artículo 79,5 de la CISG señala: Sección IV. Exoneración.- Artículo 79.- 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.

<sup>1152</sup> Dewez, *Ibíd*, 111.

<sup>1153</sup> El artículo 7 de la CISG señala: Artículo 7. - 1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

posición que asumió la Corte de Casación belga en el caso *Scafom*, posición contraria a la corte de Amberes que señaló que lo que había que hacer era aplicar la ley aplicable, es decir la ley francesa en virtud de las reglas de derecho internacional privado<sup>1154</sup>. Para la Corte de Casación belga, los principios generales de derecho a aplicar, conforme la Convención de Viena, son los principios establecidos por UNIDROIT<sup>1155</sup>. En los preámbulos de dichos principios, se señala que se aplicarán para informar sobre la inteligencia de otros instrumentos internacionales<sup>1156</sup> y en su artículo 6.2.3<sup>1157</sup> se señala que en caso de *hardship* se podrá solicitar, como vimos anteriormente, la renegociación del contrato. En contra de esta visión, Dewez insiste en que no existe posibilidad alguna de concluir que los principios de UNIDROIT (o los PECL<sup>1158</sup>) puedan aplicarse para la interpretación del artículo 79 de la CISG pues ni legislativa ni históricamente, ello fue pensado de ese modo. Las razones por las que no es posible hacerlo, según Flambouras<sup>1159</sup>, son las siguientes:

- a) En primer lugar, los PECL son una contribución pensada por sus autores para constituirse en la base de un derecho europeo común, mientras que los CISG son de alcance universal o se pretendió que así fueran.
- b) Incluso en el caso de que la convención sea aplicada por un juez o árbitro de la Unión Europea es difícil que el mismo tenga que referirse a los principios

---

<sup>1154</sup> Dewez, *Ibíd.*

<sup>1155</sup> A estos principios nos hemos referido como los UPICC a lo largo de este trabajo.

<sup>1156</sup> Los preámbulos señalan: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. *Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.* Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. *Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.* Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.” (Énfasis añadido).

<sup>1157</sup> ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)) (1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

<sup>1158</sup> PECL o Principles of European Commercial Law.

<sup>1159</sup> Flambouras, Dionysios, P., “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, en 13 *Pace International Law Review* (Fall 2001) 261-293, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html> consultado en octubre de 2014.

generales de derecho establecidos en los PECL o en los UPICC por la sencilla razón de que el artículo 7.2 se refiere a los principios generales del derecho en los cuales se basa la CISG y evidente que esta no reconoce al *hardship* y en consecuencia no consta como uno de sus principios generales del derecho<sup>1160</sup>.

- c) Los UPICC y los PECL se refieren a contratos en general y no, como la CISG, a contratos de venta, por lo que aquellos necesariamente han de referirse a contratos de largo plazo, en especial.
- d) Finalmente, tal opción, es decir, obligar a una renegociación, atentaría contra la intención de las partes que, de haberlo querido así, hubiesen incluido una cláusula de renegociación o de *hardship* en sus contratos<sup>1161</sup>.

Frente a esta opinión, el Comité Consultivo de la CISG, emitió, como se recuerda, una Opinión, la número 7, en la que acepta la posibilidad de que el artículo 79 de la CISG sea aplicada a casos de *hardship*.

Momberg Uribe parte del análisis del sistema de responsabilidad establecido en la CISG. Para este autor chileno, es necesario realizar un análisis previo del tipo de responsabilidad establecido en la CISG que es una *strict contractual liability*, es decir, que las partes son responsables de todos los eventos más allá de la negligencia o no de las partes. De allí que el artículo 79 CISG señale que solo existe una razón para la cual se permite el incumplimiento y es un hecho que esté más allá del control y que haya sido razonablemente no previsto al momento de la contratación<sup>1162</sup>. En consecuencia, señala Momberg, la doctrina determina los siguientes requisitos para la aplicación del remedio: a) la existencia de un impedimento más allá del control de la parte; b) que no haya sido previsto al momento de suscribir el contrato; y, c) que no sea posible evitarlo. Estos requisitos, señala el autor chileno, son también materia

---

<sup>1160</sup> Flambouras cita la decisión del tribunal civil de Monza, en el cual, un vendedor italiano alegó *hardship* de un contrato que mantenía con un comprador italiano alegando que los precios se habían incrementado. La corte señaló que no cabía dicho remedio por no estar entendido en el artículo 79 CISG, ver nota *ut supra*.

<sup>1161</sup> Otros autores sostienen que si bien los UPICC no representan el estándar mínimo, si constituyen una opinión internacional común cuyo objetivo es buscar la mejor solución aplicable. Cfr. Dewez, *Ibíd*, 113.

<sup>1162</sup> Momberg Uribe, Rodrigo, The Duty to Renegotiate an International Sales Contract of Hardship – International Case Note, en Dewez, *Ibíd*, 119.



del principio de razonabilidad, que, para algunos es fuente del principio *rebus sic stantibus*<sup>1163</sup>.

### **XIII.I. El fracaso de la renegociación por eventos sobrevenidos.**

En aquellos casos en que las partes no han contemplado en sus contratos las consecuencias del fracaso de la renegociación, son las mismas partes quienes solicitan se de por terminado el contrato. Como señaló Van Houtte, en esos casos, los árbitros se han rehusado a darlo por terminado<sup>1164</sup>. El caso I.C.C. 2478 de 1974<sup>1165</sup>, surge de un contrato de venta de combustible entre una compañía francesa y una rumana que, luego de firmado el contrato, se negó a entregar el producto aduciendo que había ocurrido un cambio en el precio del petróleo y en consecuencia, se había violado el contrato suscrito. El contrato contenía una cláusula que establecía que en caso de devaluación del franco francés o del dólar americano, las partes se reunirían a examinar las consecuencias de dicho cambio para restablecer el contrato a su equilibrio original así como determinar qué pasaría con el combustible no enviado y con el no pagado. El tribunal arbitral se negó a dar por terminado el contrato debido (y a pesar del) fracaso de las negociaciones ya que consideró que dicha cláusula no era de ninguna manera una cláusula de renegociación del precio del combustible vendido. Respecto del fracaso de las negociaciones, el tribunal señaló:

In addition, Appendix 3 does not automatically entitle the parties to the cancellation of the contract should the negotiations fail. The respondent could certainly have had recourse to arbitration had it considered that the other party's refusal to accept the new price offered by the respondent was unjustified. But as long as the arbitral award, which would be favourable to it, had not been made, nothing in Appendix 3

---

<sup>1163</sup> Como señalamos en el capítulo I, Aristóteles al distinguir entre las cosas razonables de las que no lo son, subraya que "...entran en la consideración de razonables los actos en que puede haber indulgencia y no pueden considerarse las faltas de igual modo que los delitos, ni tampoco los casos de mala suerte, pues son casos de mala suerte los imprevisibles y que no obedecen a la maldad; faltas, las que no son imprevisibles pero tampoco obedecen a la maldad; y delitos, los que tampoco son imprevisibles pero sí obedecen a la maldad, pues lo que es fruto de la pasión obedece a la maldad." Sin embargo, preferimos ubicar en el pasaje de la *Ética* antes citado debido a que en el mismo se ve con mayor claridad el papel del agente y de los hechos imprevisibles a los que se ve sometido tomando en consideración su experiencia y actividad. La cita de la *Retórica* consta en: Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pag. 126 donde el mismo autor señala que es lo razonable lo que llevó al hallazgo del arbitraje, para que en él prime lo razonable y no solo la ley.

<sup>1164</sup> Van Houtte, *Ibíd*, § 117; al respecto Van Houtte cita dos casos, el primero originado en la Corte Arbitral de la *Japan Shipping Exchange* de Septiembre 20 de 1975 y el caso de la ICC 2478 de 1974.

<sup>1165</sup> El caso se halla disponible en <http://www.trans-lex.org/202478> consultada en octubre de 2014.

authorized the respondent to suspend unilaterally the deliveries provided in the contract<sup>1166</sup>. (Énfasis añadido).

### **XIII.II. La injustificada negativa de renegociar.**

En otros casos, señalados por el mismo autor, el tribunal arbitral consideró que el hecho de que la parte se niegue a renegociar de forma injustificada constituye un rompimiento del contrato y así lo resolvieron en el caso arbitral 4761 de 1987<sup>1167</sup>. Este caso surge de un contrato de construcción entre un consorcio de empresas italianas y una compañía libia. Si bien las partes establecieron un cronograma de trabajos, ciertos hechos relativos a la ejecución de la obra<sup>1168</sup>, los trabajos se retardaron debido a causas no previstas. Las constructoras solicitaron una renegociación pero el contratante se negó a aceptar el cambio de contrato solicitado. El tribunal falló de este modo:

Ce faisant, le droit libyen, à l'image d'autres droits nationaux tels le droit allemand et le droit suisse ou encore de la Lex Mercatoria (Cf. sentence CCI, 1512, Clunet 1974, 905 ; sentence CCI 2291, Clunet 1976, 999), donne effet à la théorie de l'imprévision qui procède du principe que la règle "pacta sunt servanda" trouve sa limite dans le principe supérieur de la bonne foi.

Dans cette perspective, le Tribunal Arbitral observera encore que le droit libyen, tout comme le droit suisse et le droit allemand, prescrit non seulement aux parties d'exécuter leurs obligations conformément aux règles de la bonne foi (Cf. art. 148 ch.

---

<sup>1166</sup> Caso 2478, Decisión del Tribunal.

<sup>1167</sup> Disponible en <http://www.trans-lex.org/204761>, consultada en octubre 2014.

<sup>1168</sup> Es interesante señalar cómo los hechos que la demandada adujo como imprevistos para retardar el cumplimiento de la obra, son, en muchos casos, hechos que serían repudiados en otras legislaciones. Veamos la lista de eventos no previstos, - retard dans la concession, par l'administration des douanes libyennes, des permis d'importation des matériaux et de l'outillage nécessaires pour la réalisation de l'ouvrage ; - retard dans la concession, par l'autorité administrative libyenne, des visas d'entrée pour les travailleurs étrangers ; - non conformité des plans ; - obligation de démolir certaines constructions ; - mauvaises conditions climatiques ; - difficultés d'approvisionnement de certaines matières premières tels le ciment et le sable. Como vemos, esos casos se refieren a dos grupos principales: a) actos del gobierno (retrasos en la administración de aduanas y de entrega de visas); b) al diseño de la obra y del trabajo (no conformidad con los planos); c) falta de previsión en la revisión misma del lugar donde están desarrollándose las actividades de la obra (el constructor no sabía que había obras que demoler); c) climáticas (malas condiciones climáticas); y, d) de administración del negocio (dificultades de aprovisionamiento de cemento y arena). De modo que las causas mismas alegadas por las empresas italianas no parecen ser atribuibles a empresas con experiencia en construcción en una zona como Libia y sobre todo en actividades en general de construcción. Con la advertencia de que no es posible pronunciarse sobre un caso arbitral confidencial del que solo se disponen referencias, como las señaladas en la página web referida, la resolución de tribunal arbitral parecería ser una excepcionalidad no justificable en la doctrina general de esta cláusula.

1 du Code civil libyen), mais encore interdit l'abus de droit (Cf. art. 5 du Code civil libyen).

L'article 657, ch. 4 du Code civil libyen ne constitue ainsi qu'un cas d'application de ces deux principes - au demeurant interdépendants -, car il est manifestement contraire à la bonne foi et, partant, abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifiées à un point tel que l'économie de ce contrat se trouve bouleversée.

Por lo que se estableció esta posición arbitral de que en caso de que la contraparte se niegue a renegociar de forma injustificada, las partes pueden liberarse del compromiso contractual, previa resolución de los árbitros competentes, se entiende, y siempre que concurren cinco principios fundamentales:

- a) Que efectivamente exista unas circunstancias imprevistas
- b) Que esas circunstancias alteren el equilibrio contractual previsto por las partes
- c) Que la parte se niegue a renegociar de forma injustificada
- d) Que esa negativa constituya una falta de aplicación del principio de buena fe
- e) Que esa negativa constituya un abuso de derecho.

### **XIII.III. La obligación de renegociar sin cláusula de renegociación.**

En otros casos, el tribunal arbitral determinó que incluso en los contratos de largo plazo que no contenían una disposición obligatoria de renegociar, las partes tienen la obligación de hacerlo. Este es el supuesto del laudo arbitral de la I.C.C. 2291 de 1975<sup>1169</sup>. El caso se presentó entre un transportador francés que solicitaba una revisión del precio de transporte de las mercaderías (laminadores) debido a que los bienes a transportar eran más numerosos y de mayor volumen que los acordados. La cláusula señalaba lo siguiente: « 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.»<sup>1170</sup>

Si bien, como señaló el tribunal, en el derecho francés no cabe la revisión del contrato por variación de circunstancias del mismo, el derecho inglés es más flexible

---

<sup>1169</sup> Mencionado anteriormente y disponible en <http://www.trans-lex.org/202291>, revisada en octubre de 2014.

<sup>1170</sup> Caso I.C.C. 2291 antes citado.

al respecto por lo que aplicando principios de derecho internacional, entendió lo siguiente:

Les conventions doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire et la renégociation raisonnable étant coutumière dans les contrats économiques internationaux.

Les parties doivent faire preuve d'une diligence normale, utile, et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en veillant à ne pas faire des offres hâtives, non raisonnées, susceptibles de surprendre le cocontractant.

Por lo que consideró que las partes debían renegociar el contrato en aplicación del principio de buena fe comercial, incluso a pesar de que la obligación de renegociar no se encontraba claramente dispuesta en el contrato.

#### **XIII.IV. Después de la negociación exitosa, la cláusula RUFO**

En ocasiones, una vez que las partes han acordado la renegociación del contrato debido a un evento imprevisible, extraordinario y que haya provocado una excesiva onerosidad sobrevenida, los contratantes pueden establecer mecanismos que contemplen qué ocurrirá una vez que dicho evento haya sido superado en relación a una parte de los acreedores, ese es el caso de las denominadas cláusulas RUFO o Rights Upon Future Offers.

En otras palabras, en caso de una renegociación entre un deudor y varios acreedores, si uno o varios acreedores se niegan a aceptar dicha renegociación y si posteriormente, la parte deudora que ha alegado la dificultad para el pago, realiza voluntariamente un pago a favor de alguno o algunos de los acreedores que no aceptaron la renegociación inicial, entonces, la renegociación queda sin efecto y el deudor deberá pagar el cien por ciento de la deuda originalmente adquirida; esta cláusula, en el caso argentino que veremos a continuación, tenía un margen de temporalidad limitado; sin embargo, se podría redactar una a perpetuidad o hasta que la obligación haya sido sanada completamente. Efectivamente, la cláusula en cuestión, derivada de una disposición general *pari passu*, se aplicó en el caso iniciado por NML en contra de Argentina por el pago de bonos de deuda<sup>1171</sup>. La

---

<sup>1171</sup> El caso es REPUBLIC OF ARGENTINA v. NML CAPITAL, LTD., 695 F. 3d 201, affirmed, disponible en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-842> consultada en noviembre 2015.

República Argentina se comprometió a dicho pago mediante un documento de carácter general<sup>1172</sup> que señalaba lo siguiente:

If following the expiration of the Invitation until December 31, 2014, Argentina voluntarily makes an offer to purchase or exchange or solicits consents to amend any securities eligible to participate in the 2005 exchange offer and not tendered or accepted pursuant to that offer or the April 2010 exchange offer (other than an offer on terms substantially the same as, or less favourable than, the April 2010 exchange offer), Argentina will take all steps necessary so that each holder of Discounts will have the right, for a period of at least 30 calendar days following the announcement of such offer, to exchange any of such holder's Discounts for the consideration in cash or in kind received in connection with such purchase or exchange offer or securities having terms substantially the same as those resulting from such amendment process, in each case in accordance with the terms and conditions of such offer to purchase, exchange offer or amendment process. The right of tendering holders to participate in any such transaction is subject to certain conditions described under "Description of the New Securities" Rights Upon Future Offers<sup>1173</sup>.

El derecho para adherirse a este caso se cerró el 31 de diciembre de 2014 cuando se habían registrado cerca de nueve billones de dólares en aplicación de dicha cláusula; el juez aún no ha resuelto el caso, sin embargo, ordenó que las partes negocien para lo cual nombró un mediador calificado<sup>1174</sup>. Es una cláusula que se deriva de la naturaleza misma de la excesiva onerosidad sobrevenida; es decir, es probable o muy probable que en contratos de larga duración, ocurran hechos imprevisibles que vuelvan excesivamente onerosa una obligación, las partes renegocian y al hacerlo establecen una cláusula que permita retomar los términos originales del acuerdo pactado una vez que el fenómeno cíclico haya sido superado.

#### **XIV. La adaptación del contrato.**

Como ocurre en los casos en que las partes constituyeron un Dispute Board, en general éstas buscan sostener sus relaciones comerciales. Como hemos visto a lo

---

<sup>1172</sup> Disponible en [http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/914021/000090342310000684/roa-424b5\\_1203.htm](http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/914021/000090342310000684/roa-424b5_1203.htm) consultado en noviembre 2015.

<sup>1173</sup> La cláusula se puede encontrar en la oferta pública, página S-22, disponible en [http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/914021/000090342310000684/roa-424b5\\_1203.htm](http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/914021/000090342310000684/roa-424b5_1203.htm) consultado en noviembre 2015.

<sup>1174</sup> Noticia disponible en <http://en.mercopress.com/2015/10/31/grieta-accepts-me-too-claims-and-raises-argentina-s-bond-debt-to-us-9bn> consultada en noviembre 2015.

largo de este texto, ciertos sistemas legales no permiten que el juez adapte el contrato (la inglesa o la norteamericana), mientras que otros si dan al juez esta facultad, como el caso de la italiana. En el caso de los procesos arbitrales, esto dependerá de la cláusula arbitral.

En algunos casos, señala Van Houtte, las partes acuerdan entregar al árbitro esta facultad y en muchas ocasiones dichas cláusulas son más bien vagas. Van Houtte señala algunos ejemplos<sup>1175</sup> de este tipo de cláusulas en las que el árbitro debe tener "due regard for the interests of the other party" o respetar "l'esprit de collaboration et de répartition équitable des résultats"; o hacer lo que sea necesario "pour rétablir la position relative des parties". También ocurre según el mismo árbitro, que las partes quieran someter a su aprobación la decisión del árbitro en cuyo caso la no aprobación de la misma da por terminado el contrato. El debate que surge al respecto es si la adaptación es tarea de un árbitro. Como Van Houtte señala, la adaptación no es arbitraje por lo que en 1978, la ICC emitió una serie de normas relativas a la adaptación de un contrato. Estas normas establecen el marco procedimental en el cual las partes pueden adaptar sus contratos, sea bajo un panel de tres miembros o uno solo u otorgándole a ese panel la posibilidad de que sus resoluciones sean obligatorias o meramente recomendaciones<sup>1176</sup>. El mismo razonamiento se debe hacer en el caso de las compensaciones debidas por las circunstancias no previamente previstas en el contrato<sup>1177</sup>.

---

<sup>1175</sup> Van Houtte, *Ibíd.*, § 122.

<sup>1176</sup> Van Houtte, *Ibíd.*

<sup>1177</sup> Es decir, si la persona que determina las compensaciones debidas sigue siendo un árbitro o no ya que el papel de asignar las mismas, es decir el de ajustar los valores originados en este caso, nuevamente, deben o pueden ser considerados un árbitro, Van Houtte, *Ibíd.*

## Conclusiones

1.- El principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* encuentra su justificación en el trabajo de varios pensadores de la Antigüedad: Cicerón (“*De los Deberes*”, 44 a.C. 56-62 d.C.), Séneca (“*De los Beneficios*”) y Aristóteles (“*Ética a Nicómano*”, siglo IV a.C.). Las tres obras pertenecen a una tradición que buscaba responder a la pregunta ¿Qué es más conveniente para un ciudadano?. La respuesta pasaba necesariamente por una indagación sobre la necesidad de cumplir los pactos a los que se hubiera comprometido. Cuando Cicerón y Séneca responden a esta pregunta, consideran que el cambio de circunstancias excusa al obligado de cumplir su obligación; en el caso de Aristóteles, se plantea la necesidad de redistribuir los riesgos.

2.- Sin embargo, no es plausible que el cambio de circunstancias, en la forma planteada por Séneca de “*De los Beneficios*” pueda ser tomado como un antecedente del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* debido a que Séneca limita el alcance de su discurso a los *beneficios*, que eran deberes morales por lo que el razonamiento que hace sobre las promesas de entregar beneficios no se aplicaban a operaciones de crédito.

3.- Tampoco parecería posible que el origen del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* se encuentre en la obra “*De los Deberes*” de Cicerón porque el *topos* de la espada y el loco fue introducido por Platón en “*La República*” y, sustancialmente, porque cuando Platón y Cicerón excusan al depositario de la entrega de la espada a aquel que se volvió loco durante el tiempo que duró el depósito, lo que cambia no son las circunstancias sino el estado mental del acreedor.

4.- De otro lado, parecería más probable que el origen del principio se encuentre en la obra de Aristóteles, concretamente en el uso de la epiqueya para corregir situaciones injustas no contempladas en la ley y en el *topos* del capitán y la tempestad.

5.- En la “*Ética a Nicómano*” Aristóteles discurre sobre dos tipos de justicia, la distributiva, referida a honores y cargos en la comunidad; y, la conmutativa, cuyo objeto era corregir las relaciones entre ciudadanos que se hubieran vuelto injustas. De otro lado, subraya que debido a la naturaleza de la ley, esta solo puede

contemplar casos universales y que en ocasiones el Legislador no puede o no quiere regular todos los casos particulares. Como existen hechos imprevistos por la ley, y con el afán de corregir transacciones que se hubieran vuelto injustas, recomienda al juez o árbitro que recurra a la epiqueya como herramienta para interpretar la ley y evitar la injusticia.

6.- En la misma “Ética a Nicómano”, Aristóteles distingue los actos del hombre en actos voluntarios, forzosos y mixtos. Son voluntarios los actos deliberados, como obligarse en un pacto; forzosos, los que se derivan de una fuerza ajena al hombre, como los derivados de la naturaleza o el azar; y, los mixtos, en los cuales el hombre, si bien actúa con voluntad, lo hace para evitar un mal mayor. En estos casos se halla el capitán que se enfrenta a la tempestad y que con el afán de salvar su vida y la de los demás, arroja por la borda la mercancía para aligerar la nave y llegar a puerto. Ya en el puerto, si el capitán actuó con prudencia y pericia, la pérdida se distribuye entre los contratantes. En este *topo* se encuentran los caracteres principales del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, un hecho imprevisible, extraordinario, sobrevenido e irresistible ante el cual el contratante actuó con prudencia y pericia y cuyo resultado fue la distribución de riesgos entre los contratantes pero que no lo excusó de cumplir el contrato.

7.- Esta distribución de riesgos – o pérdidas – debida a un hecho imprevisto, extraordinario, sobrevenido e irresistible tuvo amplio uso en la Antigüedad como lo demuestra el acuerdo origen del juicio denominado “*Contra Lácrito*”; el contrato que origina dicho caso, contenía una cláusula de distribución de pérdidas en caso que el capitán de la nave tuviese que echar por la borda la mercancía cuyo transporte se le había encargado. Lácrito pretendía hacer del juicio un caso de aplicación de la *lex rhodia* pero Demóstenes impugnó la excusa solicitada por Lácrito ya que el capitán de la nave había desviado el curso de la nave arriesgando su carga y por tanto se desechó la causa. Demóstenes y Aristóteles vivieron en el siglo IV a.C.

8.- Desde el punto de vista legal, encontramos que en la isla de Efeso en el 86 a.C., como consecuencia de la guerra del rey Mitrídates contra los romanos, se estableció una norma legal que excusaba el cumplimiento de préstamos obtenidos de templos o ciudadanos, mientras que en el caso de depósitos bancarios, se permitía que el riesgo de dichos depósitos se distribuyera entre acreedores y deudores hasta por un periodo de diez años.



9.- En el Derecho Romano podemos encontrar dibujada la evolución del principio de santidad de los contratos. En un principio el rito para adquirir una obligación estaba fuertemente supervisado ante la comunidad; las formas rituales primitivas eran públicas y propias de una comunidad de propietarios: la presencia de un *libripens*, que daba fe de la equivalencia de las prestaciones; el hecho de que el deudor aceptase obligarse ante la comunidad y la posibilidad de que el acreedor tomase la vida del deudor incumplido, convertían al régimen arcaico de las obligaciones en severo y formal. La civilización romana cambia, entra en contacto con otras culturas y así ocurre con su derecho. El *nexum* se transforma en *sponsio* y esta en *stipulatio*; se sustituye el derecho a tomar la vida del deudor por el derecho a tomar la totalidad de sus bienes (gracias a la *Lex Poetilia Papiria*) y posteriormente solo se permite tomar la parte de bienes útil para cubrir la obligación adeudada muestran el inicio de una nueva etapa: la incorporación, de parte del pretor, de los contratos consensuales.

10.- Los contratos consensuales se encuentra casi en las antípodas del *ius civile* que no otorgaba acción legal a los meros pactos. Con los contratos consensuales, el mandato, la sociedad, la compra venta y la locación, se implementan una serie de mecanismos para distribuir los riesgos derivados de la ejecución de los mismos. Uno de dichos mecanismos es la *condición* que, formulada en forma de *stipulatio*, permite distribuir el riesgo conforme la voluntad de las partes.

11.- De otro lado, cuando las partes no habían incorporada en sus contratos la forma en que se han de distribuir los riesgos, los juristas desarrollan tres conceptos claves, la *impossibilum nulla obligatio est*, la *vis maior cui resist non potest* y el *periculum*. Por la primera de las instituciones los juristas romanos consideraban que a nadie se le podía obligar a ejecutar lo imposible; por la segunda que el deudor se liberaba de la obligación cuando ocurría un hecho sobrevenido, irresistible e imprevisto y por el tercero, que el riesgo en la ejecución del contrato lo llevaba quien recibía su ganancia.

12.- Finalmente, los juristas romanos desarrollaron formas jurídicas que exoneraban del cumplimiento de la obligación en casos en que la misma se había vuelto intolerable para el arrendador (D. 19.2.25.6); en los casos que por un hecho posterior, como en el matrimonio que no se perfeccionaba y era necesario devolver la dote (D.12.4); en los casos en que el acreedor era esclavizado y no era posible pagar

la deuda en los términos acordados (D. 46.3.38) y en el caso de la *lex rhodia* (D.14.2.1).

13.- En el Medioevo, le corresponde a Bartolo, inspirado en el texto de Neracio sobre la dote (D.12.4), incorporar la cláusula en la forma que ha llegado a nosotros: “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”

14.- Santo Tomás recurre al concepto de la epiqueya para explicar que frente a casos sobrevenidos, cometía un pecado quien se apegaba al texto estricto de la ley; que, como se recordará, es el mismo argumento que usó Aristóteles para explicar la necesidad de corregir la injusticia a través de la epiqueya frente a casos no previstos por el legislador.

15.- Le cupo a Hugo Grocio el haber establecido el principio de que cláusula *rebus sic se habentibus* de Bartolo no era universal pues obligaba únicamente en el caso de que la condición tácita “*si res manea quo sunt loco*” fuera la razón fundamental de la promesa, es decir, siempre que se demostrase que la permanencia de las circunstancias iniciales al momento de la promesa era la única razón que había motivado al *promisor* a vincularse, en otras palabras solo cuando existiese una *rationis cessatio*.

16.- Los códigos *ius naturalistas*, como el *Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis* y el *Allgemeines Landrecht* recogieron la cláusula. El *Codex* estableció tres requisitos: la ausencia de culpa; la imprevisión del cambio de circunstancias; y, su relevancia objetiva según el parecer de una persona neutral. De su parte el *Allgemeines Landrecht* establecía que no era posible liberarse de una obligación fuera del caso de una verdadera imposibilidad, pero sí por una variación imprevista que frustrara el “fin último de ambas partes”.

17.- La jurisprudencia inglesa reconoce que hechos no previstos por las partes pueden frustrar el propósito del contrato. El caso que establece dicho principio es *Taylor v. Cadwell* de 1863 en el que recogiendo razonamientos propios del *civil law*, el juez Blackburn estableció el principio de que el contrato vinculaba a las partes mientras las circunstancias implícitas que las partes entendieron al momento de suscribir el contrato, se mantuvieran. En los denominados *coronation cases* (1902), se estableció el principio general de que el efecto de la *frustration of purpose* es que cada parte sufre el riesgo nacido de un hecho sobrevenido. En *Davis Contractor Ltd.*

V. *Fareham* (1956), la jurisprudencia inglesa establece el test para la concesión del remedio (construcción de los términos contractuales, situación antes y después de los hechos; y, verificar que las obligaciones antes y después de los hechos han cambiado radicalmente). En este caso se introdujo el principio *Non haec in foedera veni*, es decir, no es esto lo que contraté. En 1943, se establece la *Law Reform Frustrated Contracts Act* cuyo objetivo principal es la distribución de riesgos derivados de una situación de *frustration of purpose*.

18.- La jurisprudencia norteamericana introduce dos conceptos. La *impracticability* y la *frustration of purpose*. La *impracticability* está disponible para los vendedores, con la notable excepción de Mississippi que ha puesto a disposición de ambas partes el remedio. La *frustration of purpose*, de otra parte, se halla a disposición de ambas partes. El caso inicial de la *impracticability* es *Mineral Park Land Co. v. Howard* en el que se concede el remedio debido a que el aprovechamiento económico de la obra contratada era comercialmente impracticable, entendiéndose esto en el sentido de que cumplir el contrato era impracticable para una de las partes. Los requisitos de la *impracticability* son: a) el evento no previsto debe haber convertido el cumplimiento de la obligación en impracticable, b) la no ocurrencia del evento debe haber sido un presupuesto fundamental de las partes; c) la *impracticability* debe haber ocurrido sin “culpa” de la parte que la alega; y, la parte que alega el remedio de la *impracticability*, no debe haber asumido una carga más grande que la ley impone. Existen varios grupos de casos, los *uranium cases*, los *crop failure cases*, los *energy crisis cases* y los *reversal energy cases*. En todos ellos se enfatiza en la distribución de riesgos que las partes han hecho respecto de eventos imprevistos. Se considera en general que es una falta de diligencia y por ende existe culpa, el hecho de que las partes no hayan distribuido los riesgos en los contratos. Los contratos de precio fijo, son ya una distribución de riesgos por el cual, una de las partes asume la carga de la variación del precio en su favor o en su contra. En los casos en que exista cláusulas de variación de precio, las mismas deben ser lo suficientemente estructuradas como para evitar que una de las partes haya asumido un riesgo mayor que el establecido por la ley. En casos en que se alegue variación de las condiciones de mercado o eventos imprevisibles, las cortes niegan el remedio en tanto y cuanto se le exige al deudor un grado de diligencia en razón de su profesión. En el caso de la *frustration of purpose*, los requisitos que se exigen son: a) el evento

debe haber “frustrado sustancialmente” el “propósito fundamental” del contrato; b) El evento se basaba en una suposición mutuamente asumida de que el evento no se produciría; c) el evento se produjo sin culpa de la parte que lo alega; y, d) la parte no debió haber asumido una obligación superior que aquella establecida por la ley. El primero de los requisitos es el más difícil de demostrar pues las cortes americanas han considerado que el propósito de un contrato no se frustra cuando una de las partes obtiene una ganancia menor de la esperada; también es difícil de probar el cuarto requisito puesto que para que proceda el remedio es preciso que la frustración haya sido casi total. En este sentido, las cortes norteamericanas han establecido que la distribución de riesgos es de responsabilidad de las partes y a ellas les corresponde hacerlo de forma previa en el contrato. El caso más conocido a este respecto es *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.* de 1980, en el cual el contrato a pesar de contener una cláusula de adecuación de precios no pudo prever la forma en que la *alúmina* variaría de precio y rompería el equilibrio contractual; cuando se solicitó la aplicación de la *impracticability* el juez de la causa no solo la concedió sino que reformó el contrato; este procedimiento fue duramente atacado y las partes apelaron al juez superior. En la práctica legal americana ha aparecido otro mecanismo de distribución de riesgos inspirado en los contratos relacionales en los cuales las partes se comprometen a llevar adelante el proyecto en un mecanismo de cooperación mutua. Para evitar la distribución de riesgos una vez que ha ocurrido el hecho se ha ideado la figura de los *Dispute Board* cuyo mecanismo consiste en la distribución no adversarial de riesgos. El éxito del mecanismo es de tal importancia que en los contratos de largo plazo o de cumplimiento diferido, como contratos de construcción o distribución, financiados por entidades financieras internacionales, se ha adoptado de forma obligatoria el mecanismo.

19.- En el caso del *common law* se debe señalar que tanto la jurisdicción inglesa como la norteamericana se encargaron de resolver los denominados *Suez Canal cases*. Estos casos eran de dos tipos, los de venta que fueron conocidos exclusivamente por jueces británicos y los de transporte que fueron conocidos por jueces británicos y norteamericanos. En los primeros casos, los jueces aceptaron el remedio de *frustration of purpose* debido a que por el bloqueo del Canal las naves tuvieron que llegar a su destino por el Cabo de Buena Esperanza, al sur de África cuando la vía que habían tomado era el Canal de Suez, en el Mediterráneo. Al

aceptar el remedio ordenaron el pago de los gastos extras, sin embargo, dichas decisiones fueron sobreseídas en los juicios posteriores por considerar que no cabía dicho incremento por no haber sido excesivo.

20.- En el *civil law* ocurre una cosa similar, es decir, se establece el principio contenido en la cláusula *rebus si stantibus* como un mecanismo de distribución de riesgos. En el caso italiano el remedio es conocido como *eccesiva onerosità sopravvenuta*. En la institución italiana, las partes, en presencia de un hecho imprevisible que salga del alea normal del contrato, puede ofrecer a la otra parte que se modifique el contrato, si esta negociación fracasa, el deudor puede acudir al juez y pedir que se aplique el remedio de la *reductio ad equitatis* que no es otra cosa que la herramienta puesta a disposición del juez para equilibrar los términos contractuales a consecuencia de la nueva circunstancia derivada de hechos no imprevisibles y extraordinarios. Esta solución se da en el ámbito del deber establecido en el artículo 2 de la Constitución italiana que ordena actuar conforme un deber de solidaridad social que incluye la prohibición de actos de emulación y la obligación de actuar de buena fe.

21.- El derecho francés usualmente es acusado de haberse anquilosado en el respeto irrestricto de la santidad de los contratos, lo cual sin duda es una acusación que se basa en el rechazo a la adaptación del contrato establecido en la sentencia de casación del caso *Craponne*, en el cual se dejó sin efecto la sentencia de una corte de apelaciones que había aceptado el remedio. La razón argumentada por la corte de casación fue que la corte de apelaciones había actuado con exceso de poder por cuanto la ley francesa no le facultaba al juez a modificar un contrato; en el caso *Craponne* había ya ocurrido una modificación del precio 150 años antes de la sentencia de casación. El contrato original había sido suscrito casi 300 años antes. Durante las dos guerras mundiales, Francia emitió dos leyes que permitieron a las partes renegociar los riesgos derivados de dos situaciones catastróficas como dichas guerras. Sin embargo, en el plano jurisprudencial, la situación se mantuvo inalterada y es en los años 80 cuando aparece la primera sentencia que ponía en duda el imperio absoluto del principio de santidad de los contratos. Durante años, la legislación francesa incorporó el remedio a través de leyes particulares, como la de arrendamiento o de pensiones vitalicias, sin embargo, los casos *Danone*, *Novacarb* y *Soffimat* dictados en los años 90 del siglo pasado, muestran la asimilación por parte

de la jurisprudencia francesa civil del principio contenido en la cláusula *rebus sic stantibus* a través del principio de buena fe. Finalmente, en 2011 se presentó un proyecto de ley (Catala) que establecía de pleno derecho en el código francés la figura de renegociación del contrato a consecuencia de hechos imprevisibles, extraordinarios y que provoquen una alteración en la ecuación contractual. Este proyecto fue incorporado a la reforma al libro de obligaciones del *Code Cive* que fue aprobada en el 2016, constituyéndose en la reforma al sistema contractual francés desde su expedición en 1804. El principio ya había sido reconocido en la jurisprudencia administrativa en la cual se aceptaba con el objetivo de no interrumpir el servicio público, tal cual ocurrió en el caso *Gas de Bordeaux* de 1916 donde se la conoce como teoría de la imprevisión.

22.- El caso español es paradigmático de la relación de amor odio que ha mantenido esta figura en la mente de los juristas de todo el mundo. Aceptada inicialmente en los años 40 (RJ 1940\1135 y RJ 1941\632), formulada en términos estrictos en una sentencia de 1956 (RJ 1957\2164), aceptada generosamente en los años de crisis económica española reciente (Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia num. 333/2014 de 30 junio de 2014) y vuelta a restringirse en el último año (STS, 1a, 11.12.2014). En España se presentó un proyecto de ley que recoge en varios acápites la forma en que el Tribunal Supremo ha tratado la materia, desde la frustración del propósito, las cláusulas implícitas y la desaparición de las bases del negocio. En las sentencias en las que se ha aceptado el remedio podemos ver que la preocupación de los jueces ha sido la distribución de los riesgos y en aquellas que las niegan, ocurre lo mismo, los jueces se han negado a distribuir los riesgos ocasionados por hechos imprevisibles que hayan roto el equilibrio contractual.

23.- En el caso brasileño y peruano podemos ver claramente la influencia alemana e italiana al haber adoptado, estas legislaciones, instituciones como la función social del contrato y el negocio jurídico, por lo cual, en ambas legislaciones se ha aceptado legislativamente el remedio. En el caso peruano, la solución tomada es similar a la italiana por cuanto se asume la institución de la excesiva onerosidad sobrevenida. En el caso brasileño, además de la función social del contrato, se debe considerar a la hora de aceptar el remedio, los mismos requisitos que la legislación italiana y peruana, es decir, hechos imprevisibles y extraordinarios que alteren la

relación entre las partes, dan derecho a que se distribuyan los riesgos, sea a través de una renegociación o directamente de la mano del juez.

24.- El caso ecuatoriano es paradigmático. Si bien la Constitución de 1978 en su artículo 19 numeral 11 establecía que los contratos podían ser revisados para evitar el enriquecimiento injusto, no contamos con una norma general que permita distribuir los riesgos en caso de hechos imprevistos que provoquen una excesiva onerosidad en el cumplimiento de los contratos. Encontramos sí, normas particulares como en el contrato de arrendamiento o comodato. No existe tampoco un proyecto de ley cuyo objetivo sea incorporar una norma general a este respecto. Lo que hemos podido encontrar es una sentencia de la Corte Suprema de 1981 que deja sin efecto una resolución de la Corte Provincial de Pichincha que aceptaba la teoría de la imprevisión; dicha sentencia había sido dictada sin consideración alguna a la doctrina o a la legislación comparada, por lo que se trataba de una sentencia minimalista, por llamarla de alguna forma, existen dos sentencias adicionales que lo niegan igualmente.

25.- En cuanto a las prácticas comerciales internacionales, sin duda la más relevante es la contenida en los Principios de Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT. En ellos se establece la cláusula de *hardship* como mecanismo para distribuir los riesgos derivados de hechos sobrevenidos, imprevisibles, extraordinarios, externos y que provoquen una alteración fundamental en el equilibrio del contrato, en dicho caso, la parte podrá solicitar la renegociación del contrato y en caso de no obtenerla de buena fe, la adaptación del contrato. Una definición similar está recogida en los Principios Europeos de Derechos de los Contratos. En la definición de UNIDROIT se considera que el *hardship* no es una excepción al principio de santidad de los contratos sino un mecanismo de adaptación de los mismos a las nuevas circunstancias con el fin de que sobrevivan. A nivel internacional se ha producido un intenso debate sobre la posibilidad de aplicar e interpretar el artículo 79 del Convenio de Compra Venta Internacional de Mercaderías al amparo de las normas de UNIDROIT. La Corte de casación belga usó este mecanismo que ha provocado intenso debate al interior de la comunidad académica, mismo que no ha concluido aún y que ha provocado que el Secretariado de la Convención haya emitido una opinión consultiva en la cual se acepta el procedimiento y sus consecuencias. También a nivel internacional se ha empezado a

utilizar mecanismos previos a los hechos que causen el desequilibrio fundamental con el fin de distribuir riesgos derivados de dichos hechos, esos mecanismos son los ya mencionados Dispute Board. De otro lado, ha aparecido una solución contractual posterior a una renegociación exitosa de un contrato afectado por eventos imprevisibles; esa solución se conoce con el nombre de RUFO (Rights Upon Future Offers) y que consiste básicamente en que el acreedor renegocia la deuda, en caso de la deuda a los acreedores que no negociaron, entonces, la deuda se vuelve exigible nuevamente. En otras palabras, la modificación contractual derivada de hechos sobrevenidos, imprevisibles, extraordinarios y fuera del control de la parte puede ser sometida a una nueva distribución de riesgos.



## Bibliografía

A. D., *Ley de las XII Tablas*, Madrid, Tecnos, 1996, 100.

Adame Goddard, Jorge, “El principio de buena fe en los contratos internacionales”, en Oviedo, Albán, Jorge, coord., *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*, Bogotá, La Sabana, 2010, 183-200.

Agüera, Sergio y Martín, Adriana, “La cláusula “rebus sic stantibus” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales” en Aranzadi digital num.1/2014, disponible en <file:///Users/JuanCarlosMejia/Downloads/140402%20ARANZADI%20%20INSIGNIS%20La%20cl%C3%A1usula%20rebus%20sic%20stantibus%20y%20otras%20f%C3%B3rmulas%20alternativas%20utilizadas%20en%20la%20jurisprudencia%20.pdf> consultada diciembre 2015.

Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, Bogotá, Temis, 230.

Al-Salam, Ga'far'Abd, “La liceità del debiti del Terzo Mondo, alla luce delle norme del diritto internacionales”, en Gutiérrez, Domingo Andrés et Schipani, Sandro, ed., *Il debito Internazionale*, Roma, Università Lateranense, 1998, 149-160.

Alpa, Guido, “Rischio”, en *Enciclopedia del diritto*, 1989, vol. 40, 1144

Alterini, Aníbal, ed., *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2000, 648.

Alterini, Atilio Aníbal, “Teoría de la Imprevisión y Hardship”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale

Aristóteles, *Etica a Nicómano*, Buenos Aires, Planeta-De Agostini, 1995.

Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianz Editorial, 2005, 2005.

Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, 126.

Aristotele, *La Costituzione degli Ateniesi*, Milano, Mondadori, 1991, 200.

Arnautoglou, Ilias, *Ancient greek laws*, New York, Routledge, 1998.

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 545.

Baranauskas, Egidijus et Zapolskis, Paulius, *The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contracts*, Lituania, Mykolas Romeris University, 2009, disponible en [www.mrumi.eu/lt/moksho\\_dabail/jurisprudencija](http://www.mrumi.eu/lt/moksho_dabail/jurisprudencija), consultada en enero 2014.

Barnett, Randy, "Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract", Georgetown University Law Center, 78 *Va. L. Rev.* 1175-1206 (1992), disponible en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1254>

Behn, Daniel, The confusing legal development of impossibility and changed circumstances: towards a better understanding of contractual adaptation at common law, en <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=30892> consultada en [Julio 2014](#).

Blanco, Andrés, ¿Por qué es importante el tiempo en el derecho?, en *Ruptura. Revista Interdisciplinaria de Análisis Jurídico*, Sociedad de Análisis Jurídico, Montevideo, No. 3, Agosto 2012, 39.

Beard Mary, *SPQR. A History of Ancient Rome*, London, Profile Books, 2015.

Beltrani, Sergio, *Istituzioni di Diritto Romano*, Roma, Esselibri Simone, 1999, 493.

Benedict, Ruth, *The Chrysanthemum and the Sword*, New York, Houghton Mifflin Company, 2005, 136.

Benítez Caorsi, Juan, *La Revisión del Contrato*, Bogotá, Temis, 2010, 372.

Betti, Emilio, *Periculum. Problema del rischio contrattuale*, en *Studi in onore de Pietro de Francisci*, vol. 1, Milano, 1956,

Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada, Comares, 2008, 530.

Bishop, Doak, Crawford, James et. Reisman Michael, *Foreign Investmen Disputes*, The Hague, Kluwer Law, 2005, 1653.

Brown, Chester, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 290.

Braucher, Robert, "The Legislative History of the Uniform Commercial Code", *Columbia Law Review*, Vol. 58, No. 6, Jan., 1958, pag. 798-814.

Brunner, Christopher, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, 428.

Camero, Jennifer, *Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability*, pag. 3; disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm>

Cardilli, Riccardo, "Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico", en Schipani, Sandro, ed., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, 253.

Carreras Maldonado, María, *Revisión del Contrato por el Cambio Extraordinario e Imprevisible de las Circunstancias*, disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/3/1022/6.pdf> , consultada agosto 2013.

Capitant, Henri, *et alt.*, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Civil Francesa*, Bogotá, Ediciones Dalloz, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Tomo 2, pag. 129 y sigs; el artículo es suscrito por los Profesores Terré y Lequette de París II. La versión francesa se la puede encontrar en [http://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu\\_fiches/Prive/La\\_revision\\_du\\_contrat/-GAJC-Terre-Lequette\\_183.pdf](http://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Prive/La_revision_du_contrat/-GAJC-Terre-Lequette_183.pdf),

Castán Pérez, Santiago, “*Conditio Iuris*” y “*Tacita Conditio*”, *Las condiciones implícitas en el derecho romano privado*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2006, 21.

Castán Vásquez, José María, “La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas”, en Schipani Sandro, *Ibíd*, 65.

Cedras, Jean, *Le solidarisme contactuel en doctrine et devant la Cour de Cassation*, disponible en [http://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_diverses\\_43/doctrine\\_devant\\_6260.html](http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html) , consultado en enero 2014.

Chamie Gandur, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 450.

Cheng, Bin, *General Principles of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006

Chern, Cyril, *On Dispute Boards*, Oxford, Wiley Blackwell, 2011.

Cicerón, Marco Tulio, “De los deberes”, Madrid, Alianza Editorial, 2001, 256.

Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomos V y VI.

Clark, Charles E., “The restatmen of the law of contracts”, *Yale Law Journal*, March, 1933, disponible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4256&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4256&context=fss_papers)

Cohen, George, “The Fault That Lies within Our Contract Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 107, No. 8, Symposium: Fault in American Contract Law(Jun., 2009), 1445-1460.

Colin Ambroise et Capitant, Henry, *Derecho Civil. Obligaciones*, México, Jurídica Universitaria, 2002, 266.

David, Rene, *Les grands systèmes de droit contemporaine*, Paris, Dalloz, 1992.

David, René, “Frustration of Contract in French Law”, en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 28, No. 3 / 4 (1946), 11-14.

De la Puente y Lavalle, Manuel, “La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú”, en Alterini, Aníbal, ed., *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2000, 273-286.

De los Mozos, José Luis et Soto Coaguila, Carlos, *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños*, Lima, Grijley, 2006.

Deleuze Giles et Guattari, Felix, *Anti Edipo, Capitalismo y Esquizofrenia*, disponible en <https://libcom.org/files/Anti-Oedipus.pdf> , consultado por última vez, diciembre de 2015.

Dewez, Julie et alt., *The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles*, European Review of Private Law, 1- 2011 (101-154), Kluwer Law International BV.

Demosthenes, *The orations od Demosthenes against Timocrates, Aristogiten, Aphobus, Onetor, Zenothemis, Apaturius, Phormio, Lacritus et alt.*, London, Henry G. Bohnm York Street, Covent Garden, 1861, pag. 185 – 202. Edición facsimilar realizada por la University of Michigan Library de la traducción original hecha por Charles Rann Kennedy en 1861.

Diez Picazo, Ponce de León, Luis, “La formación del contrato de compra venta de mercaderías”, en Oviedo, Albán, Jorge, coord., *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*, Bogotá, La Sabana, 2010, 25-59.

Drahozal, Christopher et. Gibson, Christopher, *The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25*, New York, Oxford University Press, 450.

Dell’Angelo Silvia, *Storia del Diritto Romano*, Roma, Simone, 302.

Drahozal, Christopher y Gibson, Christopher, *The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25*, New York, Oxford University Press, 2007, en cuyo apéndice se puede encontrar este Acuerdo.

Eisenberg, Melvin, “The Limits of Cognition and The Limits of Contract”, Melvin Aron Eisenberg, 47 *Stan. L. Rev.* 211 (1995), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2016>

Espeche Gil, Miguel Angel, “Estado actual de la propuesta de llevar los aspectos jurídicos de la deuda externa a la Corte Internacional de Justicia”, en Gutiérrez, Domingo Andrés et Schipani, Sandro, ed., *Il debito Internazionale*, Roma, Università Lateranense, 1998, 459-464.

Espinoza Espinoza, Juan, “La interpretación del negocio jurídico”, en Oviedo, Albán, Jorge, coord., *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*, Bogotá, La Sabana, 2010, 201-258.

Facco, Javier Humberto, *Oportere Ex Fide Bona: Una Construcción Decisiva De La Jurisprudencia Romana* en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2305300](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2305300)

Falk, Mark, *Crop failures and Section 2-615 of the Uniform Commercial Code*, The National Agricultural Law Center, disponible en [http://nationalaglawcenter.org/publication/comment-crop-failures-and-section-2-615-of-the-uniform-commercial-code-22-south-dakota-l-rev-529-552-1977/wppa\\_open/](http://nationalaglawcenter.org/publication/comment-crop-failures-and-section-2-615-of-the-uniform-commercial-code-22-south-dakota-l-rev-529-552-1977/wppa_open/) , consultada en septiembre 2014.

Farnsworth, Allan, *Contracts*, New York, Aspen Publishers, 2004.

Fernández Rojas, José Carlos, *Ius mercatorum, Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.

Filho, Calixto Salomon, “Funcion social do contrato: primeiras anotacoes”, en *Roma e America. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Atti del Congresso Internazionale “Il nuovo código civile del Brasile e il sistema Giuridico Latinoamericano, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Università Tor Vergata, Roma, 16/2003, 109-130.

Fucci, Frederick, *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non Performance of Contracts*, en *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5, Sept. 2007, disponible en [transnational-dispute-management.com](http://transnational-dispute-management.com), consultada en octubre 2014.

Flambouras, Dyonisios, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, en *Pace International Law Review* (Fall 2001), 261-293, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html> consultada en enero 2015.

Gabrielli, Enrico, *Riesgo y tipo contractual*, disponible en <http://www.ius360.com/blawgs/enrico-gabrielli/riesgo-y-tipo-contractual-0> consultado en abril 2014.

Galán-Barrera, Diego Ricardo, “La integración de lagunas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías”, en Oviedo, Albán, Jorge, coord., *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*, Bogotá, La Sabana, 2010, 311-357.

Galletto, P., artículo *Clausola rebus sic stantibus*, en *Digesto, disc. Priv., sez. Civ.*, XXX, Torino, 1988, 387.

Garner, Brayn, Ed., *Black`s Law Dictionary*, West Group, Saint Paul, Minnessota, 1999, 760.

García-Cerezo, Fernando M. Alejandro, *et alt.*, *CRISIS ECONÓMICA Y CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS: ¿CAMBIO DE VÍA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013. RJ 2013\1819*, disponible en [http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1384952603es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1384952603es.pdf) , consutada en diciembre 2015.

González de Cancino, Emilssen, “Arbitraje Romano”, en Silva Romero, Eduardo et, Mantilla Espinosa, Fabricio, ed., *El contrato de Arbitraje*, Bogotá, Universidad del Rosario-Legis, 2008, 21-40.

Gordley, James, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstance*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html>.

Gordley, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, New York, Oxford University Press, 1991.

Gordley, James, “Legal history”, en Reimann, Mathias & Zimmermann, Reinhard, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006, 763.

Graeber, David, *Debt. The First 5000 years*, New York, MelvilleHouse, 2012, 534.

Griffin, Miriam, *De Beneficiis and Roman Society*, *The Journal of Roman Studies*, Vol. 93, (2003), pp. 92-113.

Guillén José, en Estudio Introductorio a Cicerón, Marco Tulio, “De los deberes”, Madrid, Alianza Editorial, 2001

Gutiérrez, Domingo Andrés et Schipani, Sandro, ed., *Il debito Internazionale*, Roma, Università Lateranense, 1998, 473.

Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 114.

Guzmán Brito, Alejandro, “La función del derecho romano en la unificación jurídica latinoamericana”, en Schipani Sandro, *Derecho Romano y Unificación del Derecho*, Roma, Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’, 1999, 129.

Goetz, Charles & Scott Robert, “Principles of relational contracts”, *Virginia Law Review*, Vol. 67, Sept. 1981, No. 6.

Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, Herder, 650.

Hondius Ewoud and Grigoleit Hans Christoph, *Unexpected circumstances in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 450.

Honnold, John, “The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods”, American Society of Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 13, No. 3 (Summer, 1964), pp. 451-453.

Honnold, John, Uniform Law For International Sales, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html> .

Hujo, Philipp, *Force Majeure et Imprévision*, GRIN, libro electrónico, posición 152, publicado, 2013 disponible en [www.amazon.com](http://www.amazon.com).

Kantor, Marc, “International Project Finance and Arbitration with Public Sector Entities: When is Arbitrability a Fiction?”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, Issue 4, 2000, disponible en

<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1761&context=ilj>, consultada octubre de 2014.

Keilhack, Karsten, *The Hardship approach in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and its equivalent in German Law of Obligations. A comparison*, GRIN Verlag, 2003.

Kolo, Abba y Wälde, Thomas, “Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles & Industry Practices”, en *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, Vol. I, Issue No. 2, Marzo de 2003, disponible en <http://www.ogel.org/article.asp?key=135>, consultado octubre de 2014.

James, Philip, *Introducción al Derecho Inglés*, Bogotá, Temis, 1996, 496.

Jiménez Gil, William, “La Teoría de la Imprevisión. ¿Regla o Principio?”, en *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Número 2, Enero, Diciembre 2009.

Johnston, David, *A brief history of justice*, Wiley – Blackwell, libro electrónico, Loc. 1206.

Kreitner, Roy, *Calculating Promises. The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford, Stanford University Press, 2007, Libro Electrónico,

Labruna, Luigi, “Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanistica e “humanitas” del diritto”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 17, 2004.

Labruna, Luigi, “Solus consensus obligat” en *Roma e America. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 8/1999, Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Università Tor Vergata, 1999, 209-218.

Lazzarato, Maurizio, *The Making of the Indebted Man*, Amsterdam, Agence litteraire Pierre Astier & Associates, 2012, 150.

Lecuyer, Hervé, *El contrato, acto de previsión*, originalmente publicado en AA.VV., *L’avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Presses Universitaires de France, Dalloz, Paris, 1999, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1623284](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623284), consultada en diciembre de 2013.

Leysser, León, “Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas”, en Escobar Rozas, Leysser León et alt., *Negocio Jurídico y responsabilidad civil*, Lima, Grijley, 2004, 919.

López Cabana, Roberto, *Contratos Especiales en el Siglo XXI*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, 560.



López Díaz, Claudia et. Salach de Sánchez, Ute, *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 390.

Luhmann, Niklas, *Confianza*, México, Antrophos, 1996, 250.

Luig, Klaus, “Impossibilità e mora debitoris nei debiti pecuniari”, en Gutiérrez, Domingo Andrés et Schipani, Sandro, ed., *Il debito Internazionale*, Roma, Università Lateranense, 1998, 191-213.

Luig, Klaus, “Principi giuridici non codificati in un diritto codificato: l’esempio della clausula rebus sic stantibus”, en *Roma e America. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, No. 8, 1999, 19-45.

Lira Urquieta, Pedro, “Introducción al Código Civil de Andrés Bello”, en Bello, Andrés, *Obras Completas*, XIV, Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981, XIII.  
Guzmán Brito, Alejandro, *La Codificación del Derecho*, disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/115/106> .

Lando, Ole, “Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, No. 3 (Summer, 1992), pp. 573-585.

Lando, Ole et., Beale Hugh, ed., *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht, Martinus Nihoff Publishers.

Lindström, Niklas, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law* (2006/1), disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html> consultado en febrero de 2015.

Livio, *Storia di Roma VII – VIII*, Bologna, Zanichelli, 1985, 215.

MacDowell, Douglas, *The law in classical Athens*, London, Thames & Hudson, 1979, 300.

McCurdy, William, “Uniformity and a Proposed Federal Sales Act”, *Virginia Law Review*, Vol. 26. No. 5, 573

Marasco, Gerardo, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, CEDAM; 2006, Serie diretta da Francesco Galgano.

Martins-Costa, Judith, “O Conceito de contrato no direito brasileiro”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 30, 2010.

Medina Crespo, Marinao, *La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil*, disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, “La causa y la frustración del contrato”, en Alterini, Aníbal, ed., *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2000, 13-47.

Michelsen, Hillinger, Ingrid, The Art. 2 Merchant Rules, “Karl Llewellyn attempt to achieve the Good, the True, the Beautiful in Commercial Law”, Boston College of Law, *Legal Studies Research Paper Series*, 1985.

Molfessis, Nicolás, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, Les Petites Affiches, 20 de septiembre de 1998, No. 21, disponible en [www.petitesaffiches.fr](http://www.petitesaffiches.fr), citado por Lecuyer, *Ibíd*, 53.

Momberg Uribe, Rodrigo, *Compra venta internacional de mercaderías: el deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad* sobrevenida, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No.18, pp. 95-119, julio 2012, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722012000100002&script=sci\\_arttext#17](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722012000100002&script=sci_arttext#17) consultada en enero 2015.

Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, Madrid, Turner Publicaciones, 2003, 6 tomos.

Morales, Hervias, Rómulo, *Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico*, Lima Ara Editores, 2002, 318.

Moreira Alves, José Carlos, “O novo código civil brasileiro: principais inovacoes na disciplina do negocio jurídico e suas bases romanísticas”, en *Roma e America. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Atti del Congresso Internazionale “Il nuovo código civile del Brasile e il sistema Giuridico Latinoamericano”, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Università Tor Vergata, Roma, 16/2003, 11-28.

Neme Villareal, Martha Lucía, *Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=529>.

Nicolau, Noemí, “Los Principios Generales del Derecho Latinoamericano de las Obligaciones”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 30, 2010.

Schipani, Sandro, “Armonizzazione e unificazione del diritto: diritto romano comune in materia de obbligazioni e contratti en America Latina”, en *Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Universidad Externado de Colombia, No. 17, 2004.

Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la Moral*, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/211756.pdf>, consultado por última vez en diciembre 2015.

Nussbaum, Martha, *The Fragility of Goodness*, New York, Cambridge University Press, 2013, 545.

Oviedo Albán, Jorge, Comentarios del Código Civil Peruano, Art. 1440, disponible en <http://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-vii.pdf> consultado en octubre de 2014.

Orduña Moreno, Francisco Javier y Martínez Velencoso, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Pamplona, Civitas, 2013.

Planiol, Marcel et Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo V, Teoría General de los Contratos, Contratos Especiales*, México, Cárdenas Editor, pag. 9.

Platón, *La República*, Santa Fe de Bogotá, Panamericana Editoria, 1997, 13.

Pinchonnaz, Pascal, Commentaries on Article 7.1.7, en Vogenauer, Stefan, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2d. Ed., New York, Oxford University Press, 2015, 871.

Posner, Richard et Rosenfield, Andrew, “Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 83-118, The University of Chicago Law School, The University of Chicago, 1977, pag. 85.

Posner, Eric, “Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?”, *The Law School*, The University of Chicago, disponible en [http://www.law.uchicago.edu/files/files/146.EAP\\_ContractLaw.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/146.EAP_ContractLaw.pdf) , consultada en abril de 2014.

Posner, Eric, “Fault in contract law”, *Michigan Law Review*, Vol. 107, No. 8, Symposium Fault in American Contract Law, Jun. 2009, 1431-1444.

Pothier, Roberth Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, México, Tribunal Superior de Justicia Federal, 2002-2003, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1389>, pag. 11, consultada en diciembre 2013.

Pratt, Walter, “Afterword, Contracts and Uncertainty”, Notre Dame Law School, *Scholarly Works*, 1983, disponible en [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129) , consultado por última vez en abril de 2014

Reale, Miguel, “Visao Geral Do Novo Código Civil”, en Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “La Formazione del Sistema Giuridico Latinoamericano: Codici e Giuristi” II Parte, 13, 2002.

Romilly, Jacqueline, *La Ley en la Grecia Clásica*, Buenos Aires, Biblos, 2004.

Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law”, en *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 1-35; 343-400, disponible en <http://www.uni-heidelberg.de/institute/fak2/mussgnug/historyoftaxdocuments/schrifttum/aufsaeetze/AUFS00030.pdf>

Salvador Coderch, Pablo, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1495082](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1495082).

Sánchez Lorenzo, Sixto, *La frustración de contrato*, disponible en <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/7501/1/FRUSTRACION%20DEL%20CONTRATO.pdf>

Santos Amaral Neto, Francisco, “Os Principios Jurídicos Na Relacao Obrigatoria”, en Roma e America, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “Il Nuovo Codice Civile del Brasile e Il Sistema Giuridico Latinoamericano”, 16, 2003.

Santos Balandro, Rubén, “La compra venta internacional de mercaderías y la aplicación del Tratado de Viena en Ecuador y Uruguay”, en *Foro, Revista de Derecho*, 1er. Semestre 2006, 5, 5-48.

Santo Tomás, Question 120, *Of Epikeia or Equity*, en Aquinas, Thomas, *Summa Theologica*, libro electrónico, posición 63275.

Schermaier, Martin Josef, *Bona Fides in Roman contract Law* en Zimmermann, Reinhard et Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 630.

Schipani, Sandro, “La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico, en *Roma e America. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 8/1999, Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Università Tor Vergata, 225-248.

Schmitt, Carl, *El Concepto de lo político* En [http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt\\_ElConceptoDeLoPolitico.htm](http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt_ElConceptoDeLoPolitico.htm)

Schreuer, Christop, ed., *The ICSID Convention. A Commentary*, New York, Cambridge University Press, 2009, 1524.

Secretariat Commentary, *Guide to CISG Article 79*, disponible en <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644> consultada febrero 2015.

Séneca, Lucio Anneo, *De los beneficios*, en *Obras Completas*, Madrid, Aguilar, 1966, 378, en 4,35,3.

Silva Romero, Eduardo et, Mantilla Espinosa, Fabricio, ed., *El contrato de Arbitraje*, Bogotá, Universidad del Rosario-Legis, 2008, 816.

Smith, Stephen, *Contract Theory*, Clarendon Law Series, Oxford University Press Inc., New York, 2004.

Smythe, Donald, “Bounded rationality, the doctrine of impracticability and the governance of relational contracts”, *University of South Carolina*, disponible en <http://mylaw2.law.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/13-2%20Smythe.pdf>, consultada en junio 2014.

Speidel, Richard, “Court-Imposed Price Adjustments Under Long Term Supply Contracts”, 76 *Nw. U.L. Rev.* 369, 373 (1981).

- Supiot, Alain, *Homo Juridicus*, México, Editorial Siglo XXI, 144.
- Tallon, Denis, “Article 79”, en Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987) 572-595. Reproduced with permission of Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html> consultado en febrero de 2015.
- Tawil Guido et. Zuleta Eduardo, *El arbitraje internacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- Thiers, Andrea, *Legal history*, en Hondius, Ewoud & Grigoilet, Christoph, *Unexpected circumstances in European Contract Law*, New York, Cambridge University Press, 2011, pag 16 y siguientes.
- Topasio Ferretti, Aldo, *Derecho Romano Patrimonial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, 117.
- Tramontano, Luigi, “Commenti al Codice Civile”, en Italia, *Codice Civile*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 14. Ed., 2015, 1320.
- Treitel, Gunter, *Frustration and Force Majeure*, London, Sweet and Maxwell, 2014, 670.
- Triantis, George, *Unforeseen contingencies*. “Risk allocation in contracts”, *University of Virginia School*, 1999, disponible en <http://encyclo.findlaw.com/4500book.pdf> consultada en agosto 2014.
- Troya, José Vicente, “El carácter internacional de los contratos”, en *Foro, Revista de Derecho*, 1er. Semestre 2006, 5, 49-76
- Triantis, George, “Unforeseen contingencies. Risk Allocation in Contracts”, *University of Virginia, School of Law Review*, 1999.
- Valcavi, Geonanny, Algunos apuntes sobre el riesgo, los efectos de la mora y la perpetuatio obligationis, en <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/espagnol/derecho-civil/textos-juridicos-de-derecho-civil.htm> consultado en abril 2014.
- Van Houtte, Hans, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, disponible en <http://www.trans-lex.org/117300> , consultada en octubre de 2014.
- Villaca, Azevedo, Alvaro, “O novo código civil brasileiro: tramitacao; funcao social do contrato; boa fe objetiva; teoria da imprevisao e, em especial, onerosidad excesiva (Laesio enormis), en *Roma e America. Rivista di Diritto dell'Integrazione e*

*Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Atti del Congresso Internazionale “Il nuovo código civile del Brasile e il sistema Giuridico Latinoamericano, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Università Tor Vergata, Roma, 16/2003, 183-200.

Wald, Arnoldo, “O Novo Código Civil e a Evolucao do Regime Jurídico”, en Roma e America, *Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Atti del Congresso Internazionale “Il Nuovo Codice Civile del Brasile e Il Sistema Giuridico Latinoamericano”, 16, 2003.

Walter, Paula, “Commercial impracticability in contracts”, *St. John’s Law Review*, Volumen 61, Issue 2, Winter 1987, number 2, disponible en <http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2022&context=lawreview> consultada en agosto 2014.

Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, London, Oxford University Press, 1996, 579.

Zimmermann, Reinhard et Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 557

Zimmermann, Reinhard, *The new German law of obligations*, New York, Oxford University Press, 2005, 20.

Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.