

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO I

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

ALTERACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS POR EFECTO DE LA PANDEMIA DE COVID 19 Y EXIGIBILIDAD CONTRACTUAL

ALEJANDRO E. FREYTES¹

Sumario: I. Introducción. II. Impactos en el mundo negocial. III. La exigibilidad contractual. IV. La cláusula “rebus sic stantibus” y su proyección histórica: 1. Francia. 2. Italia. 3. Alemania. V. El cambio de circunstancias. VI. Colofón: Fundamento en la buena fe.

1. Introducción

El mundo asiste azorado a una de las peores zoonosis de la era moderna. La extraña enfermedad devenida en epidemia global amenaza con tener los efectos desastrosos más feroces que una contingencia de esta naturaleza haya provocado desde la llamada gripe española que asoló a Europa en la parte final de la segunda década del siglo XX.

A seis meses del primer caso de una “extraña neumonía” que afectó a miles de personas en Wuhan, provincia china de Hubei, se produjo una **rápida propagación en el mundo**, y se la bautizó como COVID-19 enfermedad causada por el virus SARS-CoV-2.

Su desarrollo fue tan vertiginoso que se identificó en tiempo récord su genoma, la OMS la clasificó como pandemia el 11 de marzo de 2020 y actualmente registra más de 8 millones de casos confirmados, 500 mil

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular Regular de Derecho Privado III en la Facultad de Derecho de la UNC. Profesor Titular y Tutor Superior de Derecho Civil III y Derecho Notarial II en la Facultad de Derecho de la UBP. Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

muertos, 2,5 millones de recuperados y gran cantidad de países afectados, según datos de la Universidad Johns Hopkins, Baltimore, E.E.U.U.

En este contexto, científicos e investigadores de todo el mundo trabajan con premura y denuedo, superando etapas y protocolos en tiempos récord, para desarrollar una vacuna o un tratamiento eficaz que mitigue los efectos que provoca en diversas franjas etarias y sociales de la humanidad, esta dolencia novedosa e implacable que se propaga a ritmos alarmantes.

A tal punto han llegado las nefastas consecuencias de la emergencia sanitaria que afecta a gran parte del globo, que sorprendentemente y casi al unísono, todos los países desarrollados se hallan hoy en un verdadero estado de excepción.

El cierre de fronteras, la prohibición de circulación, los límites al derecho de reunión y de comerciar, un confinamiento por tiempo indeterminado en muchos países de los cinco continentes -por mencionar solo algunas de las medidas más restrictivas y extraordinarias-, han motivado la preocupación de muchos teóricos del derecho e investigadores sociales que plantean el riesgo de vivir en una excepcionalidad cuyo término nadie conoce, y cuyas consecuencias son impredecibles para los más versados sanitarios, sociólogos y economistas del mundo.

Nadie duda que las medidas sanitarias adoptadas por los poderes públicos no solo son justificadas sino también necesarias en el contexto descrito, pero siempre que respeten los límites del Estado de derecho, y sobre todo, que se hallen limitadas en el tiempo, como lo han señalado preclaros juristas.

Los objetivos que persiguen, por altruistas y justificados que parezcan, no pueden en modo alguno sustentar medidas sin prevenir sus consecuencias disvaliosas si se prolongan indefinidamente, o si como se acusa con frecuencia, resultan tan nocivas como los males que pretenden mitigar².

² Las medidas de política sanitaria que se dicten en el estado de esta emergencia, en cuanto suponen límites o restricciones a las libertades individuales de consagración constitucional, deben ineluctablemente respetar valedores infranqueables: *legalidad* en cuanto deben ser dictadas por los organismos competentes; *necesidad*, esto es, ser indispensables para evitar males inminentes en la salud colectiva corroborados por evidencias científicas; *proporcionalidad*, pues es indispensable que constituyan el único medio o alternativa para conjurar ese mal colectivo inminente, y *temporalidad*, desde que no se pueden extender indefinidamente en el tiempo, o aparecer consagradas sin un plazo cierto o al menos, probable.

Priorizar la vida, la salud, proteger a los vulnerables y hacerlo dentro de un sistema democrático eficaz, sin descuidar el desarrollo económico indispensable para el bienestar general, es el gran desafío que nos ha tocado en esta época turbulenta.

2. Impactos en el mundo negocial

La incertidumbre y el desconcierto que los propios científicos admiten tener sobre la epidemia de COVID-19 se han proyectado a los mercados de valores afectando las bolsas de todo el mundo.

La dificultad para frenar la expansión de la epidemia ha obligado a los gobiernos a aplicar medidas extraordinarias, cerrar edificios públicos, empresas y comercios, prohibir actividades culturales, deportivas o recreativas, limitando la movilidad de las personas ante el temor de que el transporte público se erija en el principal vector de transmisibilidad.

Ello ha desembocado en una drástica reducción de la producción industrial, el consumo y el turismo a dimensiones planetarias, por un tiempo aun indefinido y con consecuencias que nadie se atreve a prever.

Organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) advierten que la pandemia puede afectar sensiblemente el crecimiento económico mundial en 2020 y en años venideros, a niveles incluso superiores a la debacle de 2008 o a la depresión de 1929, los dos desastres económicos más graves de los tiempos modernos.

Los estados debieron inyectar al mercado grandes cantidades de dinero efectivo para que el sistema siga funcionando asistiendo a trabajadores sorpresivamente desempleados y a empresas que al no producir se ven impedidas de afrontar las cargas impositivas y mantener sus plantillas.

Países europeos han llegado a suspender el pago de alquileres y consumos de servicios, créditos bancarios o hipotecarios, para paliar así la difícil situación económica que afecta a sectores importantes de la población.

Desde otro costado, se han visto obligados a incrementar los gastos del sistema sanitario a niveles infrecuentes y a fortalecer los recursos humanos y materiales para enfrentar una emergencia en la que jamás se habían visto inmersos.

La crisis producida por el coronavirus también ha provocado un descenso en la demanda de petróleo, ya que las actividades industrial y doméstica se han ralentizado en muchos países a causa de las medidas de control y a las restricciones impuestas a la población en general.

La contingencia y las medidas adoptadas para enervarla impactaron en la economía afectando las relaciones comerciales, y por su intermedio, los vínculos jurídicos de Estados y particulares. Es evidente que los contratos celebrados antes de este sorpresivo evento, no podrán continuar ejecutándose tal como fueron convenidos, con estricto cumplimiento de las obligaciones asumidas y acabado ejercicio de los derechos acordados.

El mundo negocial afronta el enorme desafío de resolver como abordará la continuidad de los acuerdos libremente celebrados, cuál será su derrotero, la exigibilidad de las obligaciones que de ellos emergen y el regular ejercicio de los derechos nacidos de fuente convencional.

3. La exigibilidad contractual

El contrato como instrumento técnico de valiosa utilidad para la consumación de operaciones jurídico-patrimoniales, está apoyado en principios ideológicos que le sirven de sustento, que le otorgan su perfil característico como especie del género que lo contiene: el acto jurídico.

Esos presupuestos de apoyo son la libertad de los contratantes, en cuanto seres independientes para obligarse; la libertad contractual, como facultad de fijar un contenido negocial intrínsecamente equitativo; y la fuerza obligatoria del contrato, que como colorario de los dos anteriores, constriñe a las partes a honrar la palabra empeñada. Así, si el hombre es libre de contratar será responsable de lo convenido.

Ahora bien, esta autonomía negocial que incluye la facultad de los particulares de disponer de sus propios intereses mediante la determinación del contenido del contrato, genera correlativamente un instrumento normativo o reglamentario, al que las partes deben adecuar su conducta. Desde este punto de vista, el contrato genera una norma que vincula a los contratantes independientemente de su voluntad, pues el ordenamiento jurídico los obliga a respetar escrupulosamente el compromiso asumido, dotando de efectos jurídicos al contenido libremente acordado. Es la llamada fuerza obligatoria del contrato, que Vélez Sársfield, inspirado en Marcadé, consagró en el art. 1197 del Código Civil, replicada, con sutiles variantes, por el art. 959 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El contrato se constituye así en una categoría técnica ideal para brindar seguridad jurídica a las transacciones y certeza a las obligaciones en la medida que el derecho pueda procurarla.

Piénsese para qué se celebra un contrato, sino es para tener la seguridad que se cumplirá el compromiso libremente asumido por la firmeza que el ordenamiento jurídico da a las disposiciones convenidas.

Ahora bien, el mantenimiento de ese reglamento normativo, nacido tiempo atrás y cuya vigencia puede ser regularmente prolongada, por diversos factores es pasible de perder su equilibrio, su sentido, su razón de ser, o su justificación.

Esta circunstancia de la vida contractual ha preocupado desde siempre a los operadores jurídicos nacionales y extranjeros.

Su sola formulación nos adelanta que el tema está vinculado al principio del pleno reconocimiento de la voluntad negocial que elaboró el consensualismo, a la fuerza obligatoria del contrato, en fin, a la validez y eficacia de las cláusulas contractuales a la hora de ejecutar las obligaciones y ejercer los derechos que emergen del negocio.

Una primera aproximación aconseja a todos defender la vigencia del contrato en homenaje a la palabra empeñada y a la seguridad jurídica valores que por escasos son cada vez más apreciados en los tiempos que corren. Pero si se analizan responsablemente las consecuencias que pueden derivarse de un mantenimiento a ultranza de las cláusulas otrora convenidas, es posible advertir que pueden volverse una pesada carga difícil de soportar, y que la prestación quizás haya devenido excesiva, tardía o inútil para alguno o para todos los contratantes.

Se plantea entonces una inevitable colisión entre dos principios que gozan de antiguo reconocimiento en el derecho: el respeto fiel e incondicional a las convenciones libremente acordadas y su fuerza obligatoria (“*pacta sunt servanda*”), y el condicionamiento de esta fuerza obligatoria a que persistan idénticas circunstancias a las existentes al momento de contratar (“*rebus sic stantibus*”).

Ello conduce a una opción de hierro: asumir una postura enormemente restrictiva defensora de la fidelidad del contrato, y en consecuencia, segura pero incua; o bien, abrazar una tolerante, de valoración de las circunstancias sobrevenidas y de su incidencia en la vida negocial, que se cierne como una solución arbitraria e insegura.

Es que el principio de vieja prosapia según el cual los contratos nacen para cumplirse, en modo alguno puede ser absoluto, y ha sido relativizado en variadas circunstancias, cuando hechos sobrevenidos o inesperados dificultan o imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones. Piénsese

en los supuestos de imposibilidad de cumplimiento, el caso fortuito o la concurrencia de vicios del consentimiento.

Ahora bien, fuera de estos ejemplos emblemáticos, admitidos casi invariablemente por la legislación en general, pueden presentarse otros en los cuales circunstancias sobrevenidas, profundas e imprevistas, alteren el equilibrio de las prestaciones, compliquen enormemente el cumplimiento de las obligaciones, o imposibiliten alcanzar la finalidad perseguida por los contratantes al concluir el acuerdo. Los contratos de larga duración y los de ejecución diferida o pospuesta, al prolongarse en el tiempo, se presentan como los más susceptibles a este tipo de eventos capaces de romper o alterar el equilibrio inicial, o de malograr el objetivo perseguido por las partes. Esas alteraciones pueden, en fin, frustrar las utilidades esperadas, dejando sin provecho y sentido lo previsto y querido.

Desde otro ángulo, es indudable que cuando los sujetos contratan, lo hacen asumiendo un cierto riesgo sobre sus expectativas y la entidad que tendrán los sacrificios y beneficios surgidos del pacto concluido. Es lo que ha dado en llamarse el “álea normal” del negocio. Pero cuando sobrevienen acontecimientos que desborda ese albur previsible, se plantea la necesidad de resolver sobre el mantenimiento o la modificación de las cláusulas convenidas.

Durante mucho tiempo distintos ordenamientos, apegados a principios surgidos de la codificación sobre la regulación de los contratos, han negado la existencia del problema y sus consecuencias, o lo han soslayado, dejando en manos de los tribunales la adopción de la solución más justa para cada caso particular. Los jueces, obligados inexorablemente a dirimir la contienda, han echado mano a diversos remedios, no siempre bien seleccionados, ni utilizados con la precisión y eficacia que era menester.

Principios como la buena fe, el abuso del derecho, la equidad o el enriquecimiento sin causa; vicisitudes como la imprevisión, la lesión o la ruptura del equilibrio contractual y diversos vicios de la voluntad negocial, han servido de abono a novedosas teorías que, desde mediados del siglo XIX, intentaron solucionar los problemas desatados a consecuencia de la alteración de las circunstancias originarias.

Empero, tales auxilios doctrinarios no siempre consiguieron consagración legislativa al considerárselos un atentado a la seguridad jurídica, un inadmisibles apartamiento de la voluntad negocial, o una peligrosa sustracción al cumplimiento de las obligaciones libre y conscientemente asumidas. Se los juzgó peligrosas herramientas para invocar dudosas dificultades inesperadas, o para sostener caprichosamente la pérdida en el interés del contrato, o la desaparición de su razón de ser o sentido.

La doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se sostuvo durante largo tiempo, deben ser muy cautelosas al admitir excepciones al vínculo contractual, pues si el contrato es un instrumento hábil para favorecer la circulación de bienes y servicios, vital en una economía de intercambio, lo es precisamente porque a las personas al contratar les da la certeza que genera la ligazón nacida del negocio.

Empero, el pensamiento jurídico ha evolucionado considerablemente desde aquella concepción decimonónica del contrato. El llamado dogma de la voluntad ha cedido terreno a otras doctrinas defensoras del principio de conservación del contrato, la preservación de la economía negocial y su permanente renegociación, encaminados a reajustar el contenido del acuerdo, si circunstancias sobrevenidas provocan dificultades en el cumplimiento³.

Sin embargo, su tratamiento no tuvo la organicidad esperada. Se advierte muy poca uniformidad legislativa y jurisprudencial cuando se analizan las fuentes vinculadas al tratamiento de la incidencia de la variación de las circunstancias en la vida del contrato.

Ni siquiera dentro de un mismo ordenamiento parece seguirse una línea argumental clara y uniforme, pues las opiniones y pronunciamientos oscilan entre mantener inmovible el contenido del negocio, resolverlo por aplicación de diversas doctrinas, o, según lo propugnado por las ten-

³ Es la opinión de destacados autores: “[...] el único camino seguro para conseguir una adecuación entre los imperiosos dictados de la realidad y los preceptos jurídicos, es acoger legislativamente (con todas las cautelas y cortapisas que se quiera) la regla de la revisabilidad de los contratos por alteración de las circunstancias [...]”, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, tomo II, 11ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 468; “[...] el problema de fondo en muchos casos consiste en saber quién experimentará las pérdidas resultantes del incumplimiento de un contrato cuando no se puede cumplir por circunstancias extrínsecas a una u otra parte contratante, o cuando por circunstancias de la misma clase, sólo pueda cumplirse a base de un sacrificio desproporcionado e imprevisto [...]”, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, Tomo II, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p. 381, nota 17; “[...] La vida de los contratos —como la de cada ser humano— no es lineal ni inalterable; son biografías históricas cruzadas por fracturas e interrogaciones, por vectores que hacen perder el rumbo y abrir nuevas huellas; lo dibujado en aquel ayer, se recorta hoy en un horizonte distinto y entre lo esperado y lo sucedido (Marías) muchas veces (es decir no siempre), y con mayor razón en tiempos de aceleradas mudanzas, las cosas son diferentes y, por ende, las respuestas jurídicas también deben serlo”, MORELLO, A. M., *Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias*, LL, 1998-D-1354, Sección Doctrina.

dencias más avanzadas, preservar su vigencia procediendo a su adecuación, con la finalidad de restablecer el equilibrio o el propósito contractual.

4. La cláusula “*rebus sic stantibus*”

a. *Precedentes históricos.*

Desde antiguo filósofos y juristas se preocuparon por establecer si influye sobre los efectos del acto jurídico una variación de las circunstancias fácticas imperantes entre el momento de su celebración y su cumplimiento, y en caso afirmativo, si esos efectos deben permanecer inalterables o modificarse.

A ese respecto se ensayaron propuestas diversas, pero siempre ha sido posible agruparlas en dos que aparecen antagónicas.

Inicialmente se propició el respeto sacrosanto a la palabra empeñada y a las cláusulas contractuales, que consagró el aforismo latino “*pacta sunt servanda*”. Se propugnó así una ciega fidelidad contractual en aras de la seguridad jurídica —que se violentaría con la inestabilidad negocial— y de la moral, que exige el respeto a la palabra empeñada⁴.

⁴ COLOMBO, L., *Consideraciones sobre la denominada “cláusula rebus sic stantibus”*, LL, 98-737; MOSSET ITURRASPE, J., *Las circunstancias del contrato (Primera parte. La reforma del Proyecto de Unificación al art. 1197 del C. Civil)*, ED, 128-833; VOLKMAR, M., *Revisión de los contratos por el juez en Alemania*, LL, 12-11, Sección Doctrina, recuerda las palabras del Prof. NIBOYET, miembro informante de la Comisión que trató “*La revisión de los contratos*” en ocasión de la *Semaine Internationale de Droit*, celebrada en París, en 1937, cuando expresó: “*La regla pacta sunt servanda es una ciudadela inviolable para las legislaciones latinas, salvo respecto del legislador que siempre puede atenuar su rigor. A decir verdad, todas las legislaciones parten de esta regla y la respetan, pero el desacuerdo proviene de la extensión que debe dársele. Debe ser limitada en su efectos, o sufrirá el asalto victorioso de la famosa cláusula rebus sic stantibus? Para el grupo latino la limitación no existe. Los individuos deben sufrir por sus obligaciones, y, si es necesario, desaparecer si son insuficientes. Es la ley del honor que así lo exige, sin que sea necesario investigar si quien sucumbe es culpable o no. El rechazo de la imprevisión en el grupo latino ha formado hasta ahora parte de un todo, que, lo reconocemos, comienza a conmoverse. A pesar de todo subsiste la regla pacta sunt servanda y sólo el legislador debe poder intervenir de vez en cuando para favorecer a una de las partes. Pero entonces es necesario comprender las razones de su intervención. El contrato reposa sobre un equilibrio jurídico —su causa— pero no necesariamente sobre un equilibrio económico*”.

Esta primera postura entiende que quienes anudan entre sí un convenio, quieren que lo acordado subsista inmodificable poniéndose a resguardo de eventuales modificaciones circunstanciales, es decir, contratan “contra” ese cambio imaginable, esperanzados en que el acuerdo no será conmovido ni zarandeado por los flujos y reflujos de las circunstancias sobrevenidas⁵. La idea central es ligar al contrario, comprometerlo de antemano, vincularlo no obstante las eventuales vicisitudes que puedan acaecer en el futuro.

Ahora bien, esta doctrina que se mantuvo inmovible durante siglos y que parecía obvia para satisfacer necesidades de seguridad y orden social, se mostró excesivamente rígida y dura en situaciones de excepción cuando la modificación de las circunstancias tenidas inicialmente en cuenta por los interesados, producía una profunda alteración del equilibrio originario existente en las prestaciones asumidas por las partes.

En esos casos la obligatoriedad de los contratos fue difícil de justificar frente a situaciones de innegable injusticia, cuando aquel liminar principio de obligatoriedad no servía para justificar una prestación excesiva, diferente a la originariamente pactada o carente de todo sentido. Surgieron diversos argumentos para relativizar o poner en entredicho la fidelidad absoluta, proponiendo adecuar los efectos contractuales a una más equitativa distribución de las prestaciones resultantes de un cambio inesperado.

Este diverso enfoque apareció consagrado en la fórmula “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futurum rebus sic stantibus intelliguntur*” (“los contratos a término o de tracto sucesivo se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado”), apocopada en el brocárdico “*rebus sic stantibus*”, citado con frecuencia por los autores para enervar el anterior principio, admitiendo la posibilidad de rescindir los contratos de largo plazo o ejecución diferida ante una modificación del estado de hecho imperante en el momento en que fueron concluidos⁶.

⁵ La expresión corresponde a la erudita pluma de ORGAZ, A. *El contrato y la doctrina de la imprevisión*, en *Nuevos Estudios de derecho civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1954, p. 26, n° 1.

⁶ FERRI, G., *De la cláusula “rebus sic stantibus” a la resolución por excesiva onerosidad*, en LEYSSER, L., *Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*, Ed. ARA, Lima, Perú, 2003, p. 1013 y ss.; BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Ed. Boch, Barcelona, 1946, p. 32 y ss.; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 30 y ss.; ALTERINI, A., *Contratos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 67; sostiene que el origen de la regla se remonta a los glosadores, quie-

El origen de la “*cláusula rebus*” no debe buscarse en el derecho romano, que no consignó de modo general la regla *pacta sunt servanda*, ni enunció de modo orgánico, excepciones a la misma⁷. Sin embargo, debe destacarse que en los *bona fidei negotia*, el juez gozaba de plena libertad para decidir si el cumplimiento efectivo de las prestaciones, a la luz del principio cardinal de buena fe, se había vuelto dificultoso y por tanto, debía liberarse al deudor.

Se advierte así, que la falta de una fórmula general en uno u otro sentido no impidió a los juristas romanos resolver casos particulares conforme la idea que más tarde inspiraría la *cláusula rebus*, asignándole predominio a la conciencia moral por sobre la estrictamente jurídica, y dando pábulo a

nes la habrían extraído de un rescripto de Justiniano (Cod. 2,3,39) conjuntamente con la regla que expresa “*volenti non fit injuria*” (lo que se quiere no causa daño), aunque también podría deducirse del Digesto (2,14, 1 Proemio); RIVERA, J. C., *La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año XX, N° 115, 1987, p. 867; SPOTA, A., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Tomo III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 564 y ss.; MARTÍNEZ CARRANZA, E., *El cambio de circunstancias y el acto jurídico*, Boletín del Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 1-4, Córdoba, 1943, p. 223 y ss.; COLOMBO, L., ob. cit., p. 737 y ss.; LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Vol. 1, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1953, p. 331 y ss.

⁷ El principio de fidelidad absoluta a lo convenido se expresaba así por los jurisconsultos romanos: “*Lege menim contractus dat, hoc servabitur quod initio convenit*”. Véase: OSTI, G., *La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, Rivista di Diritto Civile, 1912, p. 1 y ss., y *Appunti per una teoria de la sopravvenienza*, Rivista di Diritto Civile, 1913, p. 471 y ss., y p. 647 y ss.; ZIMMERMANN, R., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de A. VAQUER ALOY, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 140 y ss. En sentido contrario, COING, H., *Derecho privado europeo*, trad. de A. PÉREZ MARTÍN, Tomo 1, Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 522, menciona una serie de textos del Digesto como determinantes para la elaboración de esta doctrina por parte de los comentaristas; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M., *Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus*, Ed. A.C., Madrid, 1990-2, p. 430; ORGAZ, A., *El contrato y la teoría de la imprevisión*, LL, 60-691. Sobre el origen y el desarrollo histórico de la institución pueden consultarse: DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *La cláusula rebus sic stantibus. Extinción de las obligaciones*, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 679 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 3, Derecho de las obligaciones, 16ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1992, p. 734 y ss.; ROCA SASTRE, R., *El problema de la alteración de las circunstancias*, Estudios de Derecho Privado, Tomo 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 237 y ss.; ANASTASI, L., *Las teorías de la imprevisión, de la cláusula rebus sic stantibus y de la presuposición*, LL, 29-576.

las opiniones de Cicerón y Séneca⁸, que influyeron de modo evidente en el desenvolvimiento de la teoría⁹.

Se encuentran rastros de esta postura en la Gran Glosa de Acursio¹⁰ y en el Decreto de Graciano¹¹, en los escritos de Santo Tomas de Aquino¹² y en general en toda la doctrina escolástica. En su desarrollo participaron de modo eficaz los canonistas medievales y en especial los tribunales eclesiásticos siempre dispuestos a favorecer las soluciones de equidad, aplicando a menudo a los contratos de ejecución prolongada la doctrina del cambio de las circunstancias por estimar contrario a la moral cristiana el enriquecimiento de un contratante a expensas de otro.

⁸ Véanse las enjundiosas referencias de APARICIO, J. M. *Contratos. Parte General*. Tomo 2, Hammurabi, 2016, p. 244, en especial su nota 4.

⁹ FRITZE, O. *Cláusula rebus sic stantibus*, *Arch. Für burgerl Rechts*, Vol. 17, Kiel, 1900, p. 20 y ss., citado por OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 5; en el mismo sentido, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 31, nota 18; TELLO, R., *La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público*, JA, 1946-IV-33, Sección Doctrina, recuerda la opinión de Dalmiro ALSINA ATIENZA. Este último autor en su obra *Efectos jurídicos de la buena fe*, Ed. Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1935, p. 231, afirma que ya CICERÓN (*De Officiis*) anotaba que “cuando un abogado prometía sus servicios profesionales y el luto inesperado lo afectaba, quedaba libre de asumir o no el patrocinio, sin incurrir en responsabilidad en caso negativo”. De igual modo, REZZÓNICO, L. M., *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1954, p. 21, cita a SÉNECA (*De Beneficiis*), a NERATIUS (*Digesto*) y hasta a MARCELO (*Digesto* 45-1, parr. 98).

¹⁰ Comentario al fr. 8, D XII, 4.

¹¹ OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 14, rebatiendo a O. FRITZE, afirma que los canonistas fueron los primeros en sostener la validez de la cláusula debido a su tendencia opuesta a la romana de favorecer a los más débiles económicamente considerados.

¹² TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, Libro II, 2 qu. 110 a.3, donde expresa que el incumplimiento de una promesa es excusable si cambian las condiciones de la persona obligada. Tanto Santo Tomas como el Decreto de Graciano se refieren a los casos en que el incumplimiento de la promesa no constituye *mendacium*; Santo Tomas toma los ejemplos de Séneca, y Graciano reproduce el ejemplo de la espada de Cicerón.

Los postglosadores Bartolo de Sassoferrato¹³ y su discípulo Baldo de Ubaldis¹⁴, apoyándose en la glosa canónica y en la civil, aceptaron también la cláusula y ampliaron su esfera de aplicación, proceso que culminó con Giason del Mayno¹⁵, que generalizó la fórmula al presumirla en todas las declaraciones de voluntad, y afirmó que debe sobreentendérsela en leyes, disposiciones de última voluntad, contratos, privilegios y juramentos.

Pero es Alciato¹⁶, profesor lombardo y precursor de la escuela histórica, quien la expresa por primera vez en términos precisos al sostener que “el mismo acto cumplido en circunstancias distintas, puede y a veces debe, corresponder a una voluntad también distinta”¹⁷.

Así, se reafirmó la idea que las partes contratan en consideración a las circunstancias existentes al momento de la conclusión del negocio jurídico y que por consiguiente, debe sobreentenderse de manera tácita que la intangibilidad de los contratos queda subordinada a la persistencia del estado de hecho que existía al momento del perfeccionamiento.

De este modo, el contrato obliga mientras las cosas permanezcan en el mismo estado en que se hallaban cuando se perfeccionó el negocio, y

¹³ OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 20; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 33, expresa: “[...]parece que fueron los antiguos filósofos morales los primeros en advertir que, tras la celebración del contrato, podían presentarse circunstancias que convirtieran en pecado el cumplimiento y en obligación el incumplimiento. Es de esta simiente que procede, desde la Alta Edad Media, desde Johannes Teutonicus, Bártolo y Baldo, la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus [...]”; REZZÓNICO, L. M., ob. cit., p. 122, tiene acertadas palabras para vincular el tema a la moral: “Cuando uno de los contratantes [...] por efecto de súbitas mutaciones, se encuentra colocado al tiempo en que debe cumplir su prestación, en circunstancias tales que de haberlas conocido no hubiera contratado, no puede en verdad decirse que él ha consentido anticipadamente en cumplir su prestación a pesar de todas esas circunstancias, pues nadie que esté en su sano juicio consiente espontáneamente en sufrir graves daños. En tales situaciones puede decirse que la moral repudia la inexorabilidad e intransigencia del acreedor en demandar a todo evento el cumplimiento de la prestación, y excusa al deudor por no cumplirla. Y como bien dice Coviello, autorizado profesor de Derecho Civil de la Universidad de Catania, lo que ofende a la moral no debe ser precepto jurídico. El derecho y la moral deben prestarse recíproco sostén, y la moral debe ser la base más firme y segura del derecho”.

¹⁴ OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 21.

¹⁵ OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 21.

¹⁶ OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 23.

¹⁷ A partir de los postglosadores, la cláusula se incorpora en forma definitiva en la doctrina y es repetida por todos los comentaristas del Digesto. Cfr. APARICIO, J. M. *Contratos...* ob. cit. p. 245.

desaparece el ligamen consensual si se modifica o altera ese estado fáctico supuesto. A partir de los postglosadores, la cláusula se incorpora definitivamente en la doctrina y es analizada por todos los comentaristas del Digesto.

b. El ocaso de la cláusula

Así formulada, la *cláusula rebus* no fue recogida sino hasta muchos siglos después por la Escuela del Derecho Natural en los siglos XVII y XVIII, con variada suerte en la ciencia del derecho.

Sus primeros opositores decididos fueron Groccio¹⁸, Puffendorf y Zeiller, refutados por Enrique Coccejo, que además de defenderla sostuvo su aplicación a todas las relaciones jurídicas, entendiéndola como elemento constitutivo y causa sustancial del negocio¹⁹.

Hubo ecléticos, como Leyser, que limitaron su validez a circunstancias imprevistas que impiden alcanzar la finalidad del contrato, o como Cramer, que la circunscribió a los llamados casos insolitísimos de circunstancias sobrevenidas²⁰.

Las objeciones comenzaron incluso por la denominación “cláusula”, la que es ciertamente impropia según la mayoría de estos autores: si se trata de algo sobreentendido o implícito, precisamente lo que no será es una cláusula, pues ella supone una previsión expresa de los contratantes que es específicamente lo que falta en estos casos. Pese a ello, continúa siendo llamada de ese modo por doctrinarios y jueces.

Según los adversarios más encarnizados, modificar los términos de la convención, dejando sin efecto su obligatoriedad inicial, produce tres gravísimos males: inseguridad jurídica, desconfianza económica y arbitrariedad judicial. La primera, en cuanto subvierte el principio liminar de la autonomía de la voluntad, baluarte de los derechos individuales cuya solidez queda lastimada; la segunda, porque atenta contra la validez misma del vínculo obligacional haciendo dudar de su eficacia inmediata; y la tercera, porque deja a los jueces sin base firme para resolver con seguridad

¹⁸ GROCCIO, H., *De iure de bellis acpaxis*, II c 16 párr. 52 nota 2, citado por OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 26, nota 1.

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ CARRANZA, E., ob. cit., p. 235 y ss.

²⁰ OSTI, G., ha hecho el más profundo estudio histórico de la cláusula *rebus sic stantibus*, Cfr. *La così...*, ob. cit., p. 21 y ss.

y exactitud, cuando un hecho o circunstancia tiene entidad suficiente para hacer claudicar el contrato.

Específicamente a la cláusula se le han formulado tres críticas centrales:

- a) Respecto de su naturaleza, como ya anticipamos, se adujo que no sería en realidad una “cláusula”, pues no aparece ni expresa ni tácitamente convenida, y aunque lo fuera, existen circunstancias cuya permanencia es objetivamente necesaria para la vida del contrato, independientemente de que las partes las hayan presumido.
- b) Es vaga, pues no especifica cuáles son las “cosas o hechos” que deben mantenerse inmutables, qué entidad y origen deben tener las mutaciones que los alteran, y cuáles son los efectos que produce su eventual modificación.
- c) Finalmente, es artificial, pues así como se pretende presumir que las partes tácitamente acordaron la rescisión del negocio por el cambio de las circunstancias, podría presumirse lo contrario, esto es, que acordaron mantenerlo a todo evento²¹.

No obstante estas objeciones, en los tribunales eclesiásticos de fines del siglo XVI y comienzos del XVII el instituto se admitió caracterizado con perfiles similares a los actuales, según lo comentan los Cardenales Mantica y De Luca, quienes analizando la doctrina de la Sacra Rota Romana señalan que los extremos que condicionan la aplicabilidad de la “cláusula” son: un contrato de tracto sucesivo o supeditado a un hecho futuro, y un cambio sobrevenido en los hechos que redunde en una flagrante injusticia²².

Empero, la generalidad e indeterminación de la cláusula *rebusselló* su suerte de descrédito en la literatura jurídica desde finales del siglo XVIII y ni siquiera adquirió nueva vigencia ante hechos evidentemente conmocionantes como las guerras napoleónicas, el bloqueo continental, las guerras de revolución o la paulatina desaparición del colonialismo europeo en América.

La reprobación general de la doctrina se mantuvo hasta finales del siglo XIX, salvo la asilada consagración en las primeras codificaciones

²¹ BONNECASE, J., *Supplémental Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Tomo 3, de G. BAUDRY-LACANTINERIE, Paris, 1926, p. 601.

²² REZZÓNICO, L. M., ob. cit., p. 23; COLOMBO, L., ob. cit., p. 738.

germanas: el Código Bávaro de 1756²³, el Landrecht prusiano de 1794²⁴ y el Código austriaco de 1811²⁵ que la incluyó al tratar el contrato preliminar.

Fue más bien reemplazada por variadas teorías que intentaron soslayar la incidencia del cambio de circunstancias en los efectos negociales²⁶.

²³ Parágrafo 12, Título IV, Capítulo XV...3 “*Todos los vínculos encierran tácitamente en sí, la cláusula rebus sic stantibus, de tal modo ellos se tornan inválidos como consecuencia de la mutación de la cosa comprometida en la obligación, pero solamente cuando se verifiquen los siguientes tres requisitos: 1° que tal mutación no obedezca a la mora o hecho del deudor; 2° que no fuese fácil de prever; 3° que sea de tal naturaleza que si el deudor la hubiese conocido originariamente, según la opinión desinteresada y honesta de personas inteligentes, no habría consentido el obligarse; resta todavía en tales circunstancias valorar, según la apreciación jurídica, si la obligación debe ser extinguida completamente, o solo reducida en la proporción del sobrevenido cambio*”.

²⁴ Capítulo V, Parágrafo 377: “*Fuera de los casos de una efectiva imposibilidad, el cumplimiento de un contrato no puede, por vía de regla, ser rehusado por cambio de las circunstancias*”, y el parágrafo 378 “*Sin embargo si por un imprevisible cambio se ha tornado imposible la consecución del resultado final para ambas partes, expresamente declarado o resultante de la naturaleza del negocio, puede cada una de las partes rescindir el negocio que no esté aun cumplido*”.

²⁵ Art. 936: “*...La convención de querer solo concluir un contrato futuro es obligatoria únicamente cuando se han establecido tanto el tiempo de la conclusión como los puntos esenciales del contrato y, además, cuando no se modifiquen las circunstancias durante la vigencia del término, no se frustre el fin expresamente determinado o resultante de las circunstancias, o no sea venida a menos la confianza de una de la otra de las partes*”.

²⁶ DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 63 y ss; MORELLO, A. M., *Ineficacia y frustración del contrato*, 1ª edición, Ed. Platense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 213. Ni siquiera el Código Civil Alemán de 1900, no obstante los precedentes germánicos mencionados, llegó a consagrarla, aunque se mencionaron en su articulados algunos preceptos que entrañan aplicaciones particulares de ella; Véanse las referencias de LARENZ, K. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*, RDP, Madrid, 1956, p. 7 ss.

Además se omitió en el Code francés de 1804²⁷ y fue ignorada por Pothier, Cujas, Domat y los primeros comentaristas y hasta por sus exegetas como Laurent, Demolombe, Duranton, Troplong y Aubry et Rau²⁸.

Históricamente el derecho francés ha sido el más restrictivo en admitir algún efecto a las circunstancias sobrevenidas. Las ideas canonistas del medioevo, que pudieron tener influencia en Italia o Alemania, no consiguieron mayor aceptación entre los juristas franceses antes de la sanción del Code Civil de 1804 que consagró la inmutabilidad de los contratos en su art. 1134²⁹ al disponer que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para quienes las han hecho, y no pueden ser revocadas sino por consentimiento mutuo, o por las causas que la ley autoriza. Estos últimos supuestos admiten la liberación sólo por posterior imposibilidad por

²⁷ Este abandono se lo ha atribuido al influjo de la Escuela Histórica del Derecho romano que se atenía a la exégesis de los textos, a la escuela del derecho natural con el rol preeminente que asignó a la voluntad, y finalmente al predominio en materia económica de la concepción liberal, que preconizaba desembarazar al principio de autonomía de limitaciones fundadas en la justicia conmutativa; Cfr. GHESTIN, J. – JAMIN, Ch. – BILLAU, M. *Traite de droit civil. Les effets du contract*, LGDJ, Paris, 1994, p. 345. N° 286.

²⁸ POTHIER, R., *Traité du contrat de louage*, § 143, principio 6° y § 152, V, p. 80/83, citado por DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 314 y ss.; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^a édition, Ed. L.G.D.J., Paris, 1937, p. 146 y ss., condena expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* por considerarla contraria a la naturaleza económica del contrato que es un acto de previsión; PLANIOL, M. - RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, Tomo XI, Ed. L.G.D.J., Paris, 1932, p. 50, expresan: “[...] si las cosas no fueran a cambiar, no valdría la pena concertar ni un solo contrato de tracto sucesivo [...] Lo que el acreedor prevé es casualmente que las cosas cambien, y se asegura contra los inconvenientes de ese cambio, previéndolos desde luego mediante una serie de operaciones [...] contratar es prever; el contrato es un compromiso para el porvenir, todo contrato contiene una idea de aseguración y admitir la revisión de los contratos cada vez que se presente una situación que las partes no han previsto, sería arrebatar al contrato su utilidad misma, que consiste en garantizar al acreedor contra lo imprevisto”; GHESTIN, J., *Traité de droit civile. Les effets du contrat*, 2^a édition, Ed. L.G.D.J., Paris, 1994, p. 314; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 35; MASNATTA, H., *El cambio de circunstancias y el contrato*, JA, 1959-IV-12, Sección Doctrina; ANASTASI, L., ob. cit., p. 578 y ss.; REZZÓNICO, L. M., ob. cit., p. 21 y ss., en especial sus notas 4 y 5; FLAH, I. - SMAYEVSKY, M., *Teoría de la imprevisión - Aplicación y alcances, doctrina y jurisprudencia*, 2^a edición, Ed. Lexis Nexis - Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 13, nota 6.

²⁹ Art. 1134 : “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les sont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise*”.

causas ajenas al deudor, como si la cosa perece sin su culpa, o cuando la prestación resulta imposible por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1302, 1147 y 1148).

Así, la regla *pacta sunt servanda* aparece en el derecho positivo francés como la traducción concreta de la concepción voluntarista del contrato, inspirada en el dogma de la autonomía de la voluntad, consagrando el inalterable respeto a la palabra empeñada.

Desde esta perspectiva, el contrato es un acto de previsión, y su fuerza obligatoria se justifica por la seguridad que aporta al tráfico de bienes y servicios. Quienes se unen mediante el vínculo de voluntad común, tendiente a regular sus derechos, deben hacerlo sin perder de vista las eventuales variaciones que factores económicos, sociales o políticos puedan sufrir en un futuro más o menos inmediato. En otras palabras: dentro de sus posibilidades y facultades personales, las partes deben prever cualquier cambio capaz de gravitar sobre sus intereses. Si así no lo hacen, soportarán las secuelas de su propia negligencia, de su propia torpeza, y su error —si existiera— sería inexcusable.

Luego de la sanción del Code Civil la doctrina y la jurisprudencia francesas, frente al problema de la transformación de las circunstancias, mantuvieron rígidamente la regla *pacta sunt servanda*³⁰.

Tradicionalmente la Corte de Casación de París, aun en épocas de enormes transformaciones económico-financieras, mantuvo invariable el principio según el cual “en ningún caso los tribunales pueden por más equitativa que les parezca la decisión, tomar en consideración los tiempos y circunstancias para modificar las convenciones de las partes, y sustituir por cláusulas nuevas aquellas que han sido libremente aceptadas por los contratantes”³¹.

Un recordado antecedente es el del Canal de Craponne. En el siglo XVII el propietario del Canal de Craponne, situado en la Comuna de Pelis-

³⁰ Para un detenido análisis de la jurisprudencia francesa pueden verse con provecho: AUVERNY BENNETOT, J., *La théorie de l'imprévision*, Ed. Sirey, París, 1938, p. 43 y ss.; FOULON, J., *Le caractère provisoire de la notion de l'imprévision*, Ed. Les Presses Modernes, París, 1938, p. 12 y ss.; GALLO, P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1992, p. 344; MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Ed. Jovene, Nápoles, 1996, p. 23 y ss.; GHESTIN, J., ob. cit., p. 323 y ss. En la doctrina nacional, REZZÓNICO, L. M., ob. cit., p. 50 y ss.

³¹ GHESTIN, J., ob. cit., p. 323 y ss.

sanne, había contratado con los dueños de los inmuebles limítrofes, beneficiados por el agua del canal, el pago de una cuota o canon fijo periódico por el regadío, en un contrato a 160 años de plazo. Modificaciones monetarias acaecidas a consecuencia de la Guerra Franco-Prusiana de 1870, convirtieron en ínfimo el canon originariamente pactado por el uso del agua. El sucesor del primitivo propietario peticionó entonces una modificación del precio y el Tribunal de Aix hizo lugar a la demanda, declarando que en los contratos sucesivos no se aplica la regla del art. 1134 del Code Civil, por lo que debía modificarse la renta si el rédito de una parte no se compadecía con la carga de la otra. Pero la Corte de Casación, atemorizada por la generalización de la sentencia, revocó la resolución en 1874, declarando que “la regla del art. 1134 del Código Napoleón es general, absoluta y rige los contratos cuya ejecución se extiende a épocas sucesivas, y que en ningún caso corresponde a los Tribunales, por equitativa que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar los pactos celebrados [...]”.³²

Una aisladísima excepción registra la jurisprudencia francesa en un caso fallado en 1843, pero recurriendo al argumento de la fuerza mayor. En ese año, los tribunales de Rouen admitieron la resolución de un contrato por estimarlo carente de finalidad. El año anterior, una firma de París y otra de Rouen celebraron un contrato por dos años de plazo para la común explotación de una diligencia que haría un recorrido entre las dos ciudades en tres días. Contra lo que era previsible esperar, al año siguiente se inauguró el ferrocarril entre la capital y la ciudad normanda, que emplearía medio día en el trayecto. La firma parisina pidió la resolución del contrato carente ya de finalidad. Los tribunales accedieron a la demanda, admitiendo que la inauguración del ferrocarril resultaba un caso de fuerza mayor, que hacía imposible el cumplimiento del contrato.

Igual temperamento se advertía en el sistema anglosajón. El principio fundamental del derecho inglés³³ era que el contratante estaba estricta-

³² HAURIOU, M., *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1926, p. 2 y ss.; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 23 y ss.; REZZÓNICO, L. M., ob. cit., pág. 51.

³³ CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, Vol. 1, General Principle, 25ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1983, Discharge by frustration, Chapter 23, N° 1521, p. 830; ANSON, W., *Law of Contracts*, 25ª edición, A.G. Guest Clarendon Press Oxford, 1979, Cap. XIV, Discharge by frustration, p. 494 y 495; CHESHIRE, G. - FIFFOOTS, C., *Law of Contract*, 9ª edición, de M. P. Furmston, London, Ed. Butterworths, 1976, p. 544 y ss.; ESPERT SANZ, V., ob. cit., p. 41; LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 116

mente constreñido al cumplimiento de la obligación, y que a falta de una liberación o limitación contractual de responsabilidad, debía tomar siempre a su cargo las consecuencias de la imposibilidad de cumplir esa obligación frente al cambio de circunstancias que pudiera haber sobrevenido con posterioridad al perfeccionamiento del negocio.

Cuando la ley generaba una obligación que luego no podía irremediablemente cumplirse, aquella podía liberarlo, pero si la carga emanaba de un acuerdo libremente asumido, el obligado estaba inevitablemente compelido a cumplirla.

La regla era absoluta y el deudor no podía invocar ninguna excepción, aún en supuestos de accidentes u otras contingencias ajenas a su control, que acaecidas luego de la celebración del contrato, le hubieran impedido cumplirlo. Es decir, era responsable aun por el caso fortuito (*misfortune*) o fuerza mayor (*act of God or the King's enemies*).

Esta doctrina de la inflexibilidad contractual, fue clásica en el derecho británico y funcionaba como una garantía (*warranty*) de cumplimiento íntegro y en tiempo oportuno, asegurada mediante un deber de resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento.

La garantía asumida era en principio incondicionada, aplicable a todos los casos posibles, con la sola excepción de los excluidos convencionalmente de modo expreso.

Una primera excepción a tan férrea regla se introdujo en el campo, muy importante en Inglaterra, del derecho marítimo³⁴. En él, el capitán del

y ss.; DE CASATRO Y BRAVO, F., ob. cit., p. 324 y ss; CANO TELLO, C., *La frustración del fin del contrato*, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XXI, Fasc. III, 1968, p. 668 a 682, donde elabora una enjundiosa nota a la obra de V. ESPERT SANZ, citada reiteradamente en ésta y en varias referencias anteriores; PUIG BRUTAU, J., ob. cit., p. 17. En la doctrina nacional, GUTTERIDGE, M. *La revisión de los contratos en el derecho inglés*, LL, 12-107, Sección Doctrina; GIANFELICI, M. C. ob. cit., p. 50; RAY, D. - VIDELA ESCALADA, F., ob. cit., p. 7 y ss.; APARICIO, J. M., ob. cit., Tomo II, p. 314; RAY, J., *Frustración del contrato*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 33 y ss.; REZZÓNICO, L. M., ob. cit., p. 56 y ss.; MORELLO, A. M., *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., p. 80 y ss.

³⁴ M. GUTTERIDGE, profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Cambridge, ha señalado (ob. cit., p. 109 y ss.) que “La noción de *act of God* está tan ligada al sobrevenimiento de acontecimientos catastróficos de naturaleza sobrehumana, tales como tifones, tempestades de nieve, temblores de tierra, tornados, rayos, erupciones volcánicas y otros fenómenos del mismo orden, que fuera del campo de los contratos marítimos, juegan un rol muy pequeño cuando se examinan las causas que impiden la ejecución de un contrato”. El rigor implacable del derecho inglés fue atenuándose al

buque no respondía de los impedimentos de la prestación si eran fortuitos o acaecidos por fuerza mayor. En el resto del derecho civil en general, la irreversibilidad del cumplimiento tuvo vigor ilimitado hasta bien avanzado el siglo XIX.

La decisión clásica tuvo consagración expresa en el prototípico *leading case* “*Paradine v. Jane*” resuelto en 1647, fijándose la regla de los “contratos absolutos”³⁵. El príncipe germano Ruperto invadió con fuerzas armadas el territorio del reino británico y le privó al locatario Jane la tenencia y posibilidad de obtener los frutos del predio arrendado; cuando el locador Paradine lo demandó judicialmente por el cobro del alquiler, pretendió exonerarse aduciendo que se había configurado un hecho inevitable, que le impedía la explotación de la finca y, consecuentemente, pagar la renta. El tribunal lo consideró responsable por ser un hecho cuya exoneración contractual debió preverse, y como nada se había establecido al respecto, debía responder.

Se dijo que si era la ley la que creaba el vínculo, y el obligado no podía cumplir por circunstancias insuperables, ésta podía exonerarlo, pero si el propio interesado creaba su obligación contractualmente, debía responder por no haber previsto la exoneración. La justificación del principio radicó en que cada parte en el contrato puede protegerse contra contingencias imprevistas mediante estipulación expresa. Si voluntariamente asumió una obligación incondicional y absoluta, no puede ampararse en un imprevisto evento que pueda perjudicarla.

Es decir, el caso fortuito y la fuerza mayor funcionaban como causales de eximición en los casos de responsabilidad extracontractual, pero no en el campo del derecho convencional si la liberación no se previó expresamente.

dar cabida a una serie de excepciones que van reuniéndose para contratos en particular, y que permiten a la doctrina de finales del siglo XIX, afirmar que la imposibilidad sobrevinida —al menos en los contratos de obra y venta de bienes genéricos— es una excusa válida. La evolución de ésta situación a lo largo del siglo XIX se estudia detalladamente en GALLO, P., ob. cit., págs. 35 y ss., donde puede encontrarse una amplísima referencia a la doctrina anglosajona.

³⁵ CHITTY, J. ob. cit., p. 1522, nota 3; LARENZ, K. *Bases del negocio...*, ob. cit., p. 119; ESPERT SANZ, V., ob. cit., p. 42; RAY, J., ob. cit., p. 40 y ss.; PUIG BRUTAU, J. ob. cit., p. 364; ANSON, W. ob. cit., p. 494; GIANFELICI, M. C. ob. cit., p. 22.

c. El renacimiento de la cláusula

El principio de responsabilidad de los contratos absolutos desembocaba en resultados totalmente injustos, y el paso de los años demostró la necesidad de elaborar una doctrina que mitigara su rigor. Se hizo imperativo elaborar un instituto que permitiera la exoneración de las obligaciones contractuales en aquellos casos en que un acontecimiento fortuito o de fuerza mayor impidiera el cumplimiento de la prestación, pese a que la exclusión de la responsabilidad no estuviere prevista contractualmente.

Así, resurgió durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX, una abundante literatura jurídica, especialmente en Francia, Italia y Alemania.

Aparecieron doctrinas subjetivistas que potenciaron el dogma de la voluntad y reafirmaron la necesidad que el derecho positivo respete la voluntad de las partes en aras de la justicia y la equidad; objetivistas, que prescindieron de la voluntad del sujeto y rescataron los presupuestos que dan nacimiento al acuerdo, en desmedro de la voluntad de las partes; o mixtas, que intentaron amalgamar elementos de las anteriores. Y hasta es posible encontrar algunas que basaron su postura favorable a partir de una comparación con figuras afines, como el error, el enriquecimiento injusto, la buena fe, la equidad, el abuso del derecho, el riesgo imprevisible, etcétera.³⁶

La Primera Guerra Mundial de 1914, con su secuela de gravísimos trastornos, económicos y sociales afectó no solo a los países beligerantes sino a todo el globo, determinando un renacimiento de la célebre cláusula bajo la nueva versión de teoría de la imprevisión.

Pronto se advirtió que el mundo había dejado de ser aquel escenario de absoluta e inalterable seguridad que caracterizó al siglo XIX, para dar paso al de la inseguridad, alterado por las constantes perturbaciones que suponen los conflictos políticos y sociales y el progreso generalizado.

A partir de la conflagración mundial una abundante producción jurídica comenzó a preocuparse del tema intentando encontrar un fundamento

³⁶ Recogen numerosas posturas doctrinales ALBALADEJO GARCÍA, M. ob. cit., p. 466; DE CASTRO Y BRAVO, F. ob. cit., p. 322; Díez Pícazo y Ponce de León, L. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 874 y ss.; ROCA SASTRE, R. ob. cit., p. 239 y ss. Desde un punto de vista diferente PUIG BRUTAU, J. ob. cit., p. 365, relata especialmente la labor de los tribunales y la ayuda que le han suministrado las diferentes teorías. En la doctrina nacional, SPOTA, A. ob. cit., p. 569 y ss.

doctrinario que permitiera quebrar el dogma de la autonomía de la voluntad en supuestos de excepción, autorizando a los jueces, en casos concretos de alteración de las circunstancias por causas sobrevenidas e imprevisibles, intervenir para corregir graves desequilibrios producidos en la economía del contrato, por vía de su adecuación o resolución definitiva.³⁷

1. Francia: El antecedente más recordado lo dejó la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés en el “*Arrêt*” del 30 de mayo de 1916, al dirimir el célebre caso de la Compañía de Gas de Burdeos contra la Municipalidad de Burdeos. La compañía estaba obligada a suministrar a la ciudad de Burdeos gas a razón de cierto precio por metro cúbico. Durante la Gran Guerra los ejércitos alemanes ocuparon la región carbonífera de Francia. El precio del carbón se elevó de un modo extraordinario: de 22 a 117 francos. La compañía solicitó a la comuna una indemnización que le fue negada. El Consejo de Prefectura resolvió que el pliego de condiciones era intangible, y por consiguiente, el gas debía suministrarse al precio estipulado, aun en detrimento de los intereses comerciales de la prestataria. Interpuesta apelación ante el Consejo de Estado, éste resolvió que no podía subsistir íntegramente el pliego, puesto que la economía del contrato se había alterado totalmente, pese a lo cual, en razón del interés general era imprescindible sostener el servicio público de alumbrado y calefacción de la ciudad. Declaró que la economía del contrato queda trastornada (*bouleversée*) cuando el alza del precio del carbón es tal, que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes al contratar³⁸.

El Consejo de Estado, en su función de máximo tribunal administrativo, desarrolló así una nueva doctrina con su teoría de la *imprevisión*, modificando el rigorismo que a ultranza y de manera invariable había sostenido la Corte de Casación, supremo tribunal en materia de derecho privado. La morigeración incluyó una invitación a las partes a renegociar los términos del contrato y la fijación de una indemnización ante la falta de acuerdo, pero no la modificación de los términos del negocio ni su posterior ejecución, inexcusable por tratarse de un servicio público. Se señalaron

³⁷ APARICIO, J. M. *Contratos. Parte General*, Hammurabi, Bs. As., 2016, tomo 2, p. 247.

³⁸ GHESTIN, J. ob. cit., p. 331 y ss.; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 889; CARLOMAGNO, A. *La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general*, JA, 43-36, Sección Doctrina, recuerda palabras de Maurice HAURIOU: “*la rigidez del servicio público, exige la flexibilidad del contrato correspondiente*”.

dos requisitos imprescindibles de procedencia: que el hecho provocador sea realmente imprevisible por extraño a la voluntad de las partes, y un verdadero trastorno en la economía del contrato, siendo insuficiente una disminución o falta de ganancia materializada en un déficit negocial³⁹.

Este criterio se generalizó a otros pronunciamientos recaídos en asuntos vinculados a servicios públicos, hasta que finalmente el 21 de enero de 1918 se dictó la famosa *Ley Falliot*, por la cual los contratos mercantiles celebrados antes del 1º de agosto de 1914, podían rescindirse cuando el cumplimiento de las obligaciones asumidas ocasionase a una de las partes daños y perjuicios desproporcionados en relación a la contraprestación recibida⁴⁰.

La doctrina de la imprevisión hizo dos grandes contribuciones al problema de la alteración de circunstancias: puso en evidencia, por vez primera en la escena jurídica, que no todos los aconteceres pueden preverse, por agudas que sean las aptitudes del contratante o elevada su preparación intelectual, y además, aportó precisión a la tesis del vínculo relativo de los contratos, precisando la entidad que debe tener esa mutación fáctica para que ceda la ligazón negocial.

Varios fundamentos se han ensayado en abono de la teoría de la imprevisión⁴¹. Quizás el más defendido lo constituya el principio de autonomía

³⁹ Lo justo, se estableció, es exigir la continuación del servicio público, pero permitiendo un aumento de tarifas proporcionales al incremento operado en el precio del combustible, el que no pudo preverse a la época de la celebración del contrato, distinguiendo así entre el álea previsible y el álea imprevisible, GHESTIN, J. ob. cit., p. 331 y ss.; CARLOMAGNO, A. ob. cit., p. 36 y ss.

⁴⁰ GHESTIN, J. ob. cit., p. 319 y ss., aborda los antecedentes legislativos franceses sobre el tema distinguiendo las leyes “temporales” dentro de las cuales analiza la conocida Ley Falliot, y otras similares del 9 de marzo de 1918, 6 de julio de 1925, 8 de abril de 1933 y 22 de abril de 1949, que permitieron la modificación del precio o la resolución de los contratos de arrendamiento durante las dos conflagraciones mundiales; de las “permanentes”, que ante un cambio sensible de las circunstancias intentaron reconstruir el equilibrio de las prestaciones de modo definitivo.

⁴¹ Entre varios expuestos: la “situación extracontractual” de BRUZIN, sosteniendo que los cambios sobrevinientes traen consecuencias que exceden lo acordado en el negocio; la “equivalencia de las prestaciones” de GIORGI y MAURY, que defienden la necesidad de mantener el equilibrio cercenado por la alteración de las circunstancias, pues la equivalencia de las prestaciones es la base del consentimiento; “la idea moral” de RIPERT y VOIRIN, que admitiéndola sólo en casos excepcionales, sostiene que el acreedor no puede usar su derecho con excesivo rigor si la dificultad de cumplimiento alcanza grado tal, que mantenerlo, constituye una flagrante violación a la ley moral,

de la voluntad, esto es, el respeto a lo que efectivamente las partes quisieron o acordaron, y el desconocimiento a una situación fáctica ajena a la que imperaba en el momento del perfeccionamiento negocial.

Se ha sostenido que la teoría de la imprevisión se basa en la del riesgo imprevisible⁴², que implica la aplicación de un principio de justicia distributiva, permitiendo a las partes distribuir sus consecuencias entre ellas, mientras que, por el contrario, el riesgo previsible continúa sometido a los principios de justicia conmutativa (cada uno soporta sus riesgos). Así, en opinión de Hauriou, lo que hicieron los tribunales administrativos es establecer una especie de coeficiente de reparto de riesgo entre los sujetos, partición que no encuentra justificación en las normas que disciplinan los contratos civiles, pero que sí puede entenderse si se sustituye la noción de contrato puro por la de institución, relacionada a una comunidad de intereses, o mejor dicho, al interés público⁴³.

Se criticó su tinte excesivamente subjetivista, que pone el eje de los efectos jurídicos de la variación de las circunstancias en la autonomía de la voluntad, en primer lugar porque éstos se producen objetivamente con independencia de la voluntad de las partes, y por otro lado, porque si éstas no previeron modificaciones circunstanciales, asumieron el riesgo de cualquier variación ulterior en la composición de la prestación⁴⁴.

Cfr. GHESTIN, J. ob. cit., págs. 352 y ss. En la doctrina nacional, FORNIELES, ORGAZ y SPOTA se pronuncian en términos similares destacando la necesidad de interpretar la voluntad presunta de las partes y desechar el ejercicio abusivo del derecho, Cfr. MASNATTA, H. ob. cit., p. 13 y ss.

⁴² HAURIOU, M. ob. cit., págs. 3 y ss.

⁴³ DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 78. En la doctrina nacional extensísimas reseñas acerca de la teoría de la imprevisión y su fundamentación en particular, pueden verse con provecho en CARLOMAGNO, A. ob. cit., p. 17 y ss.; MOSSET ITURRASPE, J. *La frustración del contrato*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 169 y ss.; MOSSET ITURRASPE, J. - FALCÓN, E. - PIEDECASAS, M., *La frustración del contrato y la pesificación*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 173 y ss.; MORELLO, A. M. *Ineficacia y frustración del contrato*, 2ª edición, Ed. Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 279 y ss.; MORELLO, A. M. - TROCCOLI, A. *La revisión del contrato. Onerosidad sobreviniente. Intereses. Indexación*, Ed. Platense S.R.L., La Plata, 1977, p. 89 y ss.; FLAH, L. - SMAYEVSKY, M. ob. cit., p. 11 y ss.; REZZÓNICO, L. M. ob. cit., p. 50 y ss.; TELLO, R. ob. cit., p. 33 y ss.

⁴⁴ GHESTIN, J. ob. cit., p. 314 y ss.; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 885; GIANFELICI, M. C. *La frustración del fin del contrato*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 41.

Así todo, los tribunales franceses mantuvieron invariable el respeto incondicional a la fuerza obligatoria de los contratos, y puede sostenerse que esa tendencia no se modificó en los dos últimos siglos.

Esta rígida posición, que impidió adecuar los contratos a la evolución de las circunstancias, facilitó en Francia la aparición de cláusulas de adaptación, destinadas a atenuar el principio de la fuerza obligatoria. Entre ellas, la cláusula *hardship*, que admite la revisión de las cláusulas contractuales cuando circunstancias inesperadas alteran el equilibrio inicial de las obligaciones de las partes. Así, una convención expresa en el acuerdo posibilita liberarse de los efectos perniciosos de una modificación sorpresiva, y mitigar el rigor del art. 1134, convirtiéndolo en una norma supletoria⁴⁵.

La reforma del Código Civil francés al derecho de los contratos y al régimen general de obligaciones, vigente a partir del 1 de octubre de 2016, ha puesto fin a la resistencia a la admisión de la figura de la imprevisión que aparece ahora consagrada expresamente en el nuevo art. 1195, admitiendo el clamor generalizado de la doctrina gala desde hace varias décadas⁴⁶, de adecuar el derecho interno al comunitario.

2. Italia. La doctrina civilista peninsular intentó resolver la incidencia del cambio de circunstancias sobrevenidas mediante la doctrina de la *exce-siva onerosidad de la prestación*.

Inicialmente fue una formulación que reflejó la misma concepción de la teoría de la cláusula y la francesa de la imprevisión, basándose en el ficticio fundamento de la voluntad presunta de las partes⁴⁷, pero más tarde viró ese basamento hacia uno más objetivo, con aportes nuevos que intentaron superar las críticas efectuadas a las doctrinas anteriores.

⁴⁵ GHESTIN, J. ob. cit., p. 333 y ss., donde puede consultarse además una completa referencia de la doctrina gala sobre el régimen jurídico de la imprevisión.

⁴⁶ GHESTIN, J. ob. cit., p. 361 y ss.

⁴⁷ OSTI, G., *Appunti...*, ob. cit., págs. 666 y ss., afirma que el contenido de la voluntad de la promesa obligatoria comprende, la voluntad dirigida a asumir la obligación y la voluntad de exigir la prestación. A esta última, que está en estado de determinación, la llama “voluntad marginal”, entendida como la representación mental que el promitente se formula al obligarse sobre la trascendencia del sacrificio, la disminución del patrimonio que sufrirá, el beneficio que obtendrá, etcétera, lo que constituye la entidad económica de las prestaciones que son tenidas en cuenta al momento de obligarse y las que presume subsistirán hasta el momento de satisfacer las prestaciones, por lo que prescinde de condicionar la obligación al exacto cumplimiento de esa realidad. El cambio de circunstancias produce entonces una divergencia entre los efectos del negocio y aquellos a los que estaba dirigida la voluntad marginal concorde de las partes.

Los descalabros negociales generados en los profundos cambios socio-económicos provocados por la Gran Guerra de 1914, rescataron del olvido en Italia la cláusula *rebus sic stantibus*, receptada por la jurisprudencia de comienzos de siglo, aunque con suerte variada.

La Corte de Apelaciones de Florencia resolvió que cuando en los contratos de tracto sucesivo se verifiquen hechos nuevos a cargo de alguno de los contratantes, puede el perjudicado demandar la resolución o la modificación del negocio, pues la obligación está sometida tácitamente a la cláusula *rebus sic stantibus*, que aunque no reconocida expresamente por la ley, deriva de los principios generales del derecho y de la equidad⁴⁸.

En otros recordados fallos de la Corte de Apelaciones de Turín⁴⁹ y del Tribunal de Asti⁵⁰ se resolvió en idéntico sentido, pero la Corte de Casación de Roma⁵¹ no adhirió a la teoría, declarando que la doctrina de la cláusula no era aplicable a los contratos bilaterales.

⁴⁸ *Rivista del Diritto Commerciale*, 1915-II, p. 154, “*Valori c. Amm. Delle R.R. Poste*”, 03/03/1914, con nota de B. DUSI, *Sulla clausola rebus sic stantibus*, resalta el hecho de la modificación del principio cardinal de la irrevocabilidad de los contratos legalmente concluidos, sobre el cual se asienta la seguridad de los cambios sociales y de los servicios. Se puede concluir, afirma el anotador, que todo contrato con prestaciones continuadas puede resolverse si concurren tres condiciones: 1) cuando independientemente de la culpa de la parte interesada, se produzca un cambio radical en las condiciones de hecho; 2) cuando el cambio es humanamente imprevisible, y la parte no esté obligada a preverlo o soportarlo; 3) cuando el cambio sea de tal magnitud que la parte interesada, de haberlo podido prever, se hubiere obligado en condiciones diferentes.

⁴⁹ *Rivista del Diritto Commerciale*, 1916-II, p. 649, “*Cottian c. Lombard*”, 14/06/1916, con nota de G. SEGRÉ, *Ancora sulle questioni riguardanti l’obbligo del riscaldamento asunto dal locatore, in relazione al Decreto 27 maggio e alla clausola rebus sic stantibus*.

⁵⁰ *Rivista del Diritto Commerciale*, 1919-II, p. 92, “*Chassany Freres c. Vetreria Astigiana*”, 06/04/1918, con nota de A. VIGNA, *La clausola rebus sic stantibus e le sue conseguenze*.

⁵¹ *Rivista del Diritto Commerciale*, 1921-II, p. 1, “*Baroncelli c. Alvisi*”, 25/11/1919, con nota de G. SEGRÉ, *Sull’impossibilità e sull’eccessiva onerosità della prestazione*. Destaca el anotador del fallo: “*En nuestra jurisprudencia prevalece la doctrina de que sólo la imposibilidad absoluta y objetiva, no la simple imposibilidad subjetiva, o la simple dificultad u onerosidad sobrevinientes por caso fortuito o fuerza mayor, liberan de responsabilidad al deudor de la prestación*”; *Rivista del Diritto Commerciale*, Tomo XXI-II, p. 629, “*Rosa c. Marconi*”, 07/04/1923, con nota de B. BRUGI, *Impossibilità oggettiva della prestazione. Presupposizione e clausola rebus sic stantibus*, donde pueden consultarse las eruditas apreciaciones y elogios del anotador comentando la doctrina del Tribunal de Casación de Roma, según la cual sólo la imposibilidad

Durante largos años autores italianos de gran prestigio continuaron enseñando la doctrina de la Corte de Roma, en trabajos publicados en la Revista de Sraffa y Vivante⁵².

Empero, la tendencia se modificó en la literatura jurídica al promediar el siglo XX, haciéndose ostensible la opinión de autores que bregaban por una más elástica concepción de la fuerza obligatoria de los contratos, proponiendo admitir efectos acotados en las prestaciones si circunstancias sobrevenidas alteraban la ecuación económica del negocio.

El mérito de los peninsulares fue haber precisado con claridad qué extremos deben modificarse para que la mutación de las circunstancias pueda alterar la relación contractual. Así, precisaron que sólo aquellos eventos o sucesos capaces de provocar una “excesiva onerosidad sobrevenida” de las prestaciones justificaban la resolución contractual, consiguiendo su consagración legislativa en los arts. 1467 a 1469 del nuevo Código Civil italiano de 1942⁵³.

absoluta y objetiva de la prestación no imputable al deudor, puede liberarlo de los efectos del incumplimiento.

⁵² OSILIA, E., *La sopravvenienza contrattuale*, *Rivista del Diritto Commerciale*, Tomo XXII-I, p. 297, sostiene con variados argumentos que la cláusula *rebus sic stantibus* no puede considerarse implícitamente comprendida dentro de la voluntad constitutiva del negocio, ni como un efecto racional o legal del contrato bilateral de ejecución continuada o periódica.

⁵³ Art. 1467: “*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' articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contra la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*”. Art. 1468: “*Nell'ipotesi prevista dall' articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità*”. Art. 1469: “*Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura e per volontà delle parti*”. Extensas consideraciones sobre la figura y su vinculación con la presuposición, sus requisitos y efectos, pueden consultarse en DE MARTINI, A. *L'eccessiva...*, ob. cit., p. 45 y ss. Autores como Díez Pícazo y Ponce de León, L., *Fundamentos...*, ob. cit., págs. 890 y ss., y Gianfelici, M. C., ob. cit., p. 42, objetan al modelo italiano la omisión del carácter extraordinario e imprevisible del acontecimiento generador de la variación. No compartimos esa crítica, pues surge expresamente de la letra de la norma del art. 1467, primera parte del Código Civil de 1942, que los acontecimientos deben presentar esas características para dar origen a la excesiva onerosidad.

En esencia, esas normas permiten que en un contrato de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor puede demandar la resolución sin efecto retroactivo. La resolución no puede ser demandada cuando la onerosidad sobreviniente provenga del riesgo o álea propio del contrato. La parte demandada por resolución puede evitarla forzando una modificación equitativa del negocio. Tal propuesta de modificación en las modalidades de ejecución, puede ser también peticionada por el obligado en los contratos unilaterales, en cuyo caso los efectos se limitan a pedir la reducción de la prestación, o su modificación equitativa, pues permitir la resolución dejaría en manos del deudor el arbitrio sobre el cumplimiento del contrato, lo que es evidentemente inadmisibles. Finalmente, se dispone que en los contratos aleatorios no puede aplicarse la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida, sean aleatorios por disposición de la ley o por convención de partes.

La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, de cuna italiana, ha sido receptada, con diferentes matices, en varios sistemas jurídicos latinoamericanos y algunos europeos, que la incorporaron a sus cuerpos legales durante el decurso del siglo XX. Entre ellos el nuestro, a través del agregado que la ley 17.711 hizo al art. 1198 del Código Civil⁵⁴, hoy replicada con variantes en el art. 1091 del Código Civil y Comercial.

3. Alemania. En la segunda mitad del siglo XIX la escuela pandectística alemana comenzó a estudiar de modo sistemático el contenido psicológico de la voluntad y las representaciones mentales de las partes al contratar.

En su preocupación por salvaguardar la seguridad del tráfico jurídico, y en su desmedida reacción contra las deformaciones del derecho romano, negó valor a la causa como requisito esencial del contrato y condenó al olvido la cláusula “*rebus sic stantibus*”, favoreciendo un sistema cuyo regular funcionamiento producía resultados injustos, al carecer de instrumentos para evitarlos.

Pese a ello, unos pocos repararon en la incidencia que en la vida del negocio producía la mutación de las circunstancias con las que las partes contaron o que se representaron al momento de negociar.

⁵⁴ Para un análisis de los distintos sistemas y códigos del Derecho Comparado sobre el tratamiento de la onerosidad sobrevenida, véase DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., pág. 43, nota 38.

Los primeros ensayos fueron de corte subjetivista, pero no referidos a los motivos o fines que impulsan a las partes a contratar —como fundamento causal del negocio—, sino relativos a las representaciones mentales que ellas se formulan al momento del perfeccionamiento negocial.

Estas ideas —que trascendieron al derecho alemán— evolucionaron hacia un destino objetivista por obra de críticos que intentaron superar las objeciones planteadas a las posturas iniciales, dando paso a una profusa elaboración doctrinaria que ha sido recogida por los causalistas para defender la base del negocio como un aspecto dinámico de la función económico-social que ha de cumplir el contrato⁵⁵.

Con el vocablo alemán “*Voraussetzung*” (presuposición) el genial pandectista germano Bernard Windscheid⁵⁶, ya hacia 1850, aludía a la tesis

⁵⁵ APARICIO, J. M., *Contratos...*, ob. cit., Tomo II, pág. 302.

⁵⁶ WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandecte*, trad. del alemán al italiano por C. FADDA y P. E. BENZA, Tomo I, Torino, Unione Trip. Edit. Torinese, 1925, p. 332, párr. 97; LEHMANN, H., *Tratado de derecho civil - Parte general*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 417 y ss.; LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 21 y ss.; *Derecho civil - Parte general*, Ed. Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 535 y ss; FLUME, W., *El negocio jurídico*, Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 580 y ss.; DíEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 890; MARTORANO, F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, *Rivista di Diritto Civile*, Tomo I, Ed. Cedam, Padova, 1958, p. 69 y ss.; SCOGNAMIGLIO, C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, *Rivista del Diritto Commerciale*, Tomo II, Ed. Dott. -Vallardi, Milano, 1985, p. 130; DE CASTRO Y BRAVO, F. ob. cit., p. 321 y ss.; ESPERT SANZ, V., *La frustración del fin del contrato*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 68 y ss.; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 66; LEÓN, P., *La presuposición en los actos jurídicos*, en *Estudios de derecho civil. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Ed. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1935; RIVERA, J. C. ob. cit., p. 876 y ss.; SALAS, A. E., *La cláusula oro y la teoría de la presuposición*, JA, 1943-II-43 y ss., Sección Doctrina; MARTÍNEZ CARRANZA, E. ob. cit., p. 310 y ss.; ORGAZ, A. ob. cit., p. 691; REY, M. R., *Teoría de la frustración del fin del contrato*, *Prudentia Juris*, Tomo 37, UCA, Buenos Aires, p. 13 a 58; FORNIELES, S., *La cláusula rebus sic stantibus*, JA, 1942-IV-9; MASNATTA, H. ob. cit., p. 10; APARICIO, J. M. ob. cit., Tomo II, p. 298 y ss.; REZZÓNICO, L. M. ob. cit., p. 59 y ss.; MORELLO, A. M., *Ineficacia y frustración del contrato*, Ed. Abeledo-Perrot, La Plata, 1975, p. 87 y ss.; RAY, J. - VIDELA ESCALADA, F. *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXIX, N° 22, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 24 y ss.

con la que pretendió dar fundamento a la incidencia del cambio de circunstancias en el acto jurídico.

Según este autor la presuposición es una expectativa o creencia sin la cual quien emite una declaración de voluntad desistiría de formularla.

El negocio no es sólo lo dicho o “puesto” en el acuerdo por los declarantes, sino también lo “presupuesto”⁵⁷. Se manifiesta sólo aquello en lo que se está de acuerdo o en lo que se puede disentir ahora o mañana, expresado del modo más claro posible, tratando de evitar nuevos disensos futuros. Pero por debajo de todo lo que se expresa o piensa en el momento del perfeccionamiento del acto, hay algo que no se piensa siquiera, y que sin embargo anida en la raíz más profunda de la voluntad humana. Esta sagaz distinción entre lo puesto y lo presupuesto constituye el genial aporte de Windscheid que da fundamento a su teoría más brillante⁵⁸.

La presuposición es “una condición no desarrollada o virtual”, una autolimitación de la voluntad —como lo son la condición, el cargo y el plazo— que no ha logrado alcanzar el desarrollo suficiente para que se le pueda considerar una verdadera condición inserta en el acto jurídico.

Mientras en la condición la existencia o desaparición del acto se encuentra subordinada al incierto acaecer de un acontecimiento futuro —se

⁵⁷ ORGAZ, A., ob. cit., p. 691 y ss., expresa: “*Prescindir de esta especie de subsuelo del contrato, sobre el que reposa orgánicamente lo expresado por sus contratantes, sería mutilar el contrato y las voluntades en él contenidas*”.

⁵⁸ ORGAZ, A., ob. cit., p. 693, manifiesta que la distinción ha sido receptada incluso por la filosofía y aparece expresada por J. ORTEGA Y GASSET, en *Ideas y creencias*, Obras, Tomo 2, Madrid, 1943, p. 1663, como sigue: “*Conviene pues que dejemos ese término —ideas— para designar a todo aquello que en nuestra vida aparece como resultado de nuestra ocupación intelectual. Pero las creencias se nos presentan con el carácter opuesto. No llegamos a ellas tras una faena de entendimiento, sino que operan ya en nuestro fondo cuando nos ponemos a pensar en algo. Por eso no solemos formularlas, sino que nos contentamos con aludir a ellas como solemos hacer con todo lo que es la realidad misma. Las teorías en cambio, aún las más verídicas, sólo existen mientras son pensadas: de aquí que necesiten ser formuladas. Esto revela, sin más, que todo aquello en que nos ponemos a pensar tiene ipso facto para nosotros una realidad problemática y ocupa en nuestra vida un lugar secundario si se le compara con nuestras creencias auténticas. En éstas no pensamos ahora o luego, nuestra relación con ellas consiste en algo mucho más eficiente: consiste en contar con ellas, siempre sin pausa. Me parece de excepcional importancia, para inyectar por fin, claridad en la estructura de la vida humana, esta contraposición entre pensar en una cosa y contar con ella. El intelectualismo, que ha tiranizado, casi sin interrupción, el pasado entero de la filosofía ha impedido que se nos haga patente y hasta ha invertido el valor respectivo de ambos términos [...]*”.

funda en la incertidumbre—, en la presuposición en cambio, el agente se propone que el efecto solamente exista en vista a un cierto estado de hecho —se funda en la certeza—, relativo a circunstancias presentes, pasadas o futuras, positivas o negativas.

El declarante no le da a su voluntad el desarrollo suficiente como para que su presuposición asuma la forma jurídica de la condición, pues mantiene la certeza de aquello con lo que cuenta (presume que existe, que aparecerá o persistirá una determinada circunstancia) y no se plantea la incertidumbre propia de la condición. La presuposición es, por ende, un término medio entre el simple motivo irrelevante para el derecho y el motivo elevado a condición.

Ahora bien, como la presuposición no subordina o supedita la existencia del acto a ese estado fáctico sobreentendido —circunstancia que sí se da en la condición—, habría que concluir que si ese estado de cosas resultare fallido, los efectos del acto tendrían de igual modo que subsistir o perdurar. Pero ello no se compadece —afirma Windscheid— con la verdadera voluntad del autor formulada en su declaración. De ese modo, si bien desde el punto de vista *formal* está justificada la subsistencia del efecto jurídico, no hay *sustancialmente* razón que la justifique.

Por otro lado, y extendiendo el ámbito de aplicación de la “*cláusula rebus*”, la presuposición se refiere a toda clase de acto jurídico —no sólo a los contratos— y puede versar sobre cuestiones de hecho o de derecho, y manifestarse por medio de un agregado expreso a la declaración de voluntad o resultar implícita, extraída del contenido restante de la manifestación, y aún de las circunstancias que acompañan a la declaración, ya que se encuentra en el fondo y raíz misma de la voluntad del declarante.

Respecto a este último punto aclara que en toda declaración hay un primer intento —fin o propósito— pues nadie hace una declaración de voluntad sin fin alguno, el que puesto de manifiesto de modo cognoscible, si desaparece, desprovee de efectos jurídicos al acto al ausentarse la razón sustancial que justifica su permanencia.

Y así como la presuposición no puede confundirse con la condición, tampoco es dable asimilarla a la causa, pues la primera se relaciona con el inicial propósito o intento, un primer movimiento del ánimo, y no queda incluida —como la causa— entre los elementos esenciales, sino entre las autolimitaciones o modalidades, mientras que la última, como elemento esencial, es el fin jurídico del acto, idéntico en todos los negocios de la mis-

ma especie. Por ello, la presuposición estaría colocada entre la causa —permanente— y los motivos —variables— sin posibilidad de confundirse⁵⁹.

La teoría de Windscheid se inserta en el llamado dogma de la voluntad, propio de las ideas imperantes en la época de su aparición, que sólo admitían mantener un negocio cuando los efectos producidos corresponden a los realmente queridos por el sujeto. Si en la manifestación hay una voluntad real o verdadera y otra declarada, la primera permaneciendo oculta en el interior de la declaración, subordina la eficacia de ésta a la existencia de circunstancias que constituyen el supuesto de la voluntad declarada.

La primera Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil Alemán —de la que participó el eminente Windscheid— elaboró el § 742 en los siguientes términos: “*Quien ha hecho una prestación bajo la presuposición, expresa o tácitamente declarada, de un acontecimiento futuro o de un efecto jurídico, puede, cuando la presuposición no tenga lugar, repetir del que la recibió todo cuanto le haya entregado*”.

Esta redacción no satisfizo ni al mismo Windscheid —porque se apartaba de su construcción— ni a los adversarios de su teoría, quienes la refutaron como autolimitación de la voluntad, como condición virtual o no desarrollada, porque suponía un injustificado peligro para la seguridad del tráfico.

⁵⁹ Pedro LEÓN, eminente profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, intentó aplicar esta teoría a las disposiciones de nuestro Código Civil, en especial al art. 625, que al referirse a las obligaciones de hacer expresaba que ellas se cumplirán “*del modo en que fue la intención de las partes en que el hecho se ejecutare*”; al art. 533, que ordenaba que las condiciones se cumplan de la manera en que las partes “*verosíblemente quisieron y entendieron que habían de cumplirse*”, y finalmente al art. 1198 del C. Civil de Vélez que en su inicial redacción expresaba que “*los contratos no sólo obligan a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos*”. Teniendo en cuenta que esas normas tienen su fuente en los arts. 1135 y 1124 de los códigos francés e italiano respectivamente, este autor advierte que deben tomarse en consideración todas aquellas presuposiciones que se presentan de tal modo, que todo hombre normal puede “*percibir las y reconocerlas como tales, juzgando según la buena fe y los usos de la vida o de los negocios*”, LEÓN, P., ob. cit., p. 255 y ss. En contra de esta tesis, aún vigente nuestro anterior art. 1198 del Código Civil, se expresaba ORGAZ, A., ob. cit., p. 696: “*Tampoco puede válidamente invocarse —aunque se invoque a menudo— lo dispuesto por el art. 1198 [...] porque como resulta del texto mismo, el precepto se refiere sólo a las ‘consecuencias’ de lo convenido, es decir, a lo que deriva de él, y no a lo que, como los presupuestos, no derivan del contrato sino que lo preceden. Los presupuestos de un contrato no pueden reputarse ‘consecuencias’ de éste, por mucho esfuerzo que se haga para comprenderlos*”.

Esta tesis fue apasionadamente discutida por la doctrina del Derecho Privado en Alemania, no sólo en orden a sus semejanzas o diferencias con la cláusula *rebus*, sino también en lo que es mucho más trascendente, por la distinción entre presuposición y motivos irrelevantes⁶⁰.

La segunda Comisión Examinadora del Proyecto —de la que el autor ya no participó— impidió su consagración legislativa haciéndose eco de las numerosas críticas que recibió, en especial la más autorizada de Otto Lenel⁶¹.

Este eximio profesor de la Universidad de Friburgo hizo objeciones vivísimas a la solución del Proyecto inicial, advirtiendo que si la presuposición reposa sobre un fundamento único, o es totalmente falsa o es totalmente verdadera, en el primer caso no se la debe aceptar en ninguna medida; en el segundo, debe formularse legislativamente.

Agregaba que la presuposición no puede constituir un tercer término, y presenta una alternativa irreductible: o es una condición propiamente dicha, o es un puro motivo, y por tanto irrelevante en la suerte del negocio. Un motivo no gana en eficacia porque la parte contraria lo conozca, ni aún por el hecho de que se le comunique expresamente, a menos que el declarante haga de él una condición. Así, el padre que compra el ajuar a su hija presuponiendo que contraerá matrimonio en breve, no puede resolver la compra si el matrimonio no se celebra, a menos que se haya puesto a la boda como condición de la compra, y que esta condición haya sido aceptada por el vendedor⁶².

Puede decirse que hasta comienzos del siglo pasado, y especialmente hasta el inicio de la Gran Guerra de 1914, la doctrina jurídica coincidía casi mayoritariamente —salvo la voz aislada y muy resistida de Windschied— en el respeto incondicional y a ultranza de la fidelidad contractual, obligando a que las partes respeten sus compromisos como si fuere la ley misma, con independencia de las circunstancias sobrevinientes que pudieren haber influido en las prestaciones contractuales⁶³.

⁶⁰ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. ob. cit., p. 533 y ss., hace un agudo y profundo análisis de los argumentos apuntados en contra del pensamiento de Windscheid.

⁶¹ LENEL, O., *La cláusula rebus sic stantibus*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1923, p. 195 y ss..

⁶² LENEL, O., ob. cit., p. 199 y ss.

⁶³ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. ob. cit., p. 567, hace interesantes reflexiones sobre la imposibilidad de atender a la doctrina de WINDSCHEID por parte de los códigos del siglo XIX, pues ello supondría, afirma, un atentado contra la seguridad del tráfico y los

Sólo cuando el cumplimiento de la obligación se tornaba absolutamente imposible por sucesos extraordinarios e imprevisibles —caso fortuito y fuerza mayor—, la doctrina y la jurisprudencia se flexibilizaban liberando al deudor. Empero, éste no conseguía igual tratamiento en los supuestos en que tal imposibilidad era relativa porque sólo a él afectaba, o cuando el cumplimiento se había vuelto dificultoso, cualquiera sea el gravamen que irrogase al obligado.

No obstante, las graves perturbaciones económico-sociales de innegable impacto jurídico provocadas por la Primera Guerra Mundial, hicieron reflexionar a los juristas sobre la posibilidad de seguir manteniendo el dogma de la obligatoriedad de los contratos de manera inflexible. Se tornaron imprescindibles remedios para los casos excepcionales que se presentaban. Y se llegó a admitir que esos supuestos habían adquirido tal importancia y frecuencia, que requerían de una consideración más orgánica y menos distraída.

Aquella seguridad elogiada y añorada con nostalgia por los ideólogos de un mundo sin complicaciones, fue aventada de un plumazo por un estado de constante conmoción bélica que, afectando la economía, resentía los postulados jurídicos de antaño, asentados en la sencillez ideal de los pensadores de otras épocas

Las nuevas circunstancias favorecieron el terreno para un replanteo de la teoría de la presunción⁶⁴.

intereses del capitalismo favorecidos por la fuerza obligatoria de los contratos y por el dogma de la irrelevancia de los motivos.

⁶⁴ Se cumplió así el vaticinio de WINDSCHEID: “*Es seguro e incontestable que un juez incauto puede ofender gravemente a la equidad, si admite a la ligera una presunción. ¿Pero se debe por ello privar a un juez de un remedio, con el cual él podría en muchos casos, satisfacer las exigencias de su sentimiento de equidad por medio de la lógica jurídica? No todo juez se decidiría a admitir una condición tácitamente declarada, tan fácilmente como lo ha hecho el Tribunal del Imperio en mengua de la equidad. Tengo el firme convencimiento de que se le podrá objetar cualquier cosa a la presunción tácitamente declarada, pero que se hará valer siempre. Expulsada por la puerta, volverá por la ventana*” (sus eximios anotadores FADDA, C. - BENSÁ, P.E., *Note de traduttori al Libro Secondo*, en WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandectte*, Tomo IV, p. 573). Resulta de toda justicia reconocer a WINDSCHEID el mérito de haber destacado por vez primera, la importancia de la posible relevancia jurídica de las circunstancias, que sin estar incorporadas al negocio, pueden determinar la celebración del acto. Muchos han dicho que se adelantó a su tiempo y fue tanto o más psicólogo que jurista. Pero no puede soslayarse que su doctrina rechazada en el texto originario del B.G.B., sirvió de antecedente para desarrollos posteriores, y curiosamente, para

Fue el profesor de Gotinga, Paul Oertmann, quien elaboró una nueva versión de los postulados windscheidnianos, en la conocida teoría de la “base del negocio” (*Geschäftsgrundlage*)⁶⁵.

Las críticas de Lenel incentivaron a Oertmann a reanudar la construcción teórica anterior, tratando de superar las objeciones que se le habían formulado, en especial la de no poder perfilar una distinción clara entre presuposición y motivos.

Según Oertmann la “base del negocio” es “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra, o la común representación de las partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial”⁶⁶.

Si luego de celebrado el acuerdo tales circunstancias no existen, sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato, o a denunciarlo si es de tracto sucesivo.

Según el autor, la tesis de Windscheid fue tenazmente resistida porque sólo admitía la presuposición unilateral, no cognoscible por la parte contraria, o en todo caso no aprobada por ella. Pero es muy diferente si esa presuposición es “bilateral” —esto es, de ambos contratantes—, y si está elevada, expresa o tácitamente, a elemento integrante del negocio. Esto sucede cuando, de modo cognoscible, las partes quieren apoyar los efectos del negocio en ciertas circunstancias o hechos con los que cuentan y no elevan a condición, precisamente, porque presuponen su existencia o consideran indudable su permanencia o cumplimiento futuro. Esas circunstancias, configuran la base del negocio aunque no las hayan estipulado

la reciente incorporación, que bajo la denominación de “Alteraciones de la base del negocio jurídico” se hizo en 2002 a este cuerpo normativo.

⁶⁵ OERTMANN, P., *Die Geschäftsgrundlage*, Ed. Deichert, Leipzig, 1921; *Introducción al derecho civil*, trad. de L. SÁNCHO SERAL, Ed. Labor S.A., Barcelona, 1933, p. 212 y ss.; LEHMANN, H., ob. cit., p. 417 y ss.; MARTORANO, F., ob. cit., N° 7, p. 85; LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 20 y ss., y *Derecho civil...*, ob. cit., p. 536 y ss.; ESPERT SANZ, V., ob. cit., p. 73 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., ob. cit., p. 323; DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 892 y ss.; GIANFELICI, M. C., ob. cit., p. 43 y ss.; RIVERA, J. C., ob. cit., p. 878 y ss. APARICIO, J. M., *Contratos...*, ob. cit., Tomo II, p. 304 y ss.; FORNIELES, S., ob. cit., p. 10 y ss.; MORELLO, A. M., *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., p. 211 y ss.; MASNATTA, H., ob. cit., p. 13 y ss.

⁶⁶ Es la definición que recoge FLUME, W. ob. cit., p. 582 y ss., tomada de la obra de OERTMANN citada al inicio de la nota anterior.

expresamente; no constituyen una declaración aislada de una de las partes, sino de ambas, integrando el negocio todo.

La doctrina de Oertmann fue aceptada por el Tribunal Supremo del Reich en varias ocasiones⁶⁷, admitiendo en algunos casos que el perjudicado tenía como excepción el derecho a negar la prestación por su inexigibilidad, y en algunos otros un derecho de reajuste cuya cuantía determinaba el Tribunal según criterios de equidad⁶⁸. Sin embargo, y pese a la rectificación operada, este complemento de la teoría de la presuposición fue pasible de variadas objeciones: en primer lugar se le criticó su innegable naturaleza psicológico-subjetivista al mantener la idea de que la falta de verificación del hecho presupuesto impedía la producción de efectos jurídicos al negocio, al no compadecerse aquéllos con la intención concorde de las partes, presentándose como una expresión más del dogma de la voluntad⁶⁹. Amén de ello, la elevación del motivo de uno de los contratantes a fundamento del negocio se basa en un juicio lógico practicado *a posteriori*, formulado según un criterio subjetivo, que deja irresuelto el problema de la tutela de la confianza de la otra parte⁷⁰.

Además, no especifica cuándo y cómo el contrario hace suya la presuposición del cocontratante, admitiéndola a punto de influir pareja y simul-

⁶⁷ Véanse los comentarios de LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 8 y ss.; VOLKMAR, M., ob. cit., p. 15 y ss.

⁶⁸ VOLKMAR, M., ob. cit., p. 19, justificando políticamente la evolución jurisprudencial operada en la Alemania de entreguerras, ha dicho que “[...] *el B.G.B. ha sido un producto del espíritu liberal que consideraba la más libre actividad de la voluntad individual y el egoísmo de los particulares en el campo de los contratos. El acuerdo de las partes era considerado como la fijación definitiva de sus relaciones de derecho [...] Pero la nueva Alemania ha sustituido a las ideas liberales por la noción de la colectividad nacionalsocialista. Las partes no aparecen más como adversarios que, en los límites trazados por la ley, pueden dar curso a su egoísmo, sino como compañeros asociados en vista de la realización de un fin fijado de común acuerdo*”.

⁶⁹ LENEL, O., ob. cit., p. 200 y ss., expresa que aunque Oertmann intenta alejarse del subjetivismo y de los términos psicológicos no lo consigue, su teoría tiene con la presuposición tal analogía, que es pasible de las mismas objeciones. Sólo expresa lo que no es base (los motivos) pero no indica qué es la base. Además, si como dice su autor, es preciso que en la “estructura externa” del negocio se haga referencia manifiesta a las circunstancias, éstas no estarían en la declaración del sujeto, por lo que no pueden tener el alcance que se les atribuye. En igual sentido, FLUME, W., ob. cit., p. 587, sostiene que aunque el autor lo niegue, el planteamiento sigue siendo psicológico, pues separa la representación del contratante de la realidad y de la voluntad negocial.

⁷⁰ MARTORANO, F., ob. cit., N° 9, p. 90 y ss.; APARICIO, J. M., *Contratos...*, ob. cit., Tomo II, p. 306.

táneamente en la voluntad propia. Es decir, cuándo deja de ser simple motivo personal para transformarse en fundamento de la voluntad de ambos y de todo el negocio. Ello quita precisión para fijar la zona que constituye el término medio entre el motivo y la condición perfecta. Así, la crítica que Lenel formulaba a Windscheid en el ejemplo del padre que compraba el ajuar para su hija próxima a contraer matrimonio, y que no podía desligarse de su declaración pese al fracaso de la boda, debe mantenerse no obstante el aporte efectuado por Oertmann. En efecto, se impone idéntica solución aunque el padre hubiere comunicado sus motivos al vendedor, éste los hubiere aceptado o hubiere conocido la poca seriedad del prometido. Es que tal aquiescencia no puede considerarse como aceptación de la presuposición paterna, que eleve la representación del padre a la categoría de propósito mutuo o base del negocio todo. Sigue sin precisarse el *tertiungenus* entre motivo y condición.

Desde otro ángulo, Larenz⁷¹ criticó la tesis de Oertmann sosteniendo que por un lado era demasiado “amplia”, ya que aplicándola integralmente debía admitirse la desaparición de la base del negocio en numerosos casos en los que no se había logrado el propósito de utilización de la cosa programado por el cliente, que el fabricante o proveedor nunca hizo suyo, aunque le fuera comunicado. Es evidente que en tales casos, si se admitiera la tesis de Oertmann, se vulneraría la regla según la cual, cada parte debe soportar el riesgo de la frustración de su particular propósito subjetivo, alterando injustificadamente el reparto del riesgo contractual. Pero desde otra perspectiva la encuentra demasiado “estrecha” al ocuparse sólo de lo que las partes se han representado, y no de lo que es necesario objetivamente para alcanzar la finalidad contractual de ambas.

Oertmann pretendió aplicar su teoría a contratos de obra o suministro en los que se había perdido el fundamento económico de los mismos a consecuencia de la guerra o la inflación. Especialmente, casos en los que la distorsión desencadenaba una inequivalencia en las prestaciones recíprocas, sosteniendo que la desaparición de la base del negocio operaba aquí, a consecuencia de que ambas partes, al contratar, lo habían hecho con la representación recíproca de que lo convenido tenía como presupuesto la permanencia de las circunstancias económicas imperantes al momento de

⁷¹ LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 20 y ss.

la celebración⁷². Pero esta apreciación también fue criticada por Larenz⁷³ advirtiendo que si las partes no previeron la posibilidad de la mutación de los hechos, mal puede sostenerse que basaron su voluntad en la representación de la persistencia de las circunstancias existentes al perfeccionarse el acuerdo. Si no previeron la variación, mal pueden prever la permanencia.

La reformulación dualista de la doctrina de la base del negocio jurídico fue expuesta por el profesor de la Universidad de Kiel, Karl Larenz⁷⁴.

Su principal acierto estriba en distinguir la base subjetiva de la objetiva del negocio. En esta distinción reside, el gran aporte del autor germano, capaz de disipar muchas de las dudas hasta entonces insalvables, y de situar a cada una de las instituciones en el tratamiento jurídico que le corresponde.

Según el autor, la expresión “base del negocio” debe ser entendida en un doble significado: como base del negocio “subjetiva” y como base del negocio “objetiva”, pues ambas acepciones están justificadas, ya que se refieren a diferentes supuestos de hecho, producen diversas consecuencias jurídicas y merecen, por tanto, un tratamiento diferenciado.

Por “base subjetiva” del negocio jurídicamente relevante, entiende Larenz la común representación mental de los contratantes, de la que han partido al concluir el negocio y que ha influido en la decisión de ambos para fijar el contenido del acto. Esta representación puede referirse a una circunstancia considerada como existente o esperada en el futuro, se trate de una situación de hecho o de una situación jurídica, esto es, la subsistencia de una regulación vigente al celebrar el contrato. Pero aclara: el no esperar una futura transformación de las circunstancias no equivale a la positiva esperanza en la persistencia de determinadas circunstancias ya existentes

⁷² Véanse LEHMANN, H., ob. cit., p. 419 y ss.; APARICIO, J. M., *Contratos...*, ob. cit., p. 306 y ss.

⁷³ LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 26.

⁷⁴ LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 34, 37, 38 y ss.; ESPERT SANZ, V., ob. cit., p. 76 y ss.; DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 892 y ss., refiere a la teoría de LARENZ, como la construcción “más perfecta”; DE CASTRO Y BRAVO, F., ob. cit., p. 323; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 73 y ss., para quien la influencia del pensamiento de LARENZ en el tratamiento jurídico de las circunstancias sobrevenidas, es decisivamente trascendental. Nos recuerda la Profesora de la Universidad Complutense de Madrid, que si con acierto se dijo que WINDSCHEID se adelantó a su tiempo y fue más psicólogo que jurista al elaborar su teoría de la presuposición, algo similar ocurre con LARENZ a quien sin duda alguna, se debe el invalorable mérito de haber despejado muchas de las dudas que genera el tema que analizamos. Cfr. su nota 87 en la obra citada.

al momento de contratar. Ello es así porque dentro de la amplia gama de situaciones de hecho presupuestas por las partes que constituyen la base subjetiva del negocio, es posible distinguir dos hipótesis: a) la inexacta representación de situaciones presentes o pasadas que se presuponen, y que pueden derivar en supuestos de nulidad contractual por error si se dan las condiciones tipificantes de esa vicisitud⁷⁵, y b) la variación sobrevenida de circunstancias existentes al momento de celebrar el negocio, que generan una situación de hecho diversa a la presupuesta. Es decir, hay que distinguir las hipótesis en que las circunstancias presupuestas son originariamente inexistentes, de aquellas otras en las que se modifican con posterioridad.

El fundamento subjetivo del negocio entraña entonces la presuposición de ciertas circunstancias existentes al momento de contratar y de su continuidad futura, es decir, comprende tanto la *existencia* (presente o pasada) como la *expectativa* (futura) de una situación presupuesta al momento del perfeccionamiento negocial, y guardan entre ellas una relación de afinidad que la hace equiparables⁷⁶.

⁷⁵ Así, según el § 119.I del B.G.B. sólo es relevante el error sobre el contenido, cualidades esenciales de la persona o la cosa, pero el error relativo a presuposiciones, es decir, sobre móviles o motivos del agente que llevan a un equívoco sobre el contenido de la declaración, es irrelevante. Por eso la doctrina alemana ha dicho que el error sobre los motivos refiere a la relación del negocio jurídico con la realidad, o con mayor razón, es un error sobre la realidad. Tampoco el hecho de que la otra parte conozca los motivos del declarante, o la circunstancia de que ambos contratantes partan de la misma representación incorrecta de la realidad, convierte en relevante al error sobre los motivos. El único supuesto admisible sería si el otro contratante sabe que la representación del declarante no se adecua a la realidad, y utiliza el error del contrario de manera desleal. Cfr. FLUME, W., ob. cit., p. 514 y ss. y 580 y ss.

⁷⁶ K. LARENZ trata el tema con mayor profundidad en *Derecho civil...*, ob. cit., p. 535, bajo el título de “*Error bilateral sobre el fundamento subjetivo del negocio*”, y allí sostiene que el fundamento subjetivo del negocio debe comprender tanto la *existencia* de una circunstancia como su *expectativa* futura, presupuestas por ambas partes al contratar y determinantes del negocio, pues los dos casos presentan tal afinidad que deben tener tratamiento igualitario. Sin embargo, advierte la opinión contraria de parte de la doctrina germana, y por todos cita a Franz WIAECKER, para quien sólo es dable hablar de error cuando se tiene una inexacta representación sobre la *existencia* de una determinada circunstancia, pero no en relación a la *expectativa* de que ella no llegue a cumplirse, caso en el que sólo hay una frustración en la planificación humana de la vida con vistas al futuro, en principio inapreciable para el ordenamiento jurídico. Sin dudas, parece a todas luces más acertada la tesis restrictiva, pues el error siempre importa la inexacta representación de la realidad “existente”, que vicia el negocio y lo anula. Pero si éste nace válido porque no media tal representación equivocada, el hecho de que no se realicen las expectativas presupuestas por las partes a raíz de una

Desde su perspectiva, la representación o expectativa debe haber sido decisiva para ambas partes, a tal punto que las mismas no hubieren perfeccionado el negocio o no lo hubieren hecho del modo en que lo hicieron si hubiesen conocido la inexactitud. No basta que ella haya determinado de modo decisivo la voluntad de una sola de las partes, aunque se lo haya comunicado a la otra y ésta no lo haya rechazado expresamente. Es indispensable que “ambas hayan compartido conjuntamente” la suposición de un estado fáctico, según el cual orientaron sus expectativas o cálculos, pues cada parte sufre, en principio, el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas.

Cuando la representación común no se realiza, y por ello la base subjetiva falta o desaparece, cada una de las partes ha incurrido en error en los motivos, referidos a una situación de hecho admitida por ambas —presuposición bilateral—, generando un vicio en la voluntad que lleva a la ineficacia del acto⁷⁷.

En cambio, para Larenz⁷⁸ la “base objetiva” del negocio es un conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según la intención de ambos contratantes, pueda subsistir como una regulación dotada de sentido. El contrato crea relaciones entre las partes que son una manifestación de las circunstancias sociales existentes al momento de su conclusión, y que son presupuestas por los contratantes.

La interpretación de un contrato no depende exclusivamente de las palabras utilizadas o de su significado literal, sino también de las circunstan-

variación sobreviniente de las circunstancias, constituirá una frustración del fin cuyo tratamiento excede la órbita del error, siempre fundado en un equívoco de las partes. Esta inadvertencia lleva a los partidarios de la tesis amplia a incorporar en la desaparición de la base subjetiva del negocio, supuestos que en realidad corresponden a desaparición de la base objetiva: entre ellos el propio LARENZ, que al referirse al famoso caso del alquiler del balcón para presenciar un desfile que luego se suspende, caracteriza el supuesto ya como un error recíproco de ambas partes sobre una expectativa futura que merece igual tratamiento que el error bilateral sobre una circunstancia que consideraban existente (*Base del negocio...*, ob. cit., p. 87), ya como un caso de desaparición de la base objetiva por frustración del fin (*Base del negocio...*, p. 125 y 184). El Reichsgericht ha mantenido en abundantes sentencias la opinión de que el error en los motivos es irrelevante, salvo cuando se convierte en un error sobre el contenido de la declaración y el móvil se erige en objeto de las negociaciones contractuales que resulten decisivas. Véanse las consideraciones de FLUME, W., ob. cit., p. 555 y ss.

⁷⁷ LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 37, 41, 183 y 224.

⁷⁸ LARENZ, K., *Base del negocio...*, ob. cit., p. 97 y ss. y 225.

cias en que fue celebrado, y a las que las partes se ajustaron. Si posteriormente se produce una transformación fundamental de ellas, posibilidad en la que no habían pensado, y que de ningún modo habían tenido en cuenta al ponderar sus intereses y distribuir los riesgos, puede ocurrir que el contrato, de ejecutarse bajo las nuevas condiciones imperantes, pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias absolutamente diferentes a las proyectadas por los negociantes. Recuerda el autor que éste es el viejo problema que trató de solucionar la cláusula *rebus sic stantibus*, rescatando las circunstancias transformadas que, aparecidas de modo imprevisto, quitan justificación al principio de fidelidad contractual.

La base objetiva del negocio desaparece si las circunstancias se alteran o modifican en dos hipótesis fácticas: a) cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se destruye a tal grado que no puede hablarse propiamente de una contraprestación, se trata de los supuestos abarcados por la teoría de la imprevisión; y b) cuando la común finalidad objetiva del negocio, expresada en su contenido, resulta definitivamente inalcanzable, aun si la prestación del deudor puede todavía ser cumplida, son los supuestos de hecho que Krückmann calificó como de “imposibilidad de conseguir el fin”.

En cuanto a los efectos que produce la desaparición de la base objetiva del negocio jurídico, sostiene Larenz que deben diferenciarse la destrucción de la relación de equivalencia de la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato.

Recuerda que el fundamento jurídico positivo de la doctrina había sido fijado reiteradamente por el Supremo Tribunal del Reich en los §§ 157 y 242 del B.G.B.⁷⁹ para sustentar resoluciones abonadas en la teoría de Oertmann, que si bien preconizaba un derecho de resolución o denuncia contractual, normalmente concedía una excepción por abuso del derecho, cuyo alcance se fijaba en cada caso particular, o una pretensión de ajuste conforme a criterios de equidad. Empero, entiende que el fundamento de los efectos que produce la desaparición de la base objetiva estriba en que

⁷⁹ B.G.B., § 157: “*Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico*”; *ibídem*, § 242: “*El deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la fidelidad y buena fe en atención a los usos del tráfico*”; FLUME, W., *ob. cit.*, p. 585 y ss. Dicho autor también sostiene que la jurisprudencia ha utilizado estas normas para solucionar los casos de desaparición de la base negocial, al considerarse facultada para integrar la relación jurídica conforme con el principio de buena fe, destacando además que la doctrina se ha manifestado en idéntico sentido al expuesto y de manera reiterada.

el mantenimiento del contrato no está justificado cuando éste ha perdido su sentido originario. Ello se advierte a través de una norma inmanente situada en el propio negocio, que no es otra que “el sentido unánimemente atribuido por las partes, o fin objetivo del contrato”, el que se desentraña a través de la interpretación negocial.

La doctrina de la base del negocio tuvo generalizado reconocimiento en la jurisprudencia germana con posterioridad a la construcción de Larenz, y aunque no tuvo acogida en el Código Civil de 1900, la reforma integral de 2002 incorporó un nuevo § 313 que hace expresa mención a un “cambio importante de las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado”⁸⁰.

La corriente autoral europea que ha terminado por imponerse con rotundez durante el siglo XX destaca que son tan frecuentes los casos excepciones en que las circunstancias sobrevenidas alteraran el normal equilibrio y propósito contractual, que la situación requiere una consideración orgánica, que elabore una norma general brindando una solución justa y adecuada.

El proceso de codificación más reciente se inclina decididamente por esta posición. Los códigos Polaco de las Obligaciones (art. 269), Italiano (art. 1467), Griego (art. 338), Portugués (arts. 437 a 439) Holandés (art. 258) y Francés (art. 1195) acogen expresamente la doctrina de la imprevisión. Y entre los varios latinoamericanos, nuestro Código Civil y Comercial ha distinguido y regulado de modo independiente la imprevisión (art. 1091) de la frustración del fin (art. 1090).

Es además la tendencia patente de los esfuerzos de armonización para crear un derecho común en el continente europeo, como acaece con los Principios del Derecho Europeo de los Contratos que preside el Prof. Ole Landó (art. 6.1.1.1.), los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales –UNIDROIT– (arts. 6.2.1. a 6.2.3.) y el Proyecto de Jusprivatistas Pavía en parte general del Código Europeo de los Contratos (arts. 97.1 y 157).

⁸⁰ Empero, pueden encontrarse en la doctrina alemana más reciente, detractores de la teoría de la base del negocio; por todos FLUME, W., ob. cit., p. 586 y ss., para quien tal doctrina debe ser abandonada. En su opinión, los casos aluden a una divergencia entre el negocio jurídico y la realidad, y la cuestión se centra en determinar qué incidencia debe tener una modificación de ésta sobre aquél, y quién debe soportar el riesgo de las representaciones inexactas de la realidad.

V. El cambio de circunstancias

Resulta un hecho incontrovertido que quienes contratan lo hacen en un ámbito de circunstancias fácticas, económicas, jurídicas, sociales, naturales, sanitarias y de otra variada índole que se presentan al momento de la celebración del acuerdo y que configuran un contexto que seguramente ha incidido en su declaración de voluntad a tal punto que si este no se presentaba o lo hacía de modo diferente, no hubieren contratado o lo hubiesen hecho en términos y condiciones diversos.

Ahora bien, no todos los contratos se celebran para un agotamiento inmediato o instantáneo, hay muchos que no agotan sus efectos apenas acabado el perfeccionamiento, generando una relación que se prolonga por tiempos más o menos prolongados. En estos casos, cuando hechos posteriores a la celebración, y estando aún pendiente de cumplimiento el diseño prestacional, trastocan las circunstancias originarias imperantes otrora, se plantea el inexorable interrogante de saber si las partes -invocando ese nuevo contexto- pueden desvincularse de lo libremente convenido o deben necesariamente continuar anudados a la relación gestada bajo el imperio de diversas circunstancias.

Por vía de principio la respuesta debe ser adversa pues el contrato, como se anticipó, es un acto de previsión, un plan que regula los intereses patrimoniales de las partes elaborado para que permanezca en el tiempo con capacidad de conjurar esos cambios posteriores, pues de lo contrario, perdería su utilidad y su objetivo más valioso generando una indeseable inestabilidad económica y un grave trastorno en la seguridad jurídica⁸¹.

La verdad es que la mayoría de los contratos que se celebran a diario proyectan su existencia funcional más allá de su perfeccionamiento por plazos muy diversos, y muchas veces insospechados. Y nunca el futuro es igual al presente, de suerte que el programa contractual se halla aplicado en un contexto diverso al existente al momento en que las partes lo han acordado.

Los hechos que produciéndose después de la celebración del acuerdo, y antes de su completa actuación y agotamiento, cambian el contexto en el que el contrato se aplica, suelen recibir de la doctrina el nombre de *circunstancias sobrevenidas*.

⁸¹ APARICIO, J.M. *Contratos. Parte General*, Hammurabi, Bs. As., 2016, tomo 2, p. 243 y ss.

Las partes pueden ser precavidas como para prever determinadas circunstancias que podrían sobrevenir y cambiar el contexto en el que la relación se aplicará regulando sus consecuencias con cláusulas expresas: por ejemplo en la condición resolutoria se presupone el sobrevenir del evento deducido y se prevé la disolución del negocio; en la cláusula de indexación se avizora la reducción del poder adquisitivo de la moneda y se prevé un incremento del monto adeudado. En estos casos en que las mismas partes regulan el riesgo de la circunstancia sobrevenida, no se plantean problemas demasiado complejos, salvo dos, como lo ha dicho Roppo con su acostumbrada versación⁸²: interpretar la cláusula correspondiente y contrastarla con las normas imperativas o de orden público.

Sin embargo, por muy versadas que fueren las partes no pueden ser absolutamente precavidas como para prever todas las vicisitudes que acaezcan en tiempos venideros, y entonces cuando las circunstancias sobrevenidas no están contempladas por ninguna cláusula convenida, se debe escudriñar si la ley ha previsto el evento y con qué consecuencias. Y siempre las circunstancias sobrevenidas relevantes reguladas legalmente no son aquellas neutras para el interés de las partes, antes bien, son aquellas que perjudican o desvanecen el interés de los contratantes, agravando el sacrificio que el negocio les impone o disminuyendo la utilidad que les produce.

Debe entonces analizarse qué remedio brinda la ley para mitigar estas indeseables consecuencias de alteración de las circunstancias sobrevenidas.

Resulta frecuente que cuando la ley brinda algún paliativo a la parte agravada, la solución entraña una liberación de todo o de parte del contenido del contrato, relativizando el vínculo negocial y con él, el principio *pacta sunt servanda*.

La mayoría de los ordenamientos positivos sancionados o modificados durante el siglo XX muestran una acusada apertura a esos remedios, nacidos a consecuencia de una interpretación menos rigurosa de la “fuerza de ley” para las partes que se le atribuyó al contrato en las codificaciones decimonónicas.

La dialéctica entre relevancia liberatoria de las circunstancias sobrevenidas y el principio del vínculo contractual es –en la perspectiva de los intereses de las partes– una evidente tensión entre el ansia de liberación de

⁸² ROPPO, V. *El contrato*, traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 930 y ss.

la parte agravada y expectativa/confianza de la contraparte respecto de la prestación prometida.

Del bloque de remedios que los plexos normativos más actualizados de Occidente presentan para conjurar las consecuencias indeseadas de las circunstancias sobrevenidas resaltan como los más emblemáticos la excesiva onerosidad de la prestación, (imprevisión), el caso fortuito o la fuera mayor, la imposibilidad de cumplimiento, la suspensión de cumplimiento y la frustración de la finalidad contractual.

Nuestro Código Civil y Comercial, despejando previsiones brumosas que presentan otras legislaciones foráneas, ha incluido a todos perfectamente escindidos entre sí y con un tratamiento orgánico y específico cuyo análisis desborda los límites impuestos al presente trabajo. Cualquiera de ellos, según las particularidades de cada caso, podría ser de utilidad para resolver los inevitables conflictos que se presentarán a consecuencia de la emergencia sanitaria que transitamos.

La *ratio* de estos remedios siempre oscila entre una concepción subjetivista, propensa a fundarlos en la implícita o presunta voluntad de las partes de condicionar la estabilidad del compromiso contractual al status quo del contexto en el que el contrato actuará –como si se hubiere incluido la cláusula *rebus sic stantibus*- y la idea más objetiva de reaccionar a un defecto de la causa perturbada por el desequilibrio que la onerosidad produce entre prestación y contraprestación. La primera tiene el inconveniente de basarse en una ficción: finge una voluntad de las partes que no existe; la segunda no explica porque la causa solo se perturba por el desequilibrio causado por eventos extraordinarios e imprevisibles y no por otros que no tienen tal jaez.⁸³

VI. Colofón. Fundamento en la buena fe

La emergencia sanitaria que atravesamos supone reconocer un estado de hecho verificable en el plano de la realidad social, que pone en peligro la salud y hasta la vida de una parte importante de la sociedad, y que exige recurrir a instrumentos que salvaguardan el equilibrio prestacional en negocios bilaterales, la conservación del contrato, el realismo económico y social, y en especial, respeto incondicional al principio cardinal de buena fe.

⁸³ ROPPO, V. *El contrato...*, ob. cit. p. 931.

Desde sus orígenes, la vieja cláusula *rebus sic stantibus* nació ligada a un cierto sentido de justicia que clama eximir de cumplimiento al deudor agobiado por una prestación que, aunque realizable, se ha vuelto inequitativa, superflua o desproporcionada por circunstancias imprevistas. Desde esa misma óptica se advierte inadmisiblemente imponer al acreedor una prestación que ya no consigue satisfacer su interés originario en el negocio, o al deudor soportar la pesada carga de una obligación excesivamente gravosa⁸⁴.

Tiene además la función de colmar las inevitables lagunas legales y convencionales, cerrando un sistema legislativo⁸⁵ pues sirve de pauta de interpretación e integración, permite corregir y completar la voluntad privada que ha dado vida al negocio, superando la limitación natural que tienen los otorgantes para elaborar un contenido capaz de prever todo el porvenir, incluyendo acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles capaces de malograr la posibilidad, la razón de ser, el equilibrio, o el propósito básico del acuerdo⁸⁶.

⁸⁴ DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 142 y 161 y ss., destaca la trascendencia de la buena fe como criterio de comportamiento y de resolución de problemas, y como pilar básico sobre el que se construyen todas las normas comunitarias nacionales y supranacionales referidas a los contratos, por ejemplo, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y los Principios de UNIDROIT; MACARIO, F., *Adeguamento...*, ob. cit., p. 355, ha dicho que el contrato indica la existencia pero no el contenido de la obligación, mientras que el criterio de buena fe ofrece el instrumento jurídico para individualizar las modalidades concretas del cumplimiento de la obligación. El contrato, afirma, establece *cuál* es la obligación, mientras que la buena fe determina *cómo debe cumplirse* esa obligación. En la doctrina nacional, CARLOMAGNO, A., ob. cit., p. 38, lo estima elemento presumido del contrato: “[...]no sólo aceptamos la aplicación de la buena fe como principio general en materia de interpretación de contratos, sino que creemos que ni siquiera es necesaria su existencia expresa en el Código. Ya hemos dicho que la buena fe en la vida jurídica no se emplea por virtud ni por moral, sino que es un hábito que la complejidad moderna impone ineludiblemente. Por lo tanto, la buena fe en los contratos está en su propia esencia anterior e independientemente a toda disposición de la ley positiva”.

⁸⁵ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 454 y ss.

⁸⁶ DÍAZ ALABART, S. *Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: Reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos*, en NIETO CAROL, Ubaldo (Dir.) *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 72 y ss. Afirma: “A toda sociedad le interesa, lo que se ha dado en llamar moralización de las relaciones económicas. El que el tráfico se rija por unos principios éticos es absolutamente necesario, porque ni las leyes pueden regular todos los extremos de una relación patrimonial, ni tampoco los particulares, con sus pactos alcanzan a agotar todas las posibilidades”.

Además la buena fe constituye una regla de conducta cuyo desconocimiento puede derivar en incumplimiento contractual⁸⁷, permite verificar si cada parte honra el deber de “realizar el interés” contractual del otro, si evita causarle daño imponiendo una contraprestación desproporcionada, imposible, inícuo o inútil, si le informa respecto de circunstancias sobrevenidas que puedan malograr el propósito básico del convenio. Violaciones a esas cargas contractuales, rayanas en el abuso del derecho, aparecen absolutamente inadmisibles y contrarias a la buena fe⁸⁸.

Y así como la buena fe, en atención a las circunstancias del contrato, impide que el esfuerzo requerido al deudor para cumplir la prestación exceda el límite de lo razonable o posible, so pena de calificársele de desleal o abusivo, del mismo modo evita que pueda exigírsele al acreedor recibir una prestación que ya no satisface su interés. Así, el parámetro de conducta que impone la buena fe tiene carácter recíproco, señalando los confines exactos de cuanto resulta exigible a cada una de las partes en la fase ejecutiva del contrato.

En definitiva, este arquetipo o modelo de conducta social impone lealtad en los tratos y proceder honesto, esmerado y diligente, fidelidad a la palabra dada, respeto a la confianza suscitada y constituirá —a no dudarlo— un rasero para medir las conductas de los otorgantes afectados por las drásticas y penosas vicisitudes que afectan hoy a las relaciones contractuales⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. GALGANO, F., *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 465 y ss. “[...]Es un núcleo prescriptivo cargado de irradiaciones. Dotado de base empírica es, al mismo tiempo, criterio ideal de conducta y fuente de deberes. No solamente entraña una directriz de interpretación o una frontera que pone coto a la extralimitación, sino que puede importar una fuente activa de heterointegración contractual”; en el mismo sentido, HERNÁNDEZ GIL, A. “Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe”, discurso pronunciado en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, el 22-9-1979, p. 39, Madrid, citado por APARICIO, J. M., *Contratos...*, ob. cit., Tomo I, p. 105, nota 107.

⁸⁸ Cfr. PUIG BRUTAU, J., ob. cit., p. 369 y ss.; GALGANO, F., *El negocio jurídico...*, ob. cit., p. 453 y ss.; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., nota 218, afirma que el principio de buena fe se ha convertido en una regla de conducta que mide el comportamiento contractual en todos sus momentos y fases, sirviendo tanto de criterio de interpretación, como de medio de integración de la voluntad contractual, y tiene un gran reconocimiento como norma de disciplina de las relaciones contractuales.

⁸⁹ Ese es el sentido que debe otorgársele a la fórmula del art. 961 última parte del Código Civil y Comercial de la Nación: *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho civil, Tomo II, *Derecho de las obligaciones*, 11ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2002.
- ALBIEZ DORHMANN, Klaus J., *Un nuevo derecho de las obligaciones. La Reforma 2002 al B.G.B.*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, Fascículo 3, julio-septiembre de 2002, p. 1133 y ss.
- , *La modernización del Derecho de las Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2002, p. 188 y ss.
- ALPA, Guido, *Rischio contrattuale*, Novissimo Digesto Italiano, Volumen VI, 1980.
- ALSINA ATIENZA, Dalmiro, Efectos jurídicos de la buena fe, Editorial Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1935.
- ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- , *Los Principios sobre los Contratos de UNIDROIT y las soluciones del Derecho Común*, Doctrina Judicial, Editorial La Ley SAE, Año XIII, N° 32, Buenos Aires, 1997, p. 1055 y ss.
- - LÓPEZ CABANA, Roberto, *La rescindibilidad unilateral de los contratos de colaboración empresaria*, LL, 1991-D-815.
- ALTERINI, Atilio A. - ÁMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- ANASTASI, Leonidas, *Las teorías de la imprevisión, de la “cláusula rebus sic stantibus” y de la presuposición*, LL, 29-576.
- ANSON, William, *Law of Contracts*, 25th edition, A.G. Guest Clarendon Press, Oxford, 1979, Cap. XIV, *Discharge by frustration*, p. 494.
- APARICIO, Juan Manuel, *Contratos. Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997-2001, 2012, 2016.
- , *La locación de obra y las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1973.
- AUVERNY BENNETOT, Jean, *La théorie de l'imprévision*, Editorial Sirey, París, 1938.

- BADENES GASSET, Ramón, El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional), Editorial Boch, Barcelona, 1946.
- BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, José, El cumplimiento de las obligaciones, Editorial Tecnos, Madrid, 1956.
- BELLUSCIO, Augusto (Dir.) ZANONNI, Eduardo (Coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
- BESSONE, Mario, *La funzione delle presupposizioni comuni ad entrambi i contraenti e gli obiter dicta della giurisprudenza*, Rivista di Diritto Commerciale, 1979-I Parte, p. 354 y ss., Casa Editrice Dottore Francesco Villardi, Padova, 1979.
- , *Ratio legis dell'art. 1467 cod. civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale álea del contratto*, Rivista del Diritto Commerciale, 1979-II Parte, p. 77 y ss., Casa Editrice Dottore Francesco Villardi, Padova, 1979.
- , Adempimento e rischio contrattuale, Editorial Giuffrè, Milano, 1975.
- BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BONNECASE, Julien, Supplémental Traité théorique et pratique de droit civil, Tomo 3, G. Baudry - Lacantinerie, París, 1926.
- BORDA, Alejandro, *La frustración del fin del contrato*, LL, 1991-E-1450.
- , *Renegociación y revisión de los contratos (Algunas ideas pensando en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil)*, LL, 2003-D-1167.
- , *El triunfo de la pesificación*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.
- BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil argentino. Contratos, Tomos I y II, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- BORETTO, Mauricio, Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas, Editorial El Derecho - Colección Académica U.C.A., Buenos Aires, 2003.

- BOVIO, David M., *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
- BREBBIA, Roberto, *La frustración del fin del contrato*, LL, 1191-B-876.
- , *Hechos y actos jurídicos*, Tomos I y II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979 y 1995.
- BUDANO ROIG, Antonio, *La reforma al art. 1197 del C. Civil en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*, ED, 128-947.
- BUSSO, Eduardo, *Código Civil anotado*, Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1944.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Un caso de dudosa aplicación de la teoría de la imprevisión*, ED, 129-127.
- , *La esencialidad del error como presupuesto de nulidad*, LL, 95-758.
- CABELLA PISU, Luciana, *La responsabilidad contractual en el Common Law*, en *Atlas de Derecho Privado Comparado*, en GALGANO, Francesco (Coord.), traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 237 y ss.
- CAMARDI, Carmelita, *Economie individuali e conessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Editorial Giuffrè, Milano, 1997.
- CÁMARA, Héctor, *Una aproximación al Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial*, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 20, N° 117, Editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1987, p. 379 y ss.
- CANO TELLO, Celestino, *La frustración del fin del contrato*, *Anuario de Derecho Civil*, 1968, p. 668 y ss.
- CAPITANT, Henry, *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas de Eugenio TARRAGATO y CONTRERAS, Editorial Góngora, Madrid, 1922.
- CARLOMAGNO, Adelqui, *La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general*, JA, 43-17, Sección Doctrina.
- CARNAGHI, María Cristina, *Imprevisibilidad: acción directa o autónoma de reajuste para el perjudicado*, DJ, 2004-2-1017.

- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, traducido por Carlos G. POSADA, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- CARRESI, Franco, *Il contratto*, en CICU, Antonio – MESSINEO Francesco (Dir.) *Trattato de Diritto Civile e Commerciale*, Tomos I y II, Editorial Giuffrè, Milano, 1987.
- CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María Luisa, *Una aplicación acertada de la teoría de la frustración del fin del contrato*, LL, 1997-D-341.
- , *La frustración del fin de los contratos como causa de extinción de éstos*, LL, 1998-E-565.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 3, *Derecho de las obligaciones*, 16ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1992.
- CEDRAS, Jean, *L'obligation de négociier*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, 1984, p. 282 y ss.
- CIAN, Giorgio - TRABUCCHI, Andrea, *Commentario breve al Codice Civile*, Editorial Cedam, Padova, 1987.
- CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, Tomos 1 y 2, traducción y apostillas de Antonio PEREZ MARTIN, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.
- COLOMBO, Leonardo A., *Consideraciones sobre la denominada cláusula rebus sic stantibus*, LL, 98-746.
- COSSARI, Nelson, *La pesificación de las hipotecas en el reciente fallo de la Corte Suprema*, *Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.
- CHESHIRE, Geoffrey - FIFOOT, Cecil, *Law of Contract*, 9th edition, de M. P. Furmston, Editorial Butterworth's, London, 1976.
- CHITTY, Joseph, *Chitty on Contracts*, Volumen 1, *General Principle, Discharge by frustration*, 25th edition, Sweet & Maxwell, London, 1983, Chapter 23, N° 1521, p. 830 y ss.
- DAMIANOVICH, Adalberto, *La frustración del contrato en el Proyecto de Reformas en el Derecho Privado*, *Revista Zeus*, Tomo 46-D, enero-abril de 1988, Rosario, p. 28 y ss.

- DE ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Direito das obrigações*, 8ª edição, Editorial Livraria Almedina, Coimbra, 2000.
- DE ALMEIDA SANTOS, Antonio, *A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o Novo Código Civil*, Editorial Minerva - LaurencoMarquex, Lisboa, 1972.
- DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo - ZORILLA RUIZ, Manuel, *La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medio y de resultado*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXVIII, Fascículo 1, 1985, p. 185 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *Integración europea: derecho comercial y derecho comunitario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 220 y ss.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *Convegno di Pavia sobre la futura codificación europea de Obligaciones y Contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1999, p. 694 y ss.
- DE MARTINI, Angelo, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Editorial Dott. A. Giuffrè, Milano, 1950.
- DÍAZ ALABART, Silvia, *Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: Reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos*, en NIETO CAROL, Ubaldo (Dir.) *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 43 y ss.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE LEÓN, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomos I y II, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- , *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, Anuario de Derecho Civil, Nº 2, octubre-diciembre de 1961, Madrid, p. 809 y ss.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE LEÓN, Luis, *La cláusula rebus sic stantibus. Extinción de las obligaciones*, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio M., *Los principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

- DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Oeuvres Complètes, 9^{me} edition, Editorial J. Remy, París, 1835.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, *La Corte convalidó las normas de emergencia en materia hipotecaria con fundamento sólo aparente*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *El derecho patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra*, en BERCOVITZ, Rodrigo – MARTINEZ SIMANCAS, Julián, (Dir.), *Derechos civiles de España*, Volumen VII, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 4024 y ss.
- ENNECERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil - Derecho de las obligaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1947.
- ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968.
- FADDA, Carlo - BENZA, Paolo Emilio, *Note dei traduttori al Libro Secondo*, en WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette*, Tomo IV, UTET, Milano, 1915, p. 560 y ss.
- FARGOSI, Horacio, *La noción de actos ineficaces y el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*, LL, 140-1241, Sección Doctrina.
- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- FARNSWORTH, Allan, *Farnsworth on Contract*, Volumen II, Editorial Little Brown and Company, Boston-Toronto-Londres, 1990.
- FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam, *Teoría de la imprevisión. Aplicación y alcances. Doctrina y jurisprudencia*, 2^a edición, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2002.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *La modificación del contrato*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos, *La cláusula rebus sic stantibus*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XI, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1958, p. 1267 y ss.
- FERRI, Giovanni B., *De la cláusula rebus sic stantibus a la resolución por excesiva onerosidad*, en LEYSSER, L., *Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*, Editorial ARA, Lima, Perú, 2003, p. 1013 y ss.

- FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- FORNIELES, Salvador, *La cláusula “rebus sic stantibus”*, JA, 1942-IV-9, Sección Doctrina.
- FOULON, Jean, *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, Editorial Les Presses Modernes, París, 1938.
- FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- FRIGNANI, Aldo, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law*, Rivista di Diritto Civile, 1979-I, p. 680 y ss.
- FRITZE, Oskar, *Cláusula rebus sic stantibus*, Arch. Für bürgerl. Rechts, Volumen 17, Kiel, 1900, p. 20 y ss.
- FULLER, Lon L. - EISEMBERG, Melvin A., *Basic Contract Law*, Editorial American Casebook Series, Minnesota, 1972.
- FURNISH, Dale Beck, *Formación del contrato mercantil y el problema del riesgo*, ED, 40-111.
- GAGGERO, Paolo, *Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese*, Rivista di Diritto Civile, 1997-II Parte, p. 113 y ss.
- GALLO, Paolo, *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, Editorial Giuffrè, Milano, 1992.
- GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, Volumen 2, Tomo I, 3ª edición, Editorial Cedam, Milano, 1999.
- GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, traducción de BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- , *Diritto privato*, 2ª edición, Editorial Cedam, Padova, 1983.
- GANDOLFI, Giuseppe, *Per un codice europeo dei contratti*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1991- I, pág. 781 y ss.
- , *Pour un Code Européen des contrats*, Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1992, p. 707 y ss.

- , *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza una legge?*, Rivista di Diritto Civile, 1993-I, p. 149 y ss.
- , *Verso in tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?*, Rivista di Diritto Civile, 1995-II, p. 203 y ss.
- , *La "condizione" nel progetto pavese di un codice europeo dei contratti*, Rivista di Diritto Civile, 1998-II, p. 287 y ss.
- , *El progetto pavese di un codice europeo dei contratti*, Rivista di Diritto Civile, 2001-I, p. 455 y ss.
- , *L'attualità del quarto libro del Codice Civile nella prospettiva di una codificazione europea*, Rivista di Diritto Civile, 1993-I, p. 415 y ss.
- GARCIAAMIGO, Manuel, *Condiciones Generales de los Contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 135 y ss.
- GASTALDI, José M., *El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Generalidades. Su incidencia en la doctrina general de los contratos*, ED, 125-811.
- , *La teoría de la causa (fin) y su relación con la frustración del fin del contrato*, ED, 149-801.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *Presuposición y riesgo contractual*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XL, N° 2, Madrid, 1987, p. 525 y ss.
- GHERSI, Carlos, *Deudas por préstamos con garantía hipotecaria fuera del sistema bancario. Refinanciación hipotecaria por el fideicomiso de Banco Nación*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 2^a édition, Editorial L.G.D.J., París, 1994.
- GIANFELICI, Mario C., *La frustración del fin del contrato*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- , *Fundamentos de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato*, Revista Conciencia, Año 8, N° 11.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Más cerca de la penumbra que de la luz*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.

- GIOVENE, Achile, *Sul fondamento specifico dell'istituto della sopravvenienza*, Rivista del Diritto Commerciale, 1921-I, p. 155 y ss.
- GUTTERIDGE, M., *La revisión de los contratos por el juez en el derecho inglés*, LL, 12-107.
- HAURIOU, Maurice, *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1926, p. 1 y ss.
- HERNÁNDEZ, Carlos, *Aportes de la CSJN para la construcción de un derecho contractual justo*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.
- HERNÁNDEZ, Carlos - ARIZA, Ariel, *La frustración del fin del contrato*, ponencia en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Editorial de la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991.
- HERRAIZ, Héctor, *Causa y consideration*, LL, 111-1000.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Editorial UNIDROIT, Roma, 1995.
- JORDANO BAREA, Juan, *Causa, motivo y fin del negocio (sentencia del TS 30 de junio de 1948)*, Anuario de Derecho Civil, Tomo 2, Fascículo 2, 1949, p. 749 y ss.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- JOSSERAND, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica*, traducción de E. SANCHEZ LARIOS y J. M. CAJICA, Editorial Cajica, México, 1946.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Emergencia y seguridad jurídica*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2002-1, *Emergencia y pesificación*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 13 y ss.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Volumen 1, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1953.
- , *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.
- LAMARCA MARQUES, Albert, *Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*, InDret, enero 2002, www.indret.com.

- , *La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del B.G.B.*, InDret, abril 2001, www.indret.com.
- LARENZ, Karl, Derecho civil. Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.
- , Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, trad. de Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- LARROCA, Gregorio, *La determinación de las deudas hipotecarias conforme la ley 26.167 según el fallo Rinaldi*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.
- LARROZA, Ricardo O., *Imprevisión contractual*, en STIGLITZ, Rubén (Dir.) *Contratos. Teoría general*, Volumen II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 343 y ss.
- LEHMANN, Heinrich, Tratado del derecho civil. Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Frustración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos*, LL, 1987-D-1154.
- LENEL, Otto, *La cláusula rebus sic stantibus*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1923, p. 195 y ss.
- LEÓN, Pedro, *La presuposición en los actos jurídicos*, en Estudios de Derecho Civil. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Editorial Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1935, p. 225 y ss.
- LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los contratos, Tomo 4, Parte Especial (2) y (3), Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1985.
- LORENZETTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- , *La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2002-1, *Emergencia y pesificación*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 157 y ss.
- LUCARELLI, Francesco, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Editorial Giuffrè, Milano, 1964.

- MACARIO, Francesco, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene Editore, Nápoles, 1996.
- MACARIO, Francesco, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLVIII, 2002-I-66.
- MAC GREGOR, Harvey, *Contract Code*, proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, traducción y notas de José María DE LA CUESTA SAENZ y Carlos VATTIER FUENZALIDA, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1997.
- MC DONNELL, Julián, *Tendencia en EE.UU. a la codificación. Revisión del Código de Comercio Uniforme*, LL, 1999-F-916.
- MARTÍNEZ CARRANZA, Eduardo, *El cambio de circunstancias y el acto jurídico*, *Boletín del Instituto de Derecho Civil*, N° 1-4, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1943, p. 223 y ss.
- MASNATTA, Héctor, *El cambio de circunstancias y el contrato*, JA, 1959-IV-10, Sección Doctrina.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Da alteração das circunstâncias*, *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- MESTRE, Jacques, *Une bonne foi franchement conquérante... au service d'une certain pouvoir judiciaire de révision du contrat!*, *Revue Trimestrielle du Droit Civile*, 1993, p. 124 y ss.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión y el nuevo artículo 954*, Editorial de la Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976.
- MORALES MORENO, Antonio M., *El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, Fascículo 4, Madrid, 1983, p. 1529 y ss.
- MORELLO, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, 1ª edición, Editorial Platense - Abeledo-Perrot, La Plata - Buenos Aires, 1975.
- , *Ineficacia y frustración del contrato*, 2ª edición, con la colaboración de Pedro Rafael DE LA COLINA, Editorial LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- MORELLO, Augusto M., *Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente*, LL, 1989-C-1227.

- , *La reconstrucción equitativa del contrato (crítica a la posición de la Corte Suprema que niega la procedencia de la acción de revisión)*, JA, 1993-II-974.
- , *Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias*, LL, 1998-D-1354.
- , *Inexistencia y nulidad del contrato. Perspectivas*, LL, 1995-E-785.
- - TROCCOLI, Antonio A., *La revisión del contrato. Onerosidad sobreviniente, intereses, indexación*, Editorial Platense, La Plata, 1977.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La frustración del contrato*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.
- , *Las circunstancias del contrato (Primera parte. La reforma del Proyecto de Unificación al art. 1197 del C. Civil)*, ED, 128-833 y ss.
- , *Las circunstancias del contrato (Segunda parte. Su vinculación con la causa fin)*, ED, 128-839 y ss.
- , *Contratos*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997.
- - FALCÓN, Enrique - PIEDECASAS Miguel A., *La frustración del contrato y la pesificación*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *El embargo y la frustración del fin del contrato*, en ALEGRIA, Héctor, MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, *Contratos Modernos*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1993, p. 364 y ss.
- MOUSSERON, Jean M., *La gestion des risques par le contrat*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 87, 1988-2, p. 481 y ss.
- NICOLAU, Noemí, *La frustración del fin del contrato (un modo de realizar la cooperación debida en el contrato)*, LL, 1993-A-882.
- , *La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevinidas*, JA, 2002-IV-1058.
- NICOLUSSI, Andrea, *Presupposizione e risoluzione*, en *Europa e Diritto Privato*, 2001-4, p. 843 y ss.

- OERTMANN, Paul, *Introducción al derecho civil*, traducción de Luis SANCHO SERAL, Editorial Labor, Barcelona, 1933.
- , *Die Geschäftsgrundlage*, Editorial Deichert, Leipzig, 1921.
- ORGAZ, Alfredo, *El contrato y la teoría de la imprevisión*, LL, 60-691.
- , *Los límites de la autonomía de la voluntad*, Nuevos estudios de derecho civil, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.
- , *El daño resarcible*, 2ª edición, Ed. Ameba, Buenos Aires, 1960.
- OSILIA, Elio, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, Rivista del Diritto Commerciale, 1949-I, págs. 15 y ss.
- OSTI, Giuseppe, *La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, Rivista di Diritto Civile, 1912, p. 1 y ss.
- , *Appunti per una teoría de la sopravvenienza*, Rivista di Diritto Civile, 1913, p. 471 y ss.
- PALMIERI, Jorge, *La subjetividad de los jueces y la teoría de la imprevisión*, ED, 150-133.
- PAOLINI, Elena, *La causa del contratto*, en GALGANO, Francesco (Dir.), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Editorial Cedam, Padova, 1999.
- PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Editorial L.G.D.J., París, 1932.
- PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Editorial Cultura, Habana, 1940.
- PINO, Augusto, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Editorial Cedam, Padova, 1952.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Causalidad adecuada y factores extraños*, Derecho de daños, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1989.
- - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- POLO, Antonio, *Comentario a la Sentencia del TS del 17 de mayo de 1941*, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 453 y ss.

- POTHIER, Robert, *Traité des obligations. Oeuvres de Pothier Contenant les traités de droit français*, 9^a édition, Editorial Pichon - Bechet, París, 1827.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo II, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1978.
- RAMELLA, Anteo, *La resolución por incumplimiento*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.
- RAY, José D., *Frustración del contrato*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- - VIDELA ESCALADA, Federico, *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- REZZÓNICO, Luis M., *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1954.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^a édition, Editorial Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1937.
- - BOULONGER, J., *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, Tomo V, traducción de Delia GARCIA DAIREAUX, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987.
- RIVERA, Julio C., *La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa*, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año XX, N° 115-120, p. 867 y ss.
- , *La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión*, ED, 179-61.
- , *El derecho privado en los grandes espacios económicos (Unión Europea, MERCOSUR, Área de Libre Comercio de las Américas)*, *Revista Latinoamericana de Derecho de Integración (MERCOSUR, TLC, ALCA, Año II)*, N° 3, enero-julio de 2005, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, p. 246 y ss.
- ROCA SASTRE, Ramón M., *El problema de la alteración de las circunstancias*, en *Estudios de Derecho Privado*, Tomo 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- ROPPO, Enzo, *Il Contratto*, Editorial Il Mulino, Bologna, 1977.

- , *Impossibilit  sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "frustration of contract"*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1973-I, p. 1239 y ss.
- , *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema de presupposizione*, Giurisprudenza Italiana, 1972, Cap. I, 1, c. 211 y ss.
- ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, Editorial Giuffr , Milano, 2001.
- SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, *Il Contratto*, Tomo 1, 3^a edizione, Casa Editrice Utet, Torino, 2004.
- SALAS, Acdeel E., *La cláusula oro y la teoría de la presuposición*, JA, 1943-II-43.
- SALVAT, Raimundo - ROMERO DEL PRADO, V ctor, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Tomo III, Editorial Tea, Buenos Aires, 1954.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus*, Editorial A.C., Madrid, 1990-2, p. 429 y ss.
- , *Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2002, p. 709 y ss.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis P., *La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, Fascículo III, 2002, p. 1115 y ss.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1962.
- SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Presupposizione e comune intenzioni delle parti*, Rivista del Diritto Commerciale, Tomo II, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1985, p. 125.
- , *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Collana Saggi e Documenti di Diritto Civile, N  7, Editorial Cedam, Padova, 1992.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, 3^a edición, Editorial Dott. Vallardi, Milano, 1977.
- SILVESTRE, Norma O. - KING, Juan C., *La frustración del fin del contrato*, JA, 1991-III-848.
- , *Una interesante aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato*, LL, 1992-E-118.

- SOSA, Toribio, *Pesificación y reajuste equitativo*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, p. 5 y ss.
- SOTO COAGUILA, Carlos A. *El pacta sunt servanda y la revisión del contrato*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-1, *Des-equilibrio Contractual*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 193 y ss.
- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.
- , *La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos*, JA, 1953-IV-30.
- STIGLITZ, Gabriel A., *Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)*, LL, 1995-C-18.
- STIGLITZ, Gabriel A. - STIGLITZ, Rubén S., *Derechos y defensa del consumidor*, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1994.
- STIGLITZ, Rubén S., *Objeto, causa y frustración del contrato*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
- , *La frustración del fin del contrato*, JA, 1998-II-937.
- , *Contratos. Teoría general*, Tomos I y II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- - CORNET, Manuel, *Frustración del fin del contrato - Aplicación práctica*, en VALLESPINOS, Carlos G. (Dir.) *Contratos. Presupuestos*, Editorial Avocatus, Córdoba, 1998, p 161 y ss.
- TARTAGLIA, Paolo, *Onerosità sopravvenuta*, Enciclopedia del Diritto, Tomo XXX, Editorial Giuffrè, Milano, 1980.
- TELLO, Roberto, *La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público*, JA, 1946-IV-33, Sección Doctrina.
- TUNC, André, *L'unification du droit des contrats en Europe, avec ou sans loi?*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1993, págs. 877 y ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XL, Fascículo II, abril-junio de 1987, p. 495 y ss.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Cambio de circunstancias y distribución del riesgo contractual* LL, 2002-E-1166.

- VELASCO, Ángel, *La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil*, Revista de Derecho Mercantil, 1948-I, pág. 431 y ss.
- VENINI, Juan C., *La frustración del fin del contrato*, JA, 1991-III-764.
- VERGARA, Leandro, *La teoría de la imprevisión aplicada a los mutuos con garantía hipotecaria sobre una vivienda familiar y única. La aplicación del parámetro de mayor onerosidad subjetiva*, Suplemento Especial La Ley, *Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007, pág. 5 y ss.
- VIDELA ESCALADA, Federico, *La frustración del fin del contrato*, en Revista del Notariado, Año XCIII, enero-marzo de 1991, Editorial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, p. 128 y ss.
- , *La causa final en el derecho civil*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
- , *La teoría de la causa*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- VOLKMAR, M., *Revisión de los contratos por el Juez en Alemania*, LL, 12-11, Sección Doctrina.
- VON IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Editorial Bailly-Bailliere, Madrid, 1898.
- WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandectte*, trad. del alemán al italiano y notas de Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSÀ, Unione Trip. Edit. Torinese, Torino, 1925.
- URBANO SALERNO, Marcelo, *La imprevisible alteración del contrato a causa del fenómeno monetario*, LL, 2002-A-1317.
- ZANNONI, Eduardo, *La prueba del daño en razón de la frustración del contrato*, en Revista de Derecho de Daños, La prueba del daño II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 7 y ss.
- , *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.
- , *El desequilibrio contractual y la renegociación del contrato*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-1, *Desequilibrio Contractual*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 89 y ss.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción de Antoni VAQUER ALOY, Editorial Civitas, Madrid, 2000.