

# El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual

JOSÉ FÉLIX CHAMIE\*

Sumario: I. Posición del tema. Reconstrucción y planteamiento históricos. A. Equilibrio inicial. B. Equilibrio funcional. II. Equilibrio contractual y *reductio ad aequitatem*: modelos. A. Del equilibrio inicial. 1. El modelo francés. 2. El modelo alemán. 3. El modelo italiano. 4. El modelo de la unificación del derecho de contratos (Unidroit, PECL, DCFR). 5. El modelo latinoamericano. B. Del equilibrio funcional. 1. El modelo alemán. 2. El modelo francés. 3. El modelo italiano. 4. El modelo de la unificación del derecho de contratos (Unidroit, PECL, DCFR). 5. El modelo latinoamericano. III. Planteamiento dogmático unitario: la depuración del principio

Resumen: Para atender las exigencias del mundo actual se requiere de la proposición de categorías dogmáticas que contribuyan en el desarrollo del sistema jurídico unificando conceptos, simplificando caminos interpretativos, y sobre la base de la propia tradición rediseñar instrumentos para mejorar el derecho poniéndolo a tono con las exigencias de su tiempo. De allí la intención del autor de aventurarse en una reconstrucción histórico-dogmática de figuras bien conocidas por la tradición del sistema jurídico romano-germánico, en aras de identificar un principio de moderación en los contratos. Un principio de equilibrio que desde los tiempos de la Escuela medieval se contiene en la expresión *reductio ad aequitatem* y se realiza mediante instrumentos que procuran corregir y adaptar el contrato según el caso. Así, el autor se fija en los momentos de la celebración y de la ejecución del contrato para observar la *ratio* de los

\* Profesor de derecho civil y derecho romano en la Universidad Externado de Colombia; Doctor en Sistema Jurídico Unificación e Integración del Derecho por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Correo electrónico [jose.chamie@uexternado.edu.co]. Fecha de recepción: 12 de diciembre del 2011. Fecha de aceptación: 27 de febrero del 2012.

institutos que en esos momentos del *iter* contractual sirven la causa de la equidad para ajustar la sinalagmaticidad de la relación, contrastar abusos y desequilibrios causados por las partes o por eventos extraños al riesgo del contrato.

Palabras clave: aprovechamiento de estados de debilidad, comparación jurídica, equilibrio contractual, derecho europeo, derecho latinoamericano, derecho medieval, derecho romano, estado de necesidad, estado de peligro, lesión enorme, principios generales del derecho, *rebus sic stantibus*, rescisión del contrato, resolución del contrato, revisión del contrato, sistema jurídico, teoría de la imprevisión, tradición romanista, unificación del derecho

*The Principle of Reductio ad Aequitatem by Contract Imbalance*

Abstract: The demands of today's world, to be addressed, needs the proposal of dogmatic categories that contribute to the development of the legal system unifying concepts, simplifying interpretive trails, and on the basis of the tradition itself, redesigning the right tools to improve putting in tune with the demands of our time. Hence the author's intent to venture into a historical-dogmatic reconstruction of well-known figures in the tradition of the Roman-Germanic legal system, in order to identify a principle of moderation in contracts. A principle of balance since the days of medieval School is housed in the *reductio ad aequitatem* expression and is performed with instruments that seek to correct and adjust the contract accordingly. Thus, the author looks at the moments of celebration and performance of contract, to observe the *ratio* of the institutes that serve the cause of equity to adjust the *synallagma*, contrast abuses and imbalances caused by the parties or by unforeseeable events.

Keywords: undue influence, comparative law, contract balance, European law, Latin American law, medieval law, Roman law, state of necessity, state of danger, *laesio enormis*, principles of law, *rebus sic stantibus*, termination of contract, legal system, unforeseeable events, romanist tradition, unification of law

I. POSICIÓN DEL TEMA. RECONSTRUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO HISTÓRICOS

Los argumentos, y no debe sorprender, son ampliamente conocidos. Y conviene decirlo desde ya, que las categorías dogmáticas que serán aquí empleadas se colman con institutos bien identificados por la tradición secular y que han alcanzado refinada elaboración como manifestación concreta de un principio de equilibrio que abre las puertas a la modificación equitativa del contrato. Los instrumentos que serán comentados han sido identificados por la doctrina como instrumentos para resolver problemas que hoy llamamos del desequilibrio del contrato en las fases de su formación y su ejecución. Durante la formación del contrato se habla de un equilibrio inicial u originario, que se rompe a causa de los problemas de la lesión enorme y del aprovechamiento de los estados de debilidad; durante la

ejecución del contrato se habla de equilibrio funcional, que se rompe a causa de una problemática de base, se podría hablar en general de problemas derivados de la fuerza mayor y de la interpretación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, el problema de la compatibilidad o proporcionalidad entre eventos y cumplimiento, entre contrato y realidad. Frente a estos problemas el derecho, la interpretación secular y los códigos, han ofrecido variadas soluciones que, a pesar de su diversidad, responden todas a un criterio que es rasgo propio y característico de nuestro sistema jurídico, la exigencia de moderación, de equilibrio en los contratos durante su formación y durante su ejecución; naturalmente, una exigencia de buena fe y equidad. Las soluciones ofrecidas por el sistema desde los tiempos de su formación, acordes con la buena fe y equidad como ejes del sistema mismo, encontraron notoria expresión en la interpretación medieval que se resume en la máxima *reductio ad aequitatem*, que logró autonomía respecto del solo valor semántico y se elevó en grado de abstracción –con amplio potencial dogmático– para indicar la necesidad de moderar el vínculo obligatorio en caso de ruptura del equilibrio entre las prestaciones. No es la mera “reducción en equidad” como en la reducción de la cláusula penal enorme, ésta es expresión también del principio de *reductio* equitativa que se refiere más bien en general a todos los instrumentos que restablecen el turbado equilibrio entre las prestaciones. El principio de *reductio ad aequitatem* es pues el principio de modificación equitativa del contrato, que se resume en los instrumentos para la refacción del mismo frente al desequilibrio *ab initio*, o *ex post facto* (*propter mutationem temporum*). De modo que la *reductio ad aequitatem* está en cercana relación con la revisión y la salvación del contrato.

De allí el terreno fértil para la identificación de un principio de moderación en los contratos, un principio de equilibrio expresado desde los tiempos de la Escuela medieval en la *reductio ad aequitatem* por *laesio ab initio* o *laesio superveniens*.

Para identificar el principio general, en este caso el intérprete se fija una aproximación a los dos momentos del desequilibrio contractual, para señalar la *ratio* que se encuentra en la base de los remedios para mantener o restablecer el equilibrio. Por un lado, el problema de la incidencia, en el momento genético de la obligación, de la necesidad, el peligro, el apremio económico, la dependencia, ignorancia, inexperiencia, debilidad mental, desigualdad de poder de negociación, confianza especial, violencia generalizada, en términos de un aprovechamiento de estos estados de debilidad, generador de la ruptura del equilibrio de las prestaciones. Por otro lado, se revela el problema de la incidencia de eventos extraños a las partes, anomalías no imputables que modifican las circunstancias iniciales del contrato produciendo un desequilibrio entre las prestaciones. Se trata de los instrumentos para garantizar el cumplimiento equitativo de las obligaciones.

En estos dos grandes momentos de ruptura inicial o sobrevinida, los mecanismos de corrección y adaptación del contrato indican la *ratio* del remedio en la equidad correctiva, la equidad de la cooperación.

Esta idea de justicia no es nueva: ella ha estado siempre en los principios y en la elaboración dogmática del sistema jurídico romanista, es una característica de su definición<sup>1</sup> y pertenece a su *principium*<sup>2</sup>. Para no ir muy lejos, la *reductio ad aequitatem* por desequilibrio inicial (*laesio enormis* o *ab initio*) o por desequilibrio sobrevenido (*laesio superveniens*) fue una práctica difusa en el medioevo, la doctrina medieval señaló la necesidad de moderar los contratos de duración afectados por un desequilibrio<sup>3</sup>.

Sin embargo, esta tradición entró en crisis en el siglo XIX con el dogma de la voluntad, para luego regresar fortalecida con la inversión de tendencia en el siglo XX que del paradigma del voluntarismo dio paso a un, aparentemente, nuevo paradigma (T. KHUN), el de las exigencias de la buena fe, de la colaboración y la solidaridad, de la equidad, en fin, de la justicia contractual.

### A. Equilibrio inicial

A partir del surgimiento de la teoría general del contrato y de allí también una teoría de los vicios del consentimiento, se ha pensado que los vicios de la voluntad tienen que ver con el equilibrio entre las prestaciones<sup>4</sup>, de allí que estos y los problemas que se relacionan con el injusto aprovechamiento durante el momento genético de la obligación, sean la situación a corregir para mantener el equilibrio originario del vínculo obligatorio y proteger la causa sinalagmática. Sin embargo, el derecho ha concebido remedios que de una u otra forma protegen al contratante que se encuentra en un particular estado de debilidad. Ya en el derecho romano con el paso del tiempo se fue afirmando una tendencia en la jurisprudencia hacia el rechazo de las formas de abuso y de lucro en daño ajeno, particulares disposiciones en materia de dote señalaron una regla que asume hoy especial importancia y presenta un alcance y una dimensión que trascienden su contexto, pues la intervención del derecho se justifica ya que *bono et aequo non conveniat aut lucrari alicquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum* (POMPONIO). También fueron establecidas leyes contra las *usurae*, y, en el *ius honorarium*, las consideraciones asumen mayor importancia, la *restitutio in integrum* prestaba este servicio siempre que mediara *dolus* o *fraus* en perjuicio del menor, protegido en este caso *non tanquam minor, sed tanquam laesus*, e igualmente la *exceptio doli* tuvo un papel primordial para

<sup>1</sup> CELSO. D. 1, 1, 1: *ius est ars boni et aequi*.

<sup>2</sup> S. SCHIPANI. *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 1999, en español: *La codificación del derecho romano común*, trad. de JOSÉ FÉLIX CHAMIE, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

<sup>3</sup> Cfr. F. MANTICA. *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis locati et conducti conventionibus in libros XXVII disperitae*, vol. 1, lib. 1, tít. IX y lib. III, tít. 15, n. 25, en particular lib. IV, tít. IV, Geneva, Chouët, 1861: "*Sed adverte, quod contractus non continet enormem laesionem ab initio sed ex post facto, propter mutationem temporum, debet moderari, si contractus habeat tractum successivum et futurum tempus recipiat*".

<sup>4</sup> R. J. POTHIER. *Traité des obligations*, París, Chez Debure, 1764, § IV, n.º 33.

contrastar comportamientos lesivos de los intereses contractuales de las partes, ya que "*fraus omnia corrumpit*".

En el siglo III d. C., la Cancillería imperial de DIOCLECIANO profirió un conocido rescripto frente a un caso particular en el que se pedía la rescisión de un contrato de venta celebrado con un precio injusto en desmedro del vendedor. La Cancillería imperial introdujo en la decisión el criterio de la *dimidia pars*, estableciendo así un límite matemático respecto del cual determinar la desproporción en el precio. De aquí en adelante se hablará de *lesión enorme*, instituto con fortuna y consideración en la interpretación secular; hoy en día despojado de su coraza originaria, indica el camino para el diseño de los modernos remedios contra el *desequilibrio contractual* inicial.

En el origen, el dolo y la violencia se consideraban hechos ilícitos fuente de responsabilidad extracontractual y daban lugar al resarcimiento del daño sufrido por la parte contratante víctima de engaño o violencia. Fue en un momento sucesivo cuando del ámbito de la responsabilidad delictual se pasó al ámbito de la validez del contrato mediante el uso de *exceptiones*, cuya función era la de impedir la ejecución de un contrato, diríamos hoy, viciado de dolo o de violencia. En efecto, las reglas de la responsabilidad contractual tienen un campo de acción mayor respecto de las reglas de validez: las primeras permiten la posibilidad de solicitar al menos el resarcimiento del daño. De este modo, frente a un contrato en el cual la lesión no es *ultradimidium* pero sí hay un aprovechamiento, la doctrina moderna habla de "vicio incompleto", una figura residual respecto de la categoría de los tradicionales vicios de la voluntad y que haría parte de las reglas de responsabilidad; los vicios, en cambio, de las reglas de validez, ámbitos que, de todos modos, pueden modificarse en el curso del tiempo. En todo caso, al margen de los aspectos de la teoría general y de la discusión sobre la ubicación de la lesión como vicio, no es posible negar que del instituto clásico de la lesión enorme se va llegando al moderno instrumento para la gestión del *desequilibrio contractual* inicial o congénito basado en el aprovechamiento del estado de necesidad, conservando siempre la originaria *reductio ad aequitatem* y señalando el camino para la salvación del contrato.

En la jurisprudencia romana no existió un uso estricto de las categorías de nulidad, rescisión, invalidez como las entendemos hoy, con sus particularidades en cada ordenamiento y límites precisos —aunque a veces sutiles—; y no existió puesto que los romanos no pensaban tanto por institutos como por acciones, su elaboración refinada del derecho consistía en una serie de reflexiones principalmente a partir de los mecanismos consagrados en el Edicto y el énfasis estaba puesto en especial sobre la solución idónea al caso concreto. Una mirada al uso de la rescisión en las fuentes permite señalar que el efecto rescisorio es, para decirlo en el lenguaje moderno, el efecto de la invalidez, solo que en la jurisprudencia romana no existe enunciado un límite conceptual preciso entre estos efectos. Se observa en las fuentes que nulidad y rescisión parecen pues referirse a la misma

consecuencia: la invalidez (*non valet*) del acto. Las hipótesis que suponen la rescisión como invalidez del vínculo son variadas, pero el efecto es siempre el mismo; a la lista de supuestos se agregó en materia de compraventa el rescripto del año 285 d. C., y a partir de allí en la historia de la rescisión entró el que sería considerado luego un verdadero y propio instituto, esto es, la lesión enorme.

En el medioevo era difusa la práctica de llegar a la revisión del contrato mediante *reductio*, en aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito del que hoy llamamos "desequilibrio sobrevenido", esta práctica estaba inspirada en la idea de justicia conmutativa y sustentada a la luz de un principio de equidad. Esta concepción tiende a considerar el equilibrio entre las prestaciones como un requisito para la validez de los contratos, y, en esta perspectiva, un desequilibrio originario haría entonces al contrato susceptible de *reductio* o de rescisión por *laesio enormis*<sup>5</sup>. Se trata de dos institutos centrales en la interpretación medieval, institutos que, si bien distintos en su estructura, resultan integrados en el ámbito del equilibrio contractual que pregonaba la equidad<sup>6</sup>.

La línea interpretativa de los medievales se mantuvo en el tiempo, en el humanismo jurídico toda *deceptio ultra dimidium, inhumana est*, a lo que se sumó la contraposición entre buena fe y dolo malo en la concepción de esa corriente del pensamiento, lo que facilitó la enunciación de un posible reconocimiento en caso de *laesio infra dimidium*. De aquí en adelante estaría marcada la suerte de la lesión en el periodo de la Codificación de los siglos XVIII y XIX. En Francia, la elaboración de DOMAT hizo énfasis en la concepción del engaño como violación de la buena fe, radicando en dicha violación el deber de resarcimiento del daño; POTHIER no fue ajeno a esta línea de pensamiento y no perdió la ocasión para designar a la equidad como principio general que debe estar presente en los contratos. Acorde con la tradición pero introduciendo nuevas nociones, POTHIER observó una "imperfección en el consentimiento" de la parte lesionada, una alteración en la equivalencia de las prestaciones ya que para él todo vicio del consentimiento atenta contra el equilibrio contractual; no obstante, POTHIER concibió la lesión como vicio autónomo respecto del dolo<sup>7</sup>. Luego de arduas discusiones la lesión fue incluida en el *Code* francés de manera restrictiva, de allí en adelante es la historia de la influencia de este código. Por su parte, en la codificación alemana se dio relevancia, en el plano de las reglas de invalidez y luego también de arduas discusiones, al elemento del aprovechamiento, sancionando con nulidad la conducta y excluyendo la posibilidad de *reductio*.

Precisamente en el siglo XIX toda la tradición entró en crisis como consecuencia de la acentuada influencia de las ideas de libre intercambio y de libre mercado,

<sup>5</sup> Sobre el punto, me permito remitir a J. F. CHAMIE. "Rescisión por lesión enorme: el problema del origen", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 19, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 33 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. MANTICA. *Vaticanae lucubraciones...*, cit., lib. III, tít. 15, n. 25.

<sup>7</sup> Cfr. R. J. POTHIER. *Traité des obligations*, cit., § IV, n.º 33.

que influyeron a su vez en la disciplina del contrato; serán entonces las partes contratantes quienes fijarán la relación de equivalencia entre las prestaciones, difundándose así el voluntarismo y la convicción de que en materia contractual todo debe ser remitido a la voluntad de las partes, lo cual seguramente eliminaba la posibilidad de *reductio auctoritate intercedente iudicis*. En este contexto, la lesión tendió casi a desaparecer. No obstante, la corpulenta tradición precedente no podía sino resurgir, así, el siglo XX presentó una inversión en la tendencia y luego de una proficua elaboración doctrinal y jurisprudencial, el voluntarismo comenzó a ceder el paso a las exigencias de solidaridad y cooperación, exigencias de una justicia contractual.

### B. Equilibrio funcional<sup>8</sup>

Si la causa del contrato desaparece como consecuencia de un evento posterior a su génesis, requiriendo así la tutela al contratante frente a un riesgo imprevisto de alteración del valor de la prestación, en últimas es posible hablar de un defecto parcial de la causa o al menos de una anomalía en ella que se refleja en el cumplimiento de la obligación. Si esto es así, entonces resulta indispensable aceptar que la causa debe permanecer durante toda la vida del contrato, como causa funcional. Habría entonces un defecto funcional de la causa y el fundamento del remedio estaría en la ampliación del concepto de imposibilidad y por ende en el ámbito funcional del contrato; así que no obstante las diferencias específicas entre imposibilidad y excesiva onerosidad, estas deben acumularse dentro del *genus* de las alteraciones no imputables de la economía del contrato durante la fase de su ejecución, al mismo nivel de aquellas alteraciones imputables como el incumplimiento doloso o culposo, que junto a las que forman parte de las no imputables (imposibilidad, excesiva onerosidad, imprevisión, fuerza mayor, etc.) entran todas en el amplio campo de los defectos o anomalías en la ejecución del contrato.

Aquí surge la necesidad de distinguir entre la incidencia del evento sobrevenido sobre el sinalagma funcional, y la posibilidad de valorar con instrumentos hermenéuticos la entidad de la contraprestación pactada, con la finalidad de establecer la relevancia causal de una finalidad-motivo perseguida por una de las partes. Esta interpretación conduce quizás a reconsiderar aquella parte de la doctrina que afirmó la irrelevancia jurídica de circunstancias previsibles que determinan una

8 Este criterio ha sido ya antes señalado por la doctrina (ver J. F. CHAMIE. *La adaptación del contrato. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardsbip*, tesis doctoral, Roma, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 2009, Introducción, p. 11, ahora en proceso de publicación por la Universidad Externado de Colombia) y fue acogido de reciente por la jurisprudencia en CSJ. Sala de Casación Civil, 21 de febrero del 2012, exp. 11001-3103, 040-2006-00537-01; acerca de otros puntos de la materia en los que este fallo coincide con lo señalado antes por la doctrina, cfr. la sentencia mencionada con mi estudio doctoral del 2009: J. F. CHAMIE. *La adaptación del contrato. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardsbip*, cit., pp. 19 y 20; cap. I, n. 8, §§ 3-5; cap. VI, n. 25, §§ 1-6, 203-214; n. 26, §§ 1-5, 227-233; cap. III, n. 15 y 16, §§ 1, 102, 113-117; cap. II, n. 10, 76-78, 81 y 82.

alteración en el valor de las prestaciones. Esto porque, si bien se piensa, hablar de "presuposición" indica que la valoración de la contraprestación constituye de todas maneras el parámetro para la identificación de un posible vicio teleológico de la causa concreta.

Que los eventos deban ser sobrevenidos resulta indispensable, se trata de la *distantia temporis* entre el momento de la celebración y el de la ejecución del contrato, durante la cual se verifican los eventos del todo extraordinarios que imposibilitan o dificultan de manera relevante el cumplimiento de la prestación; esta contingencia exige entonces pasar a la adaptación del contrato (antes que a la resolución) en la búsqueda de su modificación equitativa. En este contexto, las figuras negociales que se ven involucradas son precisamente aquellas sujetas a una *distantia temporis*, esto es, los contratos cuya ejecución se difiere en el tiempo, llamados, en general, contratos de duración. Se trata de un problema en la fisiología del cumplimiento, un defecto en la funcionalidad del negocio.

Por cuanto se busquen justificaciones, unas más convincentes que otras, el remedio para el desequilibrio funcional refleja el problema de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento. Las técnicas para el control de dicha compatibilidad asumen formas diversas, pero todas tienen en común el que buscan resolver el mismo problema, una ejecución que en sustancia es todavía posible, pero que bajo la nueva realidad no solo no genera la ventaja esperada para quien a ella está obligado, sino que implica un mayor esfuerzo patrimonial inesperado. En general, debe distinguirse entre la incidencia del evento sobrevenido en el equilibrio sinalagmático originario (en los contratos con prestaciones recíprocas que implican una relación de duración) e incidencia del evento sobrevenido en la esfera patrimonial del deudor (en todos los contratos con prestaciones recíprocas), en términos de dificultad en el cumplimiento; en particular en este último grupo de casos, la mayor onerosidad del cumplimiento tiene carácter subjetivo, respecta a la posición del deudor y no al cambio de valor de la prestación y por lo mismo al equilibrio sinalagmático. Puede así hablarse de una dificultad de *praestare* que debe valorarse acudiendo al principio general de buena fe siempre que se admita y justifique una teoría de la inexigibilidad de la prestación. Surgen aquí nuevamente los interrogantes propuestos inicialmente en la doctrina en el ámbito de la jurisprudencia de los intereses, esto es, la existencia de criterios atendibles para considerar el umbral de la inexigibilidad o el límite al sacrificio del deudor.

En la experiencia del derecho romano los problemas del desequilibrio funcional indican primero las consideraciones alrededor de la pérdida de la cosa. En efecto, la pérdida de la cosa objeto de la obligación contractual que no implicaba un intercambio definitivo, cuando no era imputable al acto o a la voluntad del contratante (*vis aut casus nullam culpam praesupponit*), correspondía necesariamente al *dominus*, no en cuanto moralmente equitativo, sino en cuanto coherente con un orden natural de las cosas que la *aequitas* impone. La *ratio* que está en la base de la regla *damnum domini* y de la atribución del *praestare* al *dominus* radica en el vigor de



la relación de *dominium* que vincula al contratante con la *res*, y es precisamente la valoración del *oportere* en términos de *fides bona* la que en estos casos viene, de un lado, a impedir que el contratante *non-dominus* se haga cargo de ciertos riesgos, y de otro lado, a permitir que de ellos se haga cargo el *dominus*<sup>9</sup>.

En la interpretación de LABEÓN el *praestare* no fue más el único fundamento de la acción en caso de eventos sobrevinientes<sup>10</sup>. En efecto, LABEÓN modificó el criterio serviano<sup>11</sup> superando la razón de ser del *praestare* como única condición de sujeción al *actione teneri*, esto es, que los daños por incumplimiento podían imputarse a una de las partes no solo como consecuencia del *praestare* sino también de la ocurrencia de eventos no imputables a título de responsabilidad contractual; se distinguió así claramente entre el *dolum et culpam praestare* y el *periculum*, sin que esto haya representado una concepción unitaria del problema. LABEÓN propuso un modelo complejo y articulado atribuyendo riesgos a ciertos deudores *non-domini*, usando una interpretación típica de la actividad que las partes esperaban realizar con el contrato, en relación con la forma y los intereses implícitos en la operación económica. Se trata de la valoración del *oportere* a los ojos de la *bona fides*, y del dualismo *fides-aequitas* dentro del debate jurisprudencial sobre la eficacia justificante del evento irresistible definido como *vis maior*<sup>12</sup>. LABEÓN naturalmente no se detuvo aquí, introdujo y justificó también el reconocimiento de una *exceptio* (D. 4, 9, 3, 1) a favor del *nauta* en caso de destrucción de la carga por *nausfragium* o *vis piratarum*; en el mismo sentido la disciplina de la *lex iulia de bonis cedendis* acogió las solicitudes de los deudores insolventes expuestos a la *venditio bonorum* y los admitió a una *cessio* menos grave siempre que hubieran probado que su condición de *decocti* fue a causa de una *vis maior* (un criterio similar se encuentra en una decisión del emperador CLAUDIO [Suet., *Claud.*, 18, 2], que yo relaciono, p. ej., con la decisión en el famoso *arrêt* del Gas de Burdeos). La misma idea de justicia se encuentra, en mi opinión, también en la disciplina de la *remissio mercedis*, que junto con la disciplina de la *sterilitas-ubertas*, constituyen el pródromo a la idea de *reductio ad aequitatem* que encontró más desarrollos en la interpretación de los *doctores* medievales.

Si bien en el derecho romano es complejo individualizar un proceso de construcción dogmática unitario en materia de *periculum*, se verifica, empero, la reconstrucción de CARDILLI en el sentido de que en todo caso es posible indicar una *ratio* común: la necesidad de garantizar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el éxito de su expectativa, esto implica una tutela objetiva en caso

<sup>9</sup> R. CARDILLI. *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. a. C. - II sec. d. C.), Milano, 1995, p. 311; M. L. NEME VILLARREAL. "Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida", en *Roma e America*, 21/2006, p. 202; ID. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 337 y ss.

<sup>10</sup> D. 50, 17, 23.

<sup>11</sup> Criterio expresado en D. 19, 2, 15, 2.

<sup>12</sup> R. CARDILLI. *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 311 y ss.; M. L. NEME VILLARREAL. "Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida", cit., pp. 202 y ss.

de no realizarse la causa del *synallagma* incluso cuando no hay responsabilidad del deudor de la obligación, en relación con criterios típicos y respecto de cada singular obligación.

Frente al rigor del *strictum ius*, el sistema medieval mitigó suprimiendo la distinción entre contratos de derecho estricto y contratos de buena fe, la justificación de esta operación interpretativa tiene su base en la emblemática noción de equidad de los doctores medievales<sup>13</sup>, una equidad distinta de la romana, sí, pero que en todo caso *in omnes contractus servanda*, para corregir toda extrema *iniquitas*<sup>14</sup>. Que en el sistema circulaba ya una fuerza que no era nueva, la *aequitas*, y que la doctrina era consciente de ello, lo prueban las fuentes, sin embargo, en verdad la cuestión de la equidad —así como la buena fe— tiene un alcance mucho mayor y raíces más profundas (se piense sólo en la definición del *ius* como arte del *bonum et aequum*), mientras fue estudiada solamente desde el punto de vista de la técnica hermenéutica, fue siempre un enigma o quedó reducida a mero cánón de interpretación, hasta que hubo de manifestarse como correctivo benévolo del *rigor iuris*.

El sistema de la Escuela medieval jugó un rol fundamental, así como para la *laesio enormis* los doctores medievales utilizaron una interpretación contextual que abrió el camino a la generalización de conceptos, de la misma forma se hizo con la cláusula *rebus sic stantibus*, siendo estos los dos instrumentos centrales de la construcción dogmática de la doctrina medieval. En este sentido, si se piensa en la distinción atribuida a BARTOLO, entre contratos "*qui unico momento perficitur*" y contratos "*qui habent tractum successivum*", podemos indicar que si el momento de la ejecución del contrato coincide con el de su celebración, es suficiente con que el equilibrio entre las prestaciones se mantenga en tal momento inicial, en caso contrario el contrato puede modificarse equitativamente o rescindirse por *laesio enormis*; pero si la ejecución del contrato es diferida, el equilibrio de las prestaciones debe mantenerse durante toda la ejecución,

<sup>13</sup> Así, BALDO, en C. 9 de *plus petit*: "*Ego puto, quod de aequitate canonica omnes contractus mundi sunt bonae fidei, non quantum ad titulum actionis, sed quo ad mentem et substantiam intentionis*". Conviene señalar que la distinción suprimida por JUSTINIANO fue aquella entre *iudicia bona fidei* y *iudicia stricti iuris*, sin embargo, la distinción dogmática entre contratos de buena fe y de derecho estricto perduró, incluso hasta los tiempos de VOET, quizás el último en emplearla. En todo caso, las palabras de BALDO son claras, y si la distinción dogmática no era empleada, para qué entonces la consideración en indicar a la luz de la *aequitate canonica* que los contratos son todos de buena fe no por el título de la acción que los califique, como fue en el derecho romano clásico, sino por la sustancia de la voluntad.

<sup>14</sup> J. NIDER. "Compendiosus tractatus de contractibus mercatorum", en *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium authorum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, Ludgduni, 1610, reimp. Bottega d'Erasmus, 1971, cap. 1, 532, 617, num. 9: "*Cum tam secundum Theologos quam per Philosophos in omni contractu aequalitas debeat servari. Et autem aequalitas nihil aliud quam aestimatio mutua voluntaria bona fide facta: qua nec intenditur inaequalitas, nec inesse cognoscitur*". Cfr. Thess. 1, 4, 6: "[...] que ninguno agravie ni engañe en nada a su hermano, porque el Señor es vengador de todo esto [...]"; cfr. también J. NIDER. "Compendiosus tractatus de contractibus mercatorum", en *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium authorum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, cit., 617, num. 11: "*Omnia talia prohibet Apostolus d.c.l. ad Thess. 4, Haec est voluntas Dei: ne quis circumveniat, ne supergrediatur in negotio fratres suos*".

en caso contrario el contrato puede modificarse equitativamente o terminarse a causa de *laesio superveniens* en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La moderación de los contratos de duración en el sistema medieval es el reclamo a un principio difuso entre los comentaristas medievales, y consolidado por el derecho común, según el cual "*contractus quia habent tractum successivum et dependentia de futuro, rebus sic stantibus intelligitur*". Se trata de una equidad *quidem est amirabile quoddam temperamentum*, la *perfecta ratione* que *omnia moderatur*; una *reductio* basada en la *aequalitas* que en *omnes contractus servanda* para corregir toda extrema iniquidad. En verdad, la justificación interpretativa de los *doctores* medievales, que se observa en sus insistentes llamados a la equidad, no debe entenderse aislada, se trata del rasgo esencial del sistema, del *bono et aequo*. Así, las palabras de FRANCESCO MANTICA lo explican: *Bono etiam aequo descendit, ut contractus debeat intelligi rebus in eodem statu manentibus*.

En la reconstrucción que propongo, la interpretación medieval de la cláusula *rebus sic stantibus* (D. 46, 3, 38 pr.; D. 12, 4, 8) provocó luego la confusión en las construcciones dogmáticas modernas, que separaron de su ámbito real el problema contenido en la cláusula, esto es, aquel de la incidencia de la *vis extraria* sobrevenida e irresistible, en la relación obligatoria. Esto se verifica en el hecho de que las justificaciones iniciales de los jusnaturalistas<sup>15</sup> se refieren a la previsión o no del evento, así como a su irresistibilidad<sup>16</sup>, aspectos que atañen la concepción moderna de la imposibilidad y de la mayor onerosidad sobrevinientes.

El periodo de las grandes codificaciones asumió relevancia solamente la incidencia absoluta de los eventos sobrevinientes, en términos de impedimento total objetivo, esto es, de "imposibilidad sobrevenida" (*nachträglichen Unmöglichkeit*)<sup>17</sup>, objetiva, absoluta y causa de extinción de la obligación. De esta manera, las nociones constantes de *vis* y *casus* pasaron a integrar la categoría dogmática de la "imposibilidad", dando así relevancia a sólo uno de los aspectos del problema de la compatibilidad entre eventos y cumplimiento, en general, de la compatibilidad entre contrato y realidad<sup>18</sup>.

Esta limitada relevancia de la "imposibilidad" en el amplio campo de problemas relacionados con el incumplimiento de todo tipo de obligaciones (valga decir, los problemas de la compatibilidad entre contrato y realidad) explica la centralidad de la regla "*culpam praestare-casus a nullo praestantur*" (D. 50, 17, 23) en la tradición

<sup>15</sup> Ver H. GROTIUS. *De iure belli ac pacis*, libri III in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur (Editionis anni 1939 quae Lugduni Batavorum emissa est exemplar photomechanice iteratum): Annotationes novas addiderunt R. FEENSTRA et C. E. PERSENAIRE, adiuvante E. ARPS-DE WILDE, a cura di B. J. A. DE KANTER-VAN HETTINGA TROMP, lib. II, cap. XVI, §§ 22 y ss.

<sup>16</sup> Aspectos ya presentes en D. 19, 2, 15, 2, en donde, entre otras, se encuentra el origen de la noción moderna de "alea normal" del contrato.

<sup>17</sup> F. MOMMSEN. *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, 1853, p. 242.

<sup>18</sup> W. FLUME. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1992, p. 497; M. BESSONE. *Adempimento e rischio contrattuale* (2.<sup>a</sup> reimp.), Milano, Giuffrè, 1998, *passim*; R. CARDILLI. *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 311 y ss.

del derecho romano hasta DOMAT y POTHIER, y la ausencia del concepto de "imposibilidad" en los primeros artículos que codificaron en general el problema de la "responsabilidad contractual"<sup>19</sup>.

No obstante, el concepto de "imposibilidad" asumió especial relevancia dogmática en la ciencia jurídica alemana, en efecto, hasta la primera mitad del siglo XIX había sido el *casus* el concepto tradicional que constituía el límite de la responsabilidad contractual. El significado de evento fortuito con relevancia eximente (*vis-casus a nullo praestantur*) fue sustituido con el de "imposibilidad sobrevenida" que asumió entonces relevancia como causa de excusa; el énfasis se desplazó del juicio sobre la culpa al juicio sobre la "posibilidad" en abstracto del cumplimiento.

Todo esto favoreció ulteriores construcciones dogmáticas acerca de las anomalías no imputables constitutivas, no de imposibilidad absoluta, sino de una *difficultas* económica relevante para los efectos del cumplimiento, una hipótesis, pues, de "inexigibilidad de la obligación" por disconformidad de la expectativa y el interés de una de las partes. Este es el problema contenido en la cláusula *rebus sic*, pero es también el problema de la *vis cui resisti non potest* (SERVIO en D. 19, 2, 15, 2), el problema de la *reductio ad aequitatem*, que hoy encuentra diversos planteamientos (*Geschäftsgrundlage*, *excessiva onerosità*, *imprevisión*, *force majeure*, *hardship*, *bouleversement*, entre otras) pero en el fondo todos tienen que ver con el mismo principio: la moderación de los contratos, su *reductio-remissio* equitativa en caso de desequilibrio, su revisión conforme a buena fe y equidad.

## II. EQUILIBRIO CONTRACTUAL Y REDUCTIO AD AEQUITATEM: MODELOS

### A. Del equilibrio inicial

#### 1. El modelo francés

La codificación francesa de 1804 es el punto de partida de las disposiciones relativas a los remedios para mantener el equilibrio inicial de las prestaciones, y el más relevante instrumento del *Code* es la lesión enorme. Es conocido por todos que la propuesta dogmática de POTHIER sobre la lesión no fue acogida íntegramente en el *Code civil* pues este último no operó una total generalización del instituto, el artículo 1118<sup>20</sup> estableció la regla<sup>21</sup>, y luego en sede de nulidad la concedió en general sólo al menor (arts. 1305 y ss.) y particularmente al coheredero en

<sup>19</sup> Ver en particular R. CARDILLI. *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 311 y ss.

<sup>20</sup> Para K. ZWEIGERT y H. KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*, II, trad. de E. CIGNA, Milano, Giuffrè, 1995, p. 86, esta norma sería el resultado final en la evolución de la *laesio enormis*, pero en nuestra opinión es resultado final en la codificación de 1804, pues la figura continúa en evolución en el interior del sistema romanista.

<sup>21</sup> Artículo 1118, *Code civil*: "la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section".

materia de partición de la herencia (arts. 887 y ss.), y al vendedor en la venta de inmuebles (arts. 1674 y ss.), todos los casos sin un criterio uniforme. En el artículo 1118 el *Code* propuso una regla general, la lesión no vicia la convención sino en ciertos contratos y respecto de determinadas personas, acorde con un prevaleciente principio de seguridad contractual y con la regla áurea de la autonomía de la voluntad<sup>22</sup>, apropiadamente introducida en el *Code* en el capítulo relativo al efecto de las obligaciones. El *Code* introdujo en el artículo 1134<sup>23</sup> el principio que es fiel expresión del primado de la voluntad: "*pacta sunt servanda*", los contratos deben ser respetados pues tienen fuerza de ley para las partes y sólo por mutuo consentimiento o en los casos de ley pueden ser revocados. Es la regla, se trata de la llamada "intangibilidad del contrato" cuya supremacía está sometida a prueba con la presencia del efecto rescisorio, pues no se trata de un principio absoluto.

El código francés mantuvo los elementos originarios del instituto, pero con variaciones notorias. Por ejemplo, la restricción sólo al caso de la venta inmobiliaria, la medida de los 7/12, y una exigencia de verosimilitud o gravedad de los hechos, no corresponden con la Constitución imperial de DIOCLECIANO en el 285 y su interpretación secular; en palabras de CAPRIOLI, una fácil operación de estratigrafía sacaría a la luz cuánto de la disciplina justiniana se renueva en el *Code français*, cuánto de la experiencia medieval allí se representa y cuánto queda excluido<sup>24</sup>. El hecho es que el *Code civil* consideró la lesión como vicio<sup>25</sup>, pero no generalizó la aplicación del instituto; adoptó, en cambio, una concepción restrictiva y puede decirse que opacó la verdadera dimensión de aquel: el estrecho vínculo con el equilibrio de las prestaciones, como lo había resaltado ya la interpretación secular e incluso POTHIER, a la luz de la *aequitas* (*humanum est*), que debe ser comprendida a la medida de cada época. Por otra parte, el *Code* no previó expresamente la figura del dolo incidente. El dolo está regulado en el artículo 1116, pero la amplia redacción del artículo 1382 en materia de responsabilidad extracontractual y el componente del "*délit civil*" reconocido en el dolo contractual han permitido una apertura de la jurisprudencia hacia la relevancia, desde el punto de vista resarcitorio, de las condiciones contractuales desequilibradas a causa de una conducta reprochable de uno de los contratantes. El dato normativo no estuvo exento de crítica, en especial la decisión de considerar la lesión como vicio de la voluntad<sup>26</sup>, y hoy difiere con

<sup>22</sup> Cfr. B. STARCK, H. ROLAND y L. BOYER. *Droit civil. Les obligations*, 2. *Contrat* (sixième édition) París, 1998, pp. 328 y 329.

<sup>23</sup> Artículo 1134, C. c. francés. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.*

<sup>24</sup> S. CAPRIOLI. Voz "*Rescissione*" (storia), cit., p. 960.

<sup>25</sup> El *Code*, al precisar que el remedio constituye la reacción a un vicio del consentimiento que se acerca al dolo, ejemplifica los caracteres de los discursos en torno al derecho y conexos a la transición del individualismo de marca universalista al individualismo de estampa utilitarista, donde el segundo tiene la necesidad de exaltar el componente hedonista del actuar humano: T. GIARO y A. SOMMA. *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, Carocci, 2005, p. 185.

<sup>26</sup> Vide FLOUR, AUBERT y SAVALUX. *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, París, 2004, p. 179; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*, 7.º, París, Dalloz, 1999, p. 284. En Francia, ya antes

la exposición dogmática que ofrece la actual doctrina francesa<sup>27</sup> que explica la figura en materia de objeto del contrato y presenta la lesión como una cuestión de equilibrio de la operación contractual. Se trata de un "*vice objectif*", comprobable mediante la sola desproporción o desequilibrio originario de la operación, es decir, proviene de un desequilibrio económico<sup>28</sup>. Además, en la reglamentación del derecho positivo se encuentra una serie de casos en los que la lesión autoriza la anulación o la rescisión del contrato. Estas soluciones resultan de disposiciones particulares o de una jurisprudencia particular y limitada, entonces cabe preguntarse junto con la doctrina<sup>29</sup>: ¿hay un fundamento lógico común?, ¿una justificación y un régimen general?, si no, ¿no convendría (*lege ferenda*) mejor una disposición de alcance general que confiera a los tribunales, dadas ciertas condiciones, el poder de anular o revisar los contratos lesivos?

Y precisamente debido a la crítica y a la contradicción que hoy presentan las normas sobre lesión en el *Code*, y en general dada la inminencia de la armonización y unificación del derecho<sup>30</sup>, el anteproyecto de reforma al libro III del *Code civil français* (elaborado por la comisión presidida por P. CATALÀ), en la sección de "*validité-objet*" (capítulo II, sección 3 del anteproyecto), plantea una concepción distinta siguiendo la postura de la doctrina y adoptando un nuevo lenguaje, esto es, la referencia a una "*défaut d'équivalence*"<sup>31</sup>, una falta de equilibrio entre las prestaciones convenidas en los contratos conmutativos, un desequilibrio originario que por regla general no hace nulo el contrato salvo que se trate de rescisión por lesión<sup>32</sup>, acorde de alguna manera con la llamada "intangibilidad del contrato" y reconociendo la rescisión por lesión como excepción a tal afirmación; plantea

DEMONTÈS. *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, París, 1924, p. 205, criticó eficazmente la concepción objetiva de la lesión: si la equivalencia económica de las prestaciones es esencial a la formación del contrato, aquella parte de prestación desprovista de equivalente en la prestación de la otra parte, estará desprovista de causa con la consecuencia de la nulidad absoluta de la parte del contrato sin equivalente. Así, para DEMONTÈS el fundamento último de la lesión está, no en la falta de equivalencia de las prestaciones, sino en el abuso, la "*exploitation*" incluso inconsciente, del otro contratante; la lesión no prueba un vicio del consentimiento, sino un atentado a la personalidad jurídica y a los derechos eminentemente a ella conexos. Esta concepción subjetiva fue luego recibida en la doctrina Italiana, a partir de lo cual se llegó al requisito subjetivo del aprovechamiento o explotación.

<sup>27</sup> Fue la influencia de los principios individualistas la que evitó la acogida plena de la lesión en el código, ver por todos: TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 286; FLOUR, AUBERT y SAVAUX. *Les obligations, t. L'acte juridique*, cit., p. 178.

<sup>28</sup> En su desenvolvimiento histórico posterior, la doctrina quedó dividida entre la definición objetiva de la lesión como excesivo desequilibrio entre los dos patrimonios, y la valoración subjetiva que la colocaba junto con los vicios del consentimiento: V. ARANCIO-RUIZ. *La compravendita in diritto romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 1987, p. 148.

<sup>29</sup> J. GHESTIN (dir.). *Traité de droit civil*, París, 1994, pp. 789, 796 y ss.

<sup>30</sup> Para una descripción de las innovaciones propuestas en el anteproyecto, vide B. FAUVARQUE y D. MAZEAUD. "L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription", en *Uniform law review/Revue de droit uniforme*, vol. XII, 2006-1, pp. 106 y ss.

<sup>31</sup> Vide la *Exposé des motifs* del Proyecto de reforma, comentario de J. HUET y R. CABRILLAC a los artículos 1121 a 1123 del anteproyecto.

<sup>32</sup> Artículo 1122-1 anteproyecto Català. *Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans*

además la revisión o supresión de cualquier cláusula que genere en el contrato un *desequilibrio significativo* (*déséquilibre significatif*) sólo en los casos en los que, en atención a la calidad de consumidor<sup>33</sup> de una parte, la ley establezca una disposición particular<sup>33</sup>.

Por lo demás, concluye el anteproyecto la sección con una disposición interesante, la misma concepción de una "*défaut d'équivalence*" pero que se presenta durante la ejecución del contrato, hablamos pues de un *desequilibrio* *sobrevenido*, pero es más un caso de *lesión* que uno de "*imprévision*"<sup>35</sup>, esa materia es remitida en el anteproyecto al capítulo III en sede de "*l'effet des conventions*"<sup>36</sup>.

El anteproyecto de reforma resalta claramente el perfil de la "equivalencia de las prestaciones", retomando una línea ya esbozada por POTHIER y que supone un llamado a la generalización de la *lesión* como instrumento para el "equilibrio contractual", no obstante no se plantea aquí la figura como vicio subjetivo sino como uno objetivo; por lo demás, el uso de las expresiones rescisión y nulidad parece aún referirse al mismo efecto como se lee en el artículo 1122-1 del anteproyecto.

## 2. El modelo alemán

En la experiencia alemana la conducta de mala fe de una de las partes (§138 BGB)<sup>37</sup> justifica la nulidad del respectivo contrato. Si bien en Alemania la doctrina

*un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis le cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion.*

<sup>33</sup> Ciertamente el "equilibrio contractual" y los instrumentos para su efectividad, tienden hoy cada vez más a conectarse con el derecho de los consumidores, en especial con la protección a estos, argumento que merece un estudio separado.

<sup>34</sup> Artículo 1122-2 anteproyecto Català. *Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée.*

<sup>35</sup> Cfr. TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 283.

<sup>36</sup> Artículo 1123 anteproyecto Català. *Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif, qui survient au cours de l'exécution du contrat, relève des dispositions figurant au chapitre 3 du présent titre, relatif à l'effet des conventions.* La remisión es al capítulo siguiente, donde se incluye la renegociación o la modificación de los contratos de ejecución sucesiva cuando por efecto de las circunstancias se perturbe el equilibrio inicial de las prestaciones: artículo 1135-1 anteproyecto Català. *Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.* Resulta interesante observar el problema de la "imprevisión", en términos de onerosidad excesiva, a la luz de la equivalencia de las prestaciones, esto es, de equilibrio contractual, un *desequilibrio* *sobrevenido* generado por aquellas circunstancias y que igualmente permite corregir la iniquidad mediante la renegociación o la revisión del contrato. No es absurdo pensar hoy que los dos institutos (*lesión* e *imprevisión*) se erigen instrumentos centrales para el equilibrio contractual, no obstante su distinto origen; cfr. J. F. CHAMIE. "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 121 y ss.; ID. "Rescisión por *lesión* enorme: el problema del origen", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 19, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 5 y ss.

<sup>37</sup> § 138 BGB alemán. Negocio contrario a las buenas costumbres; usura.

de la lesión sobrevivió durante el derecho común, y fue tenida en cuenta por el iusnaturalismo de PUFENDORF<sup>38</sup>, fue en cambio rechazada por THOMASIIUS, y si bien en el siglo XIX todavía WINDSCHEID<sup>39</sup> la tuvo en cuenta, el legislador del BGB excluyó toda previsión específica considerándola en oposición con el principio de la libertad contractual pues una desproporción evidente produce la nulidad del contrato siempre que una parte se haya aprovechado de una de aquellas especiales circunstancias<sup>40</sup>: estado de necesidad (*Notlage*), o de ligereza (*Leichtsinn*), o de inexperiencia (*Unerfahrenheit*), o falta de discernimiento (*Urteilsvermögen*). Pueden ser consideradas circunstancias ulteriores que de todos modos sean contrarias a las buenas costumbres (*guten Sitten*) ex § 138. 1. Este párrafo se refiere, pues, a la vulneración de las buenas costumbres. La libertad de configuración interna, decía LARENZ, termina allí donde el concierto contractual, bien por su contenido exclusivamente, o por su contenido junto a las intenciones y motivos, al menos de una de las partes, choca contra las buenas costumbres<sup>41</sup> que se constituyen en límite a esa libertad de configuración interna, es decir, en límite a la libertad contractual; un límite establecido por una moral social jurídicamente reconocida.

Entonces, aquí el contrato es contrario a las buenas costumbres en relación con la intención de una de las partes cuando ésta explote la especial situación de la otra estableciéndole condiciones injustas. En esta concepción no quedó obviamente lugar para una oferta de modificación o *reductio ad aequitatem*<sup>42</sup>. En efecto, el §138 dio prevalencia sólo al aspecto subjetivo de la lesión que se explica en el aprovechamiento o explotación, por ello el instituto tendría alguna presencia aquí. Además, resulta importante señalar junto con SCHIAVONE<sup>43</sup> que el segundo inciso del §138 permite considerar jurídicamente relevante una desproporción no

(1) Un negocio jurídico que viole las buenas costumbres, es nulo.

(2) Es nulo en particular un negocio jurídico mediante el cual alguno, aprovechándose del estado de constricción, la inexperiencia, la falta de discernimiento o la relevante debilidad de la voluntad de otro, se deja prometer o deja prometer a un tercero ventajas patrimoniales para una prestación, que se colocan en evidente desproporción respecto de la prestación.

<sup>38</sup> *De iure Naturae et Gentium Libri octo*, Amsterdam, Apud Andream ab Hoogenhuysen, 1688, lib. V, cap. III, cit., p. 17. En inglés *Of the law of nature and Nations, Eight books*, trad. de BASIL KENNETT, Oxford, Lichfield, 1703.

<sup>39</sup> *Diritto delle Pandette*, trad. de FADA y BENSÀ, Torino, Unione tipografico editrice, 1904, pp. 131 y ss.

<sup>40</sup> K. ZWEIGERT y H. KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*, II, trad. de E. CIGNA, Milano, Giuffrè, 1995, p. 87.

<sup>41</sup> LARENZ. *Derecho de obligaciones*, trad. española y notas de JAIME SANTOS, tomo I, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1959, p. 75; cfr. también C. BECKER. *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1993, pp. 180 y ss., y literatura allí citada.

<sup>42</sup> En la reforma al Código Civil argentino en 1968, el artículo 954, que incluyó a su manera la figura de la lesión, se observa un criterio influido por el § 138 del BGB, la explotación que implica nulidad, pero con una adición, la posibilidad de modificar el contrato y corregir la desproporción; ya antes en el C. C. mexicano de 1928 (art. 17) se observa la misma influencia. Una operación similar se encuentra en el C. C. portugués de 1966 en materia de objeto del negocio, sancionando la explotación injusta con la anulabilidad pero concediendo la posibilidad de modificación conforme a equidad (arts. 282.1.1 y 283.1.1).

<sup>43</sup> *Approfitamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 136.



macroscópica —entiéndase, *infra dimidium*— considerando como base del supuesto legal el aprovechamiento de las condiciones personales del contratante lesionado. Así las cosas, el BGB no acogió formalmente el instituto de la lesión pero introdujo un supuesto de hecho legal que revela la verdadera fisonomía de ella al sancionar al contratante que obtiene una ventaja desproporcionada aprovechándose de las condiciones personales del otro, es decir, la razón de ser del instituto estaría en la tutela de la libertad contractual. Esto permite observar cómo dentro de las distintas experiencias jurídicas formadas entre los siglos XVIII y XIX se puede individualizar un aspecto común: que el problema de la lesión no se afrontó desde el punto de vista del equilibrio económico entendido como aspecto objetivo del acto de intercambio, sino más bien desde el punto de vista de un correcto desarrollo de la fase de formación del contrato. Esto permite también observar la diferencia fundamental en materia de lesión entre los códigos con influencia iusnaturalista y los códigos de matriz pandectista: los primeros acentúan la posición del contratante lesionado, cuyo consentimiento parece no ser completamente libre; los segundos, acentúan la posición del contratante beneficiado con la ventaja excesiva, cuyo comportamiento se considera abusivo, y, por ende, reprochable.

### 3. *El modelo italiano*

En la experiencia italiana sobresale la disposición del artículo 1447 del *código* vigente. Allí se protegió la situación de una parte que aceptó condiciones contractuales inicuas impuestas por la contraparte cuando la primera fue inducida a celebrar el contrato por la necesidad o la urgencia ajenas a la segunda, y al final ello hizo que aceptara unas condiciones distintas de aquellas a las cuales habría llegado en situaciones normales<sup>44</sup>. Aquí la determinación de la contraprestación se hizo en modo anómalo bajo la influencia de causas perturbadoras; la libertad de determinación del valor de la prestación resultó menoscabada en cuanto la apremiante necesidad constriñe a la parte a valorar en modo desproporcionado las prestaciones contractuales; esto justifica la intervención correctiva<sup>45</sup>. El criterio no es objetivo, puesto que el remedio no se basa exclusivamente en el contenido "inicuo", sino también en los intereses del sujeto lesionado, cuya gravedad justifica la mayor amplitud del parámetro de valoración, en este caso, "condiciones inicuas". En la hipótesis del artículo 1447 se exige para la rescisión que la necesidad de evitar —motivo determinante del consentimiento— el peligro haya llevado a la parte a contratar y a aceptar una prestación inicu; tal peligro real o aparente puede provenir bien sea de la naturaleza o de un hecho humano<sup>46</sup>, con la exigencia

<sup>44</sup> B. CARPINO. *La rescissione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3.

<sup>45</sup> Cfr. M. BESSONE (a cargo de). *Istituzioni di diritto privato*, 6.ª, Torino, 2000, p. 762.

<sup>46</sup> C. M. BIANCA. *Il contratto*, 3, Milano, Giuffrè, pp. 682 y 685, observa que el código prevé el estado de peligro o necesidad en materia de responsabilidad extracontractual, en relación con el comportamiento dañoso del sujeto para evitar un daño grave a la persona (art. 2045

de que la contraparte tenga conocimiento de tal menoscabo a la libertad contractual<sup>47</sup>. De esta manera, resulta evidente la relevancia para el artículo 1447 de cualquier forma de desequilibrio *infra dimidium*; esto depende del hecho de que en la figura está en juego el derecho a la vida y la integridad física del contratante<sup>48</sup>. Un antecedente histórico de la norma se encuentra en el artículo 7.º de la ley n.º 938 de 1925, sobre asistencia y salvamento marítimos<sup>49</sup>.

En la visión del código italiano, la rescisión por lesión del artículo 1448 presenta una fisonomía tan peculiar que la lleva a constituirse en un *unicum* respecto de los principales sistemas jurídicos modernos, lo cual constituye una importante innovación respecto del código francés de 1804 y el italiano de 1865. Esto es, la rescisión como remedio de carácter general, aplicable a todos los contratos<sup>50</sup>, que tiene como elementos característicos: el estado de necesidad de una parte, el aprovechamiento de dicho estado de la otra y la lesión *ultra dimidium*. Entre estos elementos no existe ninguna relación de subordinación u orden alguno de prioridad, por lo cual, demostrada la ausencia de alguno de ellos, resulta superfluo indagar sobre la existencia de los otros y la rescisión debe ser rechazada<sup>51</sup>.

En el *codice*, de un lado, se mantuvo el límite cuantitativo de la desproporción, como quedó previsto en el Código Napoleón; del otro, se introdujo el requisito del "aprovechamiento" de la parte afectada tal como estaba previsto en el BGB. No obstante, a diferencia del código alemán, no se hace explícito cuáles situaciones subjetivas del contratante lesionado son relevantes, sino que se indican de manera sintética en el concepto elástico de "estado de necesidad".

El supuesto de hecho del artículo 1448 del *codice* parece haberse tomado de la fórmula del artículo 644 del código penal, que indica los elementos constitutivos del delito de usura (aprovechamiento del estado de necesidad) que se convierten acá en elementos del supuesto de hecho del derecho privado, aunque se agrega,

c. c. it.), en el caso del art.1447 la diferencia con el 2045 radica en que en el primero no se compara el interés en la salvación del autor del hecho dañoso y el interés sacrificado por el comportamiento necesario, además, para el código penal artículo 54, el estado de necesidad excluye la punibilidad; cfr. B. INZITARI. Voz "Necessità" (stato di) (dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, xxvii, Milano, 1977, p. 861.

<sup>47</sup> Con esto, según B. INZITARI. Voz "Necessità" (stato di) (dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 861, se lleva a la relevancia de la situación de necesidad dentro de los confines de una estrecha compatibilidad con las consecuencias propias de la dinámica contractual.

<sup>48</sup> G. SCHIAVONE. *Approfittamento e lesione infra dimidium*, cit., p. 36.

<sup>49</sup> "Toda convención de asistencia o salvamento estipulada al momento o bajo la influencia del peligro, puede, a solicitud de una de las partes, ser anulada o modificada por la autoridad judicial si ésta reputa que las condiciones convenidas no sean equitativas en todos los casos, a no ser que se pruebe que la retribución de una de las partes fue viciada por dolo o reticencia, o bien que la retribución sea, en un sentido u otro, en gran medida desproporcionada respecto del servicio prestado, la convención puede ser anulada o modificada por el juez, a petición de la parte interesada."

<sup>50</sup> Vide G. SCHIAVONE. *Approfittamento e lesione infra dimidium*, cit., p. 5.

<sup>51</sup> C. M. BIANCA. *Il contratto*, 3, cit., p. 685, n. 17, siguiendo aquí a la jurisprudencia (Cass. 5 sett. 1991, n. 9374).

como elemento ulterior, la desproporción calificada como lesión<sup>52</sup>. Para la doctrina es elemento de directa proveniencia penal puesto que la referencia a una particular condición del ofendido resulta ser, más que otros elementos, una constante de las diversas medidas represivas de la usura empleadas a lo largo del tiempo<sup>53</sup>. Antes de la entrada en vigor del código de 1942, el artículo 644 c. p. no tenía un referente preciso en el derecho civil y la doctrina del momento vio en el contrato usurario un contrato con causa ilícita, puesto que era contrario a una norma penal y por ende nulo. En este contexto, con la llegada del código, y con él de una nueva disciplina de la rescisión por lesión, la jurisprudencia interpretó la disposición penal en modo tal de no considerar usuraria –y por tanto no punible– una prestación que no presentara la misma desproporción relevante en materia civil, esto es, la *ultra dimidium*, pero se llegó aún más lejos, reconociendo la usura sólo en caso de desproporción anormal, mucho más grave que la prevista en la normativa sobre rescisión<sup>54</sup>. No obstante, resulta importante señalar que la nueva disposición del artículo 644 *bis* del código penal italiano (abrogado por el artículo 1 de la ley 108/1996) no habla ya de “estado de necesidad”, como sí lo hace aún el artículo 1448 del código civil, sino de “condiciones de dificultad económica o financiera”. Esto lleva en doctrina al menos a estas dos consideraciones: 1. En cuanto al requisito del “estado de necesidad”, el nuevo elemento subjetivo representa un *quid minus*, y estaría en relación de especie-género, asignando a la locución “condiciones de dificultad económica o financiera” el significado estrecho de “carencia o de bienes o de liquidez”; en cambio, el requisito del “estado de necesidad” se refiere también a todas aquellas condiciones de penuria que hacen surgir la necesidad de un contrato cualquiera, una necesidad que atiende a la salud, el prestigio, la personalidad en general y no necesariamente exigencias económicas o financieras; 2. O bien se acepta que el concepto normativo de “estado de necesidad” no comprende todas las hipótesis de “dificultad económica o financiera” excluyendo aquellas en las

<sup>52</sup> G. MIRABELLI. Voz “Rescissione”, en *Novissimo Digesto italiano*, xv, p. 580.

<sup>53</sup> Vide G. SCHIAVONE. *Approfitamento e lesione infra dimidium*, cit., pp. 20 y ss.

<sup>54</sup> Para un análisis más detallado de la relación entre usura y rescisión, vide G. E. NAPOLI. “Usura reale e rescissione per lesione”, en *Rivista di Diritto civile*, 1, 2004, pp. 409 y ss., quien señala también que al confrontar el artículo 1448, resulta evidente a primera vista que el supuesto de la ley contra la usura (art. 1.º ley n.º 108/1996) prevé menor carga probatoria respecto de la acción general de rescisión y el viejo texto del artículo 644 c. p. Aceptando que el requisito del “aprovechamiento” previsto ahora sólo por el artículo 1448 (y ya no de manera explícita por el nuevo 644 c. penal it.) está ínsito en el conocimiento (necesario para la sanción penal) de las condiciones que califican el supuesto de la usura, y por ende del carácter usurario de la ventaja obtenida en relación con las condiciones de dificultad económica de la víctima, e imaginando que las condiciones de dificultad económica o financiera del afectado equivalgan a lo que la disposición sobre rescisión llama “estado de necesidad”, en todo caso el contrato usurario cuya lesión no exceda la mitad del valor (requisito imprescindible para la procedencia de la acción de rescisión) no podría atacarse con la acción prevista en tutela del sujeto lesionado conforme al artículo 1448; esto llevaría a dar paso primero a la sanción penal antes que a la civil, contradiciendo el principio del derecho penal como *ultima ratio*.

que esta última situación de inestabilidad económica no llegue al punto tal de constituir una efectiva "necesidad"<sup>55</sup>.

La lesión, entonces, parece resultar de la desproporción *ultra dimidium*<sup>56</sup> —desproporción que debe existir al momento de presentación de la demanda— en relación con el valor de las prestaciones, pero la parte debía encontrarse en estado de necesidad y el contrato ser instrumento para la satisfacción de esa necesidad, por lo cual acepta las condiciones inicuas fruto del aprovechamiento consciente de su contraparte de tal situación de inferioridad (*rectius*: debilidad)<sup>57</sup>.

Los rígidos términos cuantitativos de la desproporción *ultra dimidium* han sido objeto de crítica. En efecto, una vez incluidos el aprovechamiento y el estado de necesidad dentro de los presupuestos del contrato rescindible, la justificación del elemento de la *ultra dimidium* no parece coincidir más con la función que tuvo en el pasado, esto es, cuando la medida, en ausencia de parámetros distintos que delimitasen el supuesto de hecho, fungía como criterio presuntivo para la relevancia del desequilibrio<sup>58</sup>. La razón de mantener el requisito, incluso en la nueva estructura del instituto, se encuentran en la exigencia de salvaguardar la permanencia jurídica de las relaciones de intercambio y no establecer una relación de dependencia entre la aplicabilidad del remedio y un juicio que se basa exclusivamente sobre valoraciones de circunstancias de carácter subjetivo<sup>59</sup>. Por otra parte, algunos han dudado de la constitucionalidad de la norma. En particular, se ha dicho que el límite de la *ultra dimidium* sería demasiado alto además de contrastante con el principio de solidaridad, y no podría justificarse con el hecho de la dificultad para determinar con precisión el valor objetivo de la prestación, puesto que tal incerteza, si existe, permanecería en todo caso, sea que se entienda vigente el límite de la mitad, sea que se lo entienda modificado por el principio de solidaridad<sup>60</sup>. En este sentido, en su conjunto normativo el capítulo XIII del *codice* presenta un cuadro dotado de coherencia, y en su ámbito el remedio rescisorio debería concederse no solo cuando la desproporción sea de una determinada entidad, sino también, sin ningún límite prefijado, cuando se comprometa gravemente la personalidad jurídica del contratante lesionado.

<sup>55</sup> Vide G. E. NAPOLI. *Usura reale e rescissione per lesione*, cit., p. 435.

<sup>56</sup> Excepcionalmente de una lesión *ultra quartum* hablaba el artículo 19 del decreto ley n.º 222 del 12 de abril de 1945, que reconocía a los ciudadanos italianos de raza hebrea la acción de rescisión por lesión en más de un cuarto del valor, y con un término de prescripción más amplio, en relación con las ventas celebradas bajo la presión de las conocidas leyes raciales de 1938 y 1939.

<sup>57</sup> M. BESSONE (a cargo de). *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 763.

<sup>58</sup> En especial, R. LANZILLO. "Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale", en *Contratto e Impresa*, 1985, p. 333; U. GRASSI. "Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche", en *Rivista di Diritto privato*, 1998, p. 249.

<sup>59</sup> G. SCHIAVONE. *Approfitamento e lesione infra dimidium*, cit., p. 15 y en especial nota 33.

<sup>60</sup> L. CORSARO. *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979, pp. 73 y ss.; A. DEL FANTE. "Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà", en *Rassegna di Diritto civile*, 1983, p. 155.

El *codice* excluye la rescisión por lesión en los contratos aleatorios. La razón de dicha exclusión reside en el hecho de que se consideran inverificables los valores de los sacrificios asumidos por los contratantes; no obstante, puede verificarse una lesión cuando el valor de la prestación deducida en el contrato aleatorio, multiplicada por el coeficiente del riesgo, sea superior o inferior al valor de la contraprestación<sup>61</sup>. Se debería excluir la aplicación del remedio no en todos los casos sino sólo cuando el coeficiente de riesgo no pueda ser objetivamente verificable, o cuando la lesión, inexistente *ab origine*, se verifique *ex post* por el solo efecto del alea<sup>62</sup>.

Los dos supuestos que el *codice* considera en los artículos 1447 y 1448 agotan la materia rescisoria. Se resalta así un perfil subjetivo que en el caso del estado de peligro es absoluto, y en el caso del estado de necesidad del artículo 1448 depende de la medida objetiva. Sin embargo, el elemento originario de la *reductio ad aequitatem*, empleado acá en términos dogmáticos como "oferta de reequilibrio" cuya naturaleza jurídica es la de acto sustancial<sup>63</sup>, es plenamente acogido por el código y concedido al demandado –en cualquiera de los dos casos– conforme al artículo 1450<sup>64</sup> que incluye una notoria modificación respecto del código abrogado, el cual concedía al comprador la elección entre la rescisión o el suplemento del precio fijado por el juez (art. 1534 c. c. it. de 1865); el artículo 1450 impone al demandado la carga de ofrecer la modificación suficiente para conducir el contrato a equidad, colocando así el acento en la autonomía privada, todavía bajo el control judicial<sup>65</sup> pues debe el juez valorar si la modificación ofrecida es suficiente para restablecer la equidad del contrato<sup>66</sup>. La disposición del artículo 1447 refleja una situación con mayor carga de reproche social respecto de la disposición del artículo 1448. En efecto, el sujeto activo en la primera obtiene un contrato con condiciones inicuas debido a la necesidad que una parte tiene de salvarse a sí mismo o a otros (en el artículo 1448, por el contrario, el estado de necesidad que lleva al contrato inicuo debe ser propio del sujeto pasivo y no puede ser de otros) de un peligro actual de daño grave a la persona, mientras que la segunda se refiere a la inequidad contractual causada por un genérico estado de necesidad del contratante. De esto resulta evidente que la fórmula general "estado de necesidad" es menos grave que "el peligro actual de un daño grave a la persona": este último tiene que ver con el interés en la vida o la integridad personal, casi podría afirmarse que en el artículo 1448 es siempre la falta de dinero la que conduce al contrato inicuo. De esto se

<sup>61</sup> G. SCHIAVONE. *Approfittamento e lesione infra dimidium*, cit., p. 6.

<sup>62</sup> Así R. SACCO. "La costrizione", en R. SACCO y G. DE NOVA. *Il contratto*, 1, Torino, 2004, p. 605.

<sup>63</sup> Cfr. F. PANUCCIO DATTOLA. *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 89 y ss.; para R. SACCO. *Il contratto*, II, Milano, p. 562, la oferta de modificación es una propuesta no sujeta a aceptación.

<sup>64</sup> Artículo 1450, c. c. italiano de 1942: Oferta de modificación del contrato. *El contratante en contra del cual se demanda la rescisión puede evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para conducirlo a la equidad.*

<sup>65</sup> F. PANUCCIO DATTOLA. *L'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 4.

<sup>66</sup> M. BESSONE (a cargo de). *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 764.

observa también que es más reprochable la conducta del sujeto activo que se lucra del peligro que aquella de quien se lucra de la genérica necesidad.

Ahora bien: puede pensarse que lo previsto por el legislador en cuanto a los fines de la rescisión no tiene un valor axiomático respecto de formas de aprovechamiento distintas y de desequilibrios menos evidentes, pero, no obstante ello, excluyendo el remedio rescisorio, un contrato de todas maneras desequilibrado como consecuencia de un aprovechamiento del estado de debilidad sería sancionado, en el plano resarcitorio, conforme al artículo 1337.

#### 4. El modelo de la unificación del derecho de contratos (Unidroit, PECL, DCFR)

No es el caso acá detenernos en la manera como se ha llegado hoy en Europa a la tendencia hacia una armonización del derecho contractual. Aquello que debe observarse acá es cómo en los textos que son expresión de esa tendencia (Principios Unidroit, Proyecto Lando, Proyecto de Pavía y Proyecto de Marco Común de Referencia [DCFR, por sus siglas en inglés]) se conservan los perfiles de la lesión en su más acabado planteamiento. Esto resulta importante si se tiene en cuenta que tales textos de unificación del derecho contractual representan un cuerpo compacto de doctrina y pautas con un modo de afrontar los problemas de la contratación internacional con criterios acordes con la mentalidad de hoy, y que busca disciplinar el sector contractual en su conjunto, además de que, si bien estos textos nacen en un ámbito en prevalencia europeo, están abiertos a la recepción también en áreas distintas, comenzando por aquella latinoamericana<sup>67</sup>. Veamos brevemente cuanto de *traditio* acerca de la lesión está presente.

Los principios de Unidroit incluyen la lesión en términos de un "excesivo desequilibrio" entre las prestaciones "*gross disparity*" (art. 3.10), que es tratado en materia de validez del contrato junto con el error, el dolo y la violencia; el "excesivo desequilibrio" hace anulable el contrato o una de sus cláusulas si al momento de la conclusión atribuían una excesiva e injustificada ventaja<sup>68</sup> a la contraparte (art. 3.10 [1])<sup>69</sup>, teniendo en cuenta que una parte haya obtenido la injusta ventaja del estado de dependencia, dificultad económica o necesidad inmediata, impericia, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad para negociar de la otra (art. 3.10 (1) [a])<sup>70</sup>, habida cuenta también de la naturaleza y la finalidad del contrato (art.

<sup>67</sup> Cfr. P. RESCIGNO. "L'unificazione del diritto in materia di contratti nel sistema giuridico romanistico", en *Roma e America*, 7, 1999, p. 170.

<sup>68</sup> Acerca del punto se lee en el comentario a los *Principles*: "This provision permits a party to avoid a contract in cases where there is a gross disparity between the obligations of the parties, which gives one party an unjustifiably excessive advantage".

<sup>69</sup> "(1) Una parte puede anular el contrato o una singular cláusula si, al momento de su conclusión, el contrato o la cláusula atribuían injustificadamente a la otra parte una ventaja excesiva. Se deben considerar, entre otros factores [...]"

<sup>70</sup> "[...] (a) el hecho de que la otra parte haya obtenido injusta ventaja del estado de dependencia, de dificultades económicas o de necesidad inmediata de la primera parte, así como de su impericia, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad para negociar, y [...]"

3.10 (1) [b])<sup>71</sup>; por lo demás, los Principios consagran la adaptación del contrato; el juez, a petición tanto de la parte que tiene derecho a la anulación, como de aquella demandada, puede llevar el contrato o sus cláusulas al equilibrio, y adaptarlo conforme a los criterios ordinarios de corrección en el comercio (art. 3.10 (2) y [3])<sup>72</sup>. Los Principios no emplean ya la expresión "rescisión" sino la de "anulabilidad", y plantean el desequilibrio excesivo a partir del aprovechamiento de una de aquellas especiales circunstancias; se trata todavía de un desequilibrio originario, producido al momento de la celebración del contrato<sup>73</sup> y que puede ser corregido por el juez a petición de cualquiera de las partes. Se resalta que el perfil del equilibrio contractual es planteado acá en términos de "desequilibrio excesivo", debido a un elemento ya adoptado por la jurisprudencia, la doctrina y el código italiano, el aprovechamiento u explotación de la especial situación que compele a una parte a contratar aceptando las condiciones inicuas. La excesiva ventaja se refleja entonces en una considerable disparidad en el valor o precio, un desequilibrio que en las circunstancias del caso es tan grande que escandaliza la conciencia de una persona razonable<sup>74</sup>.

El Proyecto Lando hace lo propio en materia de invalidez, siguiendo un perfil que destaca una injusta ventaja lograda siempre mediante la explotación de una particular situación de la contraparte, todo lo que genera un desequilibrio de las prestaciones y hace anulable el contrato (art. 4: 109)<sup>75</sup>; al igual que los Principios Unidroit, la comisión Lando, luego de referirse a los vicios del consentimiento, trata del "excesivo beneficio o ventaja injusta" (*excessive benefit or unfair advantage*), se requieren nuevamente los mismos requisitos: la especial situación en que se encuentra una parte (art. 4: 109 [a]), el conocimiento de tal situación y el injusto aprovechamiento que la contraparte obtiene de ella, nuevamente en atención a las circunstancias y a la finalidad del contrato (art. 4: 109 [b])<sup>76</sup>; por lo demás, se concede también la facultad al juez de modificar el contrato a solicitud tanto del demandante como del demandado.

<sup>71</sup> "[...] (b) la naturaleza y la finalidad del contrato."

<sup>72</sup> "(2) Bajo solicitud de la parte que tiene derecho a la anulación el juez puede adaptar el contrato o sus cláusulas en modo de llevarlo conforme a los criterios ordinarios de corrección en el comercio.

(3) El juez puede adaptar el contrato o sus cláusulas a petición de la contraparte a la cual haya sido enviado aviso de anulación, siempre que tal parte le informe prontamente a la otra después de haber recibido el aviso y antes que esta última haya actuado."

<sup>73</sup> Pues el desequilibrio sobrevenido se trata con las reglas del "*hardship*" en el capítulo 6, sección 2 de los *Principles*.

<sup>74</sup> *Vide* el comentario de los *Principles* al artículo 3.10.

<sup>75</sup> "(1) Una parte puede anular el contrato si, al momento de la conclusión del mismo: (a) fuese en situación de dependencia o tuviese una relación de confianza con la otra parte, se encontrase en situación de necesidad económica o tuviese necesidades urgentes, fuese afectado de prodigalidad, ignorante, falto de experiencia o de la habilidad necesaria para contratar, y [...]."

<sup>76</sup> "[...] (b) la otra parte estaba o debía haber estado en conocimiento de esto y, dadas las circunstancias y la finalidad del contrato, ha obtenido de la situación de la primera una ventaja injusta o beneficio injusto."

El Proyecto de la Academia de Pavía se mueve desde un plano distinto. En la materia del contenido del contrato, enuncia los que denomina "requisitos del contenido" (art. 25)<sup>77</sup>: que sea útil, posible, lícito, determinado o determinable —no es el caso aquí entrar a revisar la problemática entre prestación, objeto del contrato, contenido, programa contractual—, el contenido del contrato, en lenguaje del Proyecto, es lícito cuando no sea contrario a las normas imperativas, al orden público o las buenas costumbres (art. 30.1)<sup>78</sup>, de tal manera que si una parte abusa del estado de peligro, necesidad, incapacidad para comprender, inexperiencia, sujeción económica o moral de la contraparte, para obtener ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas, el contrato es rescindible (art. 30.3)<sup>79</sup>, de modo que el Proyecto observa en la rescisión un mecanismo para purgar el contenido ilícito y abusivo. Más adelante, en la sección relativa a los "remedios", el Proyecto regula los aspectos procesales del artículo 30.3, en la que llama "rescisión por lesión" (art. 156), la excluye de los contratos aleatorios y de aquellos en que media un valor de afección (art. 156.5)<sup>80</sup>, para concluir concediendo la reducción a la equidad por acuerdo entre las partes o, a instancia de una de ellas, por una decisión del juez (art. 156.6)<sup>81</sup>.

Los Principios de Unidroit y el Proyecto Lando siguen la misma línea, es el perfil que desde la invalidez del contrato sanciona el injusto aprovechamiento y que pone de relieve los motivos que se encuentran detrás de una contratación lesiva en la que se atenta contra el equilibrio contractual. El Proyecto de Pavía, en cambio, observa la rescisión desde el plano de la ineficacia, y el problema del aprovechamiento resulta como una ilicitud del contenido del contrato en términos de la ventaja patrimonial manifiestamente desproporcionada, lo que en lenguaje de este proyecto resulta contrario a las buenas costumbres<sup>82</sup>; sin embargo, se

<sup>77</sup> "El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito, determinado o determinable."

<sup>78</sup> "1. El contenido del contrato es lícito cuando no está en contraste con las normas imperativas del presente código o de disposiciones comunitarias o nacionales, con el orden público o con las buenas costumbres."

<sup>79</sup> "Es rescindible, como está previsto en el artículo 156, el contrato con el cual una parte, abusando del estado de peligro, de necesidad, de incapacidad para comprender o actuar, de inexperiencia, de sujeción económica o moral de la contraparte, hace prometer o dar a si o a terceros una prestación, u otras ventajas patrimoniales, manifiestamente desproporcionadas respecto de la contraprestación por ella dada o prometida."

<sup>80</sup> "5. La intención o de todos modos el conocimiento de una parte del abuso de la situación de inferioridad o de inexperiencia de la contraparte pueden resultar de las circunstancias; pero deben de todas maneras excluirse en los contratos aleatorios y siempre que la parte misma haya manifestado la voluntad de pagar un precio elevado por motivo de su particular afecto por el objeto del contrato, o si de las relaciones entre las partes se pueda deducir que ellas han querido celebrar un contrato mixto, a título sea oneroso que gratuito."

<sup>81</sup> "6. El contrato rescindible no está sujeto a convalidación, pero la rescisión no tiene lugar si el contenido de aquél se conduce a la equidad mediante el acuerdo de las partes mismas o, bajo instancia de una de ellas, por una decisión del juez."

<sup>82</sup> Lo que está a la base del planteamiento de Pavía en términos de contenido ilícito, donde la diferencia por ejemplo con el texto de Unidroit es evidente, en éste último la cuestión se ve en plano de invalidez, de donde los Principios excluyen la invalidez debida a la contradicción con la ley o a las buenas costumbres: artículo 3. 1: "Estos Principios no



acude todavía al uso de la categoría de rescisión, y no se trata el problema a la luz de la anulabilidad –como en los otros dos proyectos–, a la que la comisión de Pavía reserva los casos de incapacidad y vicios del consentimiento. Por lo demás, el criterio incluido por Unidroit y Lando para determinar la manifiesta desproporción es el hecho de considerar las circunstancias del caso, la naturaleza y la finalidad del contrato, de lo cual surgen llamativas reflexiones que superan esta sede y por ahora dejamos para otra ocasión. Finalmente, en cuanto a la posibilidad de equilibrar el contrato, permanece siempre la facultad para las partes o el juez a solicitud de una de ellas.

Si bien los Principios de Unidroit y el Proyecto Lando regulan la materia en relación con la invalidez y el Proyecto de Pavía la trata en relación con el contenido del contrato, los tres textos incluyen un aspecto similar en cuanto a la determinación o determinabilidad del contenido, lo que se traduce en la determinación del valor de la prestación, es decir, del precio en últimas; destaco las normas pues resulta interesante observar cómo desde el punto de vista de un precio determinado inicuamente los textos plantean una corrección para evitar un precio irrazonable. Para los Principios de Unidroit, si una parte tiene el deber de establecer el precio y la determinación que hace es manifiestamente irrazonable, deberá pues ser sustituido por un precio "razonable" (art. 5.1.7 [2])<sup>83</sup>; de determinación manifiestamente incura del precio habla el proyecto Lando (art. 6: 105)<sup>84</sup>, cuando la determinación que hace una de las partes resulta "*grossly unreasonable*", debe sustituirse entonces por un precio equitativo o razonable.

Ciertamente, parece quedar bien poco de *traditio* en los textos mencionados respecto del instituto de la lesión; la medida *ultra dimidium* queda excluida, los estados de necesidad o peligro son condensados en una sola hipótesis, y el perfil resaltado es el de un excesivo desequilibrio, quedando la *reductio ad aequitatem* –aunque con variaciones–, como aspecto originario concreto de la *lex secunda*. No obstante, el estado de cosas que presentan estos trabajos constituye en mi sentir el más reciente planteamiento del instituto de la lesión, la forma que ha asumido dentro del sistema en función de su resistencia, en últimas, los perfiles que ha sacado a la luz en su evolución: (1) las razones, los motivos o causas que inducen a una parte a aceptar obligarse en términos lesivos; (2) el abuso o explotación que de tales razones, motivos o causas hace la contraparte para obtener una ventaja excesiva respecto de la contraprestación provocando así un desequilibrio al momento de

se aplican a la invalidez debida a falta de capacidad, contrariedad a la ley o a las buenas costumbres".

<sup>83</sup> "(2) Si el precio debe ser establecido por una de las partes y la determinación efectuada por ésta resulta manifiestamente irrazonable, tal precio debe ser sustituido con un precio razonable, sin tener cuenta de alguna eventual cláusula contraria."

<sup>84</sup> "Cuando el precio u otra cláusula del contrato debe ser determinada por una parte y la determinación de la parte es manifiestamente irrazonable, no obstante cualquier previsión del contrato, será adoptado en sustitución un precio equo o una cláusula alternativa."

la celebración del contrato y (3) la posibilidad de rescindir o anular el contrato, o de evitar ello adecuándolo a la equidad, es decir, al equilibrio.

Veamos ahora los instrumentos que proponen las reglas modelo del Proyecto Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, en adelante el *Draft*) de la Unión Europea. Antes unas breves indicaciones sobre este proyecto.

El *Draft* contiene principios, definiciones y reglas modelo. La noción de definición es razonablemente clara; las nociones de principios y reglas modelo, en cambio, requieren explicación. En cuanto al significado de "principios", frente a la amplitud de la noción y sus interpretaciones, el *Draft* explica que en el contexto presente se usa como sinónimo de reglas (*rules*) que no tienen fuerza de ley. Así es como parece emplearse la expresión en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) [art. 1:101(1)], que entiende aplicarlos como reglas generales del derecho contractual en la Unión Europea. Un uso similar parece darse en los Principios de Unidroit (Preámbulo [Propósito de los Principios] párrafo [1]) que los indica como base de las reglas generales para los contratos del comercio internacional. En este sentido se puede afirmar que el *Draft* contiene entonces principios y definiciones. El *Draft* es esencial a la misma naturaleza de aquellos otros instrumentos en relación con los cuales la expresión "principios" se ha hecho familiar. Alternativamente, siempre según el *Draft*, la expresión "principios" podría reservarse para aquellas reglas de una naturaleza más general, como la libertad contractual y la buena fe. Es en este sentido como puede afirmarse que las reglas modelo del *Draft* incluyen principios.

En relación con el equilibrio inicial, el punto de partida en el *Draft* es la buena fe introducida ya en las disposiciones generales, acompañada del concepto de transparencia (DCFR I.-1:104)<sup>85</sup>. En relación con estas se explican los deberes de información (DCFR II.- 3:101) y de negociación acorde con la buena fe (DCFR II.- 3:301). Instrumento fundamental del *Draft* para evitar el desequilibrio inicial es la invalidez por aprovechamiento o explotación injusta (DCFR II.-7:207) acorde con los proyectos arriba comentados, con tres requisitos. Primero, la *exploitation* de una parte que es dependiente o con quien se tiene una especial relación de confianza, o se encuentra en una grave dificultad económica o urgente necesidad, o es ignorante o inexperto en los negocios. Segundo, que la parte que se aprovecha haya conocido o haya razonablemente debido conocer la especial circunstancia. Tercero, que la explotación represente un beneficio o ventaja excesiva e injusta.

Finalmente, el *Draft* propone en estos casos conferir al juez la posibilidad de adaptar el contrato acorde con la buena fe y la equidad, valga decir, corrigiendo la injusta ventaja.

<sup>85</sup> Acerca del fundamento de esta disposición en la tradición jurídica occidental y comentarios adicionales, ver G. LUCHETTI y A. PETRUCCI (a cargo de). *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti. Dalle radici romane al Draft common frame of reference*, 1, Bologna, Pàtron, 2010, pp. 29 y ss.

### 5. El modelo latinoamericano

En Colombia, el código civil da relevancia a la lesión sólo en determinados casos siguiendo al código chileno y al francés (arts. 1291 en la aceptación de la herencia, 1405 en la partición de bienes comunes, 1601 en la cláusula penal, 1946 en la compraventa de inmuebles), y la jurisprudencia extendió el supuesto de la lesión enorme a la permuta de inmuebles (art. 1958 c. c.), a la dación en pago con inmueble, a la cesión a título oneroso del derecho real de herencia<sup>86</sup>. Por otra parte, existe la figura del contrato celebrado en estado de peligro, que puede ser modificado o declarado nulo si sus condiciones no fueron equitativas (solo en materia de asistencia y salvamento: artículos 1545 y ss. c. de co.); falta todavía un remedio de aplicación general.

En México, el código civil para el Distrito Federal de 1884 siguió en su artículo 1658 el criterio objetivo de la lesión: si la parte que adquiere da dos tantos más o la que enajena recibe dos tercios menos, la venta debe ser rescindida, conforme a elementos de la *traditio* del sistema, especialmente la vieja legislación española<sup>87</sup>. Sin embargo, con la llegada del código civil de 1928 se sancionó la lesión con la nulidad en los artículos 17<sup>88</sup> y 2230<sup>89</sup>, acorde en parte con el modelo alemán<sup>90</sup>, pero concediendo la opción de modificar el contrato; el legislador buscó aparentemente dar mayor dimensión a la figura<sup>91</sup>, separándose, así, del esquema tradicional y adoptando el criterio de la explotación de una parte de una de aquellas especiales circunstancias relacionadas con la contraparte para obtener un lucro excesivo<sup>92</sup>; el afectado, entonces, puede elegir entre la nulidad o la reducción equitativa de su obligación —esta última no la contempla el BGB—, así como también la posibilidad de pedir el pago de daños y perjuicios; llama la atención que la norma se incluye en las disposiciones preliminares, de lo que se deduce claramente la intención de dar un mayor alcance a la figura.

El código civil boliviano de 1975 sigue el planteamiento del *codice civile* de 1942, al incluir un capítulo (cap. XI) relativo a la "rescisión del contrato concluido en estado de peligro y por efecto de la lesión", pero, a diferencia del código italiano, que

<sup>86</sup> Cfr. F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 1, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 881.

<sup>87</sup> Cfr. I. GALINDO GARFIAS. *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 347.

<sup>88</sup> Artículo 17, c. c. mexicano de 1928 (D.O. 27-XII-1983, v. 1.º-X-1984): "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año".

<sup>89</sup> Artículo 2230, c. c. mexicano de 1928: "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, solo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz".

<sup>90</sup> I. GALINDO GARFIAS. *Teoría general de los contratos*, cit., p. 347.

<sup>91</sup> Cfr. J. SÁNCHEZ-CORDERO. *Derecho civil. Introducción al derecho mexicano*, UNAM, 1981, p. 92.

<sup>92</sup> Acerca del punto, I. GALINDO GARFIAS. *Teoría general de los contratos*, cit., p. 347.

ubica la materia en la parte relativa a los contratos en general, el código boliviano la coloca en sede de "nulidad y anulabilidad del contrato". La sección I del capítulo XI se refiere a la "rescisión del contrato concluido en estado de peligro", el artículo 560 parece partir del 1447 del código italiano, pero nótese que el código boliviano no habla de aprovechamiento para obtener una ventaja, sino de aprovechamiento para obtener la conclusión del contrato; aquí, la redacción del código boliviano adolece, en mi sentir, de un error, puesto que, precisamente debido a la circunstancia de necesidad o peligro, una parte se ve obligada a contratar en condiciones inicuas, y la contraparte, consciente de la especial situación, se aprovecha para obtener no la celebración del contrato, que obviamente deberá ser celebrado, sino una desproporcionada ventaja; y el segundo inciso es una trascripción del segundo inciso del 1447 del *codice*. Los artículos 561 a 563 del código boliviano conforman la segunda sección del capítulo XI y tratan la materia de la lesión, siguiendo también al código italiano (art. 1448), el artículo 561 del boliviano incluye la *laesio ultra dimidium*, ligada al requisito del aprovechamiento de la necesidad apremiante, la ligereza o la ignorancia de una parte, siempre que la desproporción exceda la mitad del valor de la prestación, igual que la redacción italiana.

Llamativo el planteamiento del actual código civil peruano de 1984, que, también sobre la horma del italiano de 1942, generalizó la figura y, siguiendo el impulso de la doctrina<sup>93</sup>, en la materia de los contratos en general incluyó un título dedicado a la lesión empleando el modelo que resalta el aprovechamiento y lo ligó a la desproporción (elementos objetivo y subjetivo), que en este caso vuelve también a depender de todas maneras de una medida, de una precisión matemática arbitraria, en la disposición del código peruano, el exceso en las 2/5 partes del valor de la prestación<sup>94</sup>, y estableció una "acción rescisoria por lesión" (art. 1447)<sup>95</sup> siempre al tiempo de la celebración del contrato (art. 1449)<sup>96</sup>; llama la atención la presunción del aprovechamiento incluida en el artículo 1448<sup>97</sup>, ciertamente una presunción *iuris tantum*<sup>98</sup> derivada de la desproporción en el

<sup>93</sup> Vide M. ARIAS-SCHREIBER. *Exégesis al código civil peruano de 1984*, Lima, 1998, pp. 262 y ss.

<sup>94</sup> Que equivale a una desproporción del 40%. Inicialmente en la Comisión Revisora se planteó el 60% (3/5 partes), y hubo discusión acerca de la conveniencia del criterio matemático, finalmente quedó incluido con referente a las 2/5 partes, prevaleció pues la posición de MANUEL DE LA PUENTE: así lo explica M. ARIAS-SCHREIBER. *Exégesis al código civil peruano de 1984*, cit., pp. 263 y 264.

<sup>95</sup> Artículo 1447, c. c. peruano de 1984: "Acción por lesión. La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos".

<sup>96</sup> Artículo 1449, c. c. peruano: "Apreciación de la desproporción. La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato".

<sup>97</sup> Artículo 1448, c. c. peruano de 1984: "Presunción de aprovechamiento. En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionado de la necesidad apremiante del lesionado".

<sup>98</sup> Llamada en doctrina "desproporción exorbitante", como afirma M. ARIAS-SCHREIBER. *Exégesis*

66.66% (2/3) respecto del justo valor de la prestación. Sin embargo la rescisión procederá sólo si la desproporción es mayor a las 2/5 partes, por lo que, para llegar a ésta se ha de pasar necesariamente por la otra, como se deduce de la operación matemática. En sustancia, el código peruano mantiene una línea que en general sigue la *traditio* del sistema, generaliza el instituto siguiendo el modelo italiano, conserva un criterio de medida –aunque distinto del originario– e incluye el elemento subjetivo del aprovechamiento, y, finalmente, permite obviar la rescisión mediando el ofrecimiento de reequilibrio.

En la sistemática del actual código civil brasileño del 2002 se introduce un capítulo relativo a los “defectos del negocio jurídico” (*Dos defeitos do negócio jurídico*), en la sección I “del error y la ignorancia” (*Do erro ou ignorância*), la sección II “del dolo” (*Do dolo*), la sección III “de la coacción” (*Da coação*), la sección IV se refiere al “estado de peligro” (*Estado de perigo*), la sección V específicamente a la lesión (*Da lesão*) y la sección VI al “fraude contra los acreedores” (*Da fraude contra credores*), todas situaciones en las que el negocio jurídico, según el código, es anulable<sup>99</sup>. Paso a revisar las disposiciones de las secciones IV y V al margen de la cuestión dogmática relativa a las categorías de negocio jurídico, invalidez y anulabilidad de este.

Se ha visto cómo, a partir del dictado normativo del código italiano de 1942, ha sido resaltado un elemento constituido por el aprovechamiento de una parte del estado de necesidad o de peligro de la otra, aprovechamiento que se vería manifestado en una evidente o excesiva desproporción de las prestaciones, es decir, una lesión, concepción presente en los códigos latinoamericanos más recientes; no obstante, el código brasileño divide en dos la materia –como el *codice*–: en primer término regula la figura del estado de peligro en el artículo 156<sup>100</sup> y en la sección siguiente trata la lesión en el artículo 157<sup>101</sup>. En los términos del artículo 156, se configura estado de peligro cuando alguien en la necesidad apremiante de salvarse a sí o a alguien de su familia, de un grave daño, asume una obligación excesivamente onerosa (*obrigação excessivamente onerosa*), siempre que se trate de un daño conocido por la contraparte; y si se trata de salvar a persona ajena a la

al código civil peruano de 1984, cit., p. 270.

<sup>99</sup> Artículo 171, c. c. brasileño del 2002: “Além casos expressamente declarados na lei, è anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente,

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

<sup>100</sup> Artículo 156, c. c. brasileño del 2002: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

<sup>101</sup> Artículo 157, c. c. brasileño del 2002: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

familia del afectado, se deja al juez decidir según las circunstancias; sin embargo, no observo que se incluya ningún criterio para determinar la onerosidad excesiva de la prestación asumida. En la figura de la lesión (art. 157)<sup>102</sup> el código brasileño advierte en la lesión la "apremiante necesidad" o la "inexperiencia" como razón por la cual acepta la contratación en condiciones inicuas, siempre que ello se refleje, esta vez, en una manifiesta desproporción de la prestación (*prestação manifestamente desproporcional*) –nótese el contraste con el artículo 156– respecto del valor de la prestación opuesta; y finalmente, lo que en el sistema del código resta de *traditio* de la originaria oferta de reequilibrio, no se decretará la anulabilidad del negocio si se ofreciere plus suficiente, o si se aceptase la reducción, es decir, si se corrige la desproporción y se opera una *reductio ad aequitatem*.

El código argentino trata la lesión como vicio y la extiende a todos los actos jurídicos, y genera la nulidad o el reajuste equitativo del contrato, exige el aprovechamiento y la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación; además, excluye cualquier medida para determinar la desproporción.

## B. Del equilibrio funcional

### 1. El modelo alemán

La construcción dogmática que aporta la experiencia alemana encuentra su base moderna, como es conocido, en el controversial instituto de la presuposición. Controversial, en efecto, pues si no es posible negar la fuerza del argumento según el cual la eficacia negocial existe en cuanto deseada, y, en defecto de voluntad, no puede imaginarse la producción de efectos jurídicos, es necesario también reconocer que la presuposición hace depender la eficacia del contrato del querer interno. Todos saben que se objetó en particular que dar relevancia a la voluntad de las partes independientemente del contenido negocial habría minado la certeza del tráfico jurídico, y se adujo también la preocupación que bajo el manto de la presuposición se escondieran los motivos de la representación de la voluntad; por esto, emergió en la misma doctrina alemana un proceso de objetivación del concepto de presuposición<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Artículo 157, c. c. brasileño del 2002: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

<sup>103</sup> La problemática sobre el concepto a partir de B. WINDSCHEID. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1859; ID. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1879 = *Diritto delle Pandette*, II, trad. it. FADA y BENSÀ, Torino, 1904, §§ 97 a 100, 394 y ss.; el desarrollo ulterior de la problemática se observa en O. LENEL. *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs)*, en AcP, 74, 1889, pp. 216 y ss.; P. OERTMANN. *Doppelseitiger Irrtum*, en AcP, 117, 1913, p. 275; ID.

Es bien conocido que luego de la primera posguerra la jurisprudencia alemana se encontró más seguido frente a casos que solicitaban un instrumento adecuado para la gestión de los efectos de circunstancias sobrevenidas<sup>104</sup>, y pretender la solución a la luz solamente del § 242 no resultaba conveniente, de allí que la doctrina respondió a esa necesidad con la teoría de la "base negocial" (*Geschäftsgrundlage*), atribuida a OERTMANN, quien dio los primeros pasos desarrollando la teoría de la presuposición en dirección de la relevancia de circunstancias sobrevenidas que modificaran sustancialmente las comunes previsiones de las partes, determinantes para la celebración del contrato. Sobre la huella de WINDSCHEID, asumiendo por base del negocio una representación psicólogoico-real que hubiese determinado la decisión de una de las partes, OERTMANN se esforzó en perfilar la distinción entre presuposición y motivo, contestando a las objeciones de LENEL. Sin embargo, ello no abarcaba el fenómeno en toda su amplitud, por lo que fue necesario un ajuste ulterior estableciendo el criterio autónomo de lo "previsto" o "previsible" relevante dentro del contenido de la teoría de la base negocial objetiva; lo que precisamente se observará en las líneas de KARL LARENZ al referirse a la "desaparición de la base del negocio": todo contrato, decía LARENZ, se estipula entre los que en él participan teniendo en cuenta determinadas circunstancias de carácter general, ya sean o no conscientes de ello en el caso concreto, y si en tales circunstancias necesarias para la subsistencia del negocio (base objetiva) se produce una alteración total e imprevista que no haya sido en forma alguna considerada en el contrato, no resulta conforme a la buena fe el someter a la parte por ello perjudicada.

Fue la profunda crisis económica sucesiva al Tratado de Versalles la que a causa de la severidad de las sanciones impuestas condujo a Alemania hacia una crisis inflacionaria alterando las circunstancias iniciales de los contratos. OERTMANN sometió entonces a revisión la teoría de WINDSCHEID, y afirmó que debían considerarse relevantes, no ya todos los motivos no expresados de cada parte, sino solamente

*Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, W. School, 1921; A. VON TUHR. "Irrtum über die Grundlage des Vertrages", en *Leipziger Zeitschrift*, 15, 1921, p. 153. En materia de integración de la voluntad o del contrato, cfr. E. LOCHER. *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, en *AcP*, 121, 1923, pp. 1 y ss.; H. RHODE. *Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt*, en *AcP*, 124, 1925, pp. 257 y ss.; P. KRÜCKMANN. *Die Voraussetzung als Virtueller Vorbehalt*, en *AcP*, 131, 1929, pp. 1 y ss.; LARENZ. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, Beck, 1951 = *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Granada, 2002. En especial sobre la relación con la garantía por vicios ocultos, ver L. RAAPE. *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, en *AcP*, 150, 1938-1949, pp. 481 y ss.; sobre la conexión con la irrelevancia de los motivos ver G. DEIANA. *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939.

<sup>104</sup> LARENZ. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., p. 93 que comenta cómo después de la segunda guerra en Alemania se introdujo una intervención de amparo judicial para los contratos celebrados antes de 1948; Id. *Derecho de obligaciones*, 1, trad. de JAIME SANTOS, Madrid, 1959, p. 319; K. LUIG. "Principi giuridici non codificati in un diritto codificato, l'esempio della clausola rebus sic stantibus", en *Roma e America*, 8, 1999, pp. 40 y ss.; K. ZWEIGERT y H. KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 223 y ss.; P. GALLO. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 95 y ss.; vide también R. ZIMMERMANN. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. de JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 105 y ss.

aquellos manifestados por una de ellas y conocidos por la otra; relevantes serían entonces sólo los efectos evidentes que sobre el contrato produce la modificación del estado de cosas existente al momento de la celebración.

La base negocial de OERTMANN debe entenderse como la representación común de una realidad que tiene carácter fundamental para ambas partes. En otras palabras, se trata de un estado de cosas que, hecho parte del contenido dispositivo, repercute objetivamente sobre la finalidad que las partes esperan alcanzar mediante el contrato<sup>105</sup>. En el plano cualitativo, el problema de los presupuestos de la voluntad negocial se traduce en la necesidad de definir los criterios para establecer cuándo el cambio de las circunstancias altera el programa contractual indicado por las partes; en el plano cuantitativo, en cambio, en la necesidad de delimitar las circunstancias consideradas como base del negocio. En particular sobre este último plano, recientemente se han intentado organizar los resultados alcanzados por la doctrina alemana en el sentido de una marcada objetivación, se propuso entonces la distinción entre base negocial subjetiva y objetiva (*subjective und objective Geschäftsgrundlage*): la primera constituida por el conjunto de representaciones que inducen a las partes a contratar; la segunda constituida por cada circunstancia cuya existencia o duración es necesaria para la existencia del contrato como reglamento significativo de intereses según la intención de las partes. En tal óptica, la realización del objetivo del contrato y las intenciones de los contratantes son dos especies que no pueden ser sometidas a un mismo régimen jurídico, en cuanto, mientras la *subjective Geschäftsgrundlage* encuentra su propio fundamento en el ámbito de los vicios de la voluntad, y en particular en el error sobre los motivos, viceversa, la *objective Geschäftsgrundlage* se introduce en una problemática distinta: la de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esta construcción –avalada por la experiencia de otros ordenamientos– suscita algunos comentarios. En primer lugar, la *objective Geschäftsgrundlage* es en muchos aspectos parecida al concepto tradicional de *Geschäftsgrundlage*, y en consecuencia no se exime de las críticas que en precedencia realizó la doctrina. En segundo lugar, suscita perplejidad el hecho de que la *subjective Geschäftsgrundlage*, relacionada con la materia del error, incluya también hipótesis en las que se han frustrado las expectativas de las partes. Es necesario, en efecto, tener presente que es la misma noción de falsedad la que impide valorar el error como hecho perteneciente a la esfera psíquica del sujeto, porque inevitablemente ella implica una referencia a datos que se ponen sobre un plano exterior al mismo. El error, por lo tanto, como causa de anulación del contrato, no puede sino corresponder a la falsa representación de una realidad presente o pasada respecto del momento de la volición y no a una expectativa frustrada. Es posible entonces afirmar que la doctrina alemana, luego de haber asimilado los

<sup>105</sup> Cfr. L. MENGONI. "Recensione a Larenz", en *Riv. dir. comm.*, 1, 1953, p. 257; *Vide amplius* aspectos histórico-dogmáticos en J. F. CHAMIE. *La adaptación del contrato por eventos sobrevinientes*, tesis doctoral, Roma, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 2009, cap. II. Trabajo en consideración para ser publicado en la Universidad Externado de Colombia.



presupuestos típicos de la concepción voluntarista del negocio jurídico, trató de encontrar la solución del problema haciendo referencia a una interpretación capaz de moderar, según criterios objetivos, las posiciones contrapuestas de las partes contractuales, evitando así una excesiva valoración de los motivos subjetivos de un contratante y de la drástica afirmación de la irrelevancia absoluta de los motivos, incluso no expresados, que hayan constituido el presupuesto común del programa contractual.

En la actualidad, la experiencia jurídica alemana parece resolver el problema de los presupuestos de la voluntad negocial en el rechazo a aquel que, según la conocida expresión *bettiana*, se define comúnmente el dogma de la voluntad. La dialéctica entre técnicas legales para la distribución del riesgo e interpretación del contrato conducirá a lo que hoy se denomina *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, una dialéctica que se resuelve en un dogma distinto, el de la objetividad<sup>106</sup>.

En la reciente *Schuldrechtreform* del BGB se incluyó una norma expresa referida al cambio de las circunstancias (§ 313); se admitió así la posibilidad de solicitar la adaptación del contrato si la realidad en la que encuentra su base cambia materialmente después de la celebración del mismo, en atención a las circunstancias específicas del caso, en particular a la distribución contractual o estatutaria del riesgo; se trata de una perturbación en la base objetiva del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*)<sup>107</sup>, y esta alteración del fundamento negocial da lugar a la modificación que procede sólo a petición de una de las partes, de no ser posible la modificación, deberá pues decretarse la terminación del contrato<sup>108</sup>.

Por su parte, con la entrada en vigor de la reforma, la disciplina de la imposibilidad sobrevenida recibió una profunda modificación al ampliarse al ámbito de aplicación de la imposibilidad (*Unmöglichkeit*) ex § 275 BGB. En efecto, precisamente debido a la ausencia de una definición normativa de imposibilidad y por ende las dudas interpretativas, parte de la doctrina se había limitado a distinguir entre imposibilidad sobrevenida imputable al deudor e imposibilidad a éste no imputable,

<sup>106</sup> M. MANTELLO. *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, pp. 148 y ss.

<sup>107</sup> Vide amplius H. EHMANN y H. SUTSCHET. *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, trad. de CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ y UTE SALACH DE SÁNCHEZ, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 212 y ss.

<sup>108</sup> Conviene señalar que el criterio de la base negocial se encuentra evocado análogamente en el *Uniform Commercial Code* (UCC) en materia de *frustration*, particularmente de "Excuse by Failure of Presupposed Condition" (Section 2-615) que introduce la noción de *commercial impracticability*, fundada todavía bajo el dogma de la voluntad, o sobre la ficción del presupuesto implícito (*basic assumption*), solo que el sistema estadounidense prevé la resolución como remedio a la *impracticability*, y únicamente en el comentario oficial de la sección 2-615 se reconoce al juez la posibilidad de adecuar el reglamento contractual y reestablecer el equilibrio entre las prestaciones cuando las circunstancias del caso concreto y las razones de justicia contractual así lo requieran; la intervención equitativa del juez en este sistema se observa también en materia de *unforeseeability and related limitations on damages* (Section 351 [3] *Second Restatement of Contracts*), al reconocer a las cortes el deber de limitar la entidad del daño resarcible cuando sea manifiestamente excesivo y desproporcionado en favor de la parte perjudicada.

considerando que el § 275 establecía simplemente que el deudor se liberaba de la obligación de cumplir la prestación cuando ésta se hubiese hecho imposible a causa de circunstancias sobrevenidas a él no imputables, acorde, sin duda, con el sistema romanista en la medida que *casus fortuitus nullam culpam praesupponit*; de este modo el requisito de la imputabilidad de la imposibilidad adquiriría gran importancia. El BGB distinguía a su vez entre imposibilidad provocada por la conducta del deudor (§§ 280 y 325) e imposibilidad a él no imputable (§§ 274 y ss.; 323). En particular la doctrina había señalado que los §§ 276 y ss. establecían cuáles eventos sobrevenidos el deudor habría tenido el deber de evitar para considerarse liberado de su obligación.

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

## 2. El modelo francés

El punto de partida aquí es evidentemente la fuerza obligatoria absoluta del contrato, consagrada positivamente en el artículo 1134 del código civil francés, que afirma en su primer inciso: "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". La norma es seguramente el reflejo de las condiciones políticas, económicas y sociales de su tiempo, esto es, la prevalencia de la ideología individualista y de una política legislativa favorable al principio *pacta sunt servanda* que difundió su presencia en las tradiciones de *civil* y de *common law*. La regla fue aprobada sin mayores sobresaltos<sup>109</sup> e introducida normativamente en el *Code*, aunque si en nuestro tiempo ella está lejos de ser un principio absoluto.

Es bien conocida la relevancia que en Francia ha tenido el principio *pacta sunt servanda* y la oposición en la jurisprudencia civil al reconocimiento de eventos sobrevenidos que generan no la imposibilidad en la ejecución de la prestación sino su excesiva onerosidad, por ello, no llama la atención que en un sistema como el francés que ha empleado la noción neutra de *imprévision* no se hayan previsto legislativamente instrumentos permanentes adecuados para la gestión del riesgo contractual, regulando sólo los efectos de los eventos que producen la

<sup>109</sup> Vide FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIII, París, 1828, pp. 8, 54 y 55, la única modificación al texto del 1134 fue sugerida por PORTALIS, quien consideró que debía suprimirse la expresión *contractées* en el último inciso ya que las disposiciones anteriores la harían inútil, esto es, las disposiciones en materia de vicios de la voluntad; la modificación fue aceptada y de este modo se consagró positivamente la buena fe en la ejecución del contrato.

imposibilidad absoluta de la prestación (art. 1148 *Code civil*) a la luz del concepto de *force majeure* y de pérdida de la cosa debida (art. 1302 *Code civil*). El *Code* entonces se limitó sólo a regular los efectos de la imposibilidad sobrevenida material y absoluta<sup>110</sup>, sin atender al complejo del tejido contractual y de las obligaciones derivadas de las relaciones de tracto sucesivo, relaciones estas en las que puede presentarse no la imposibilidad absoluta de la prestación, sino, aun posible ésta, la eventual mayúscula onerosidad que implicaría cumplirla.

El primado de la voluntad y la consiguiente intangibilidad del contrato afirmados en el artículo 1134 del *Code civil* han servido de justificación para el rechazo de la *Théorie de l'imprévision*, según la cual en los casos de eventos sobrevenidos e imprevistos que hacen gravemente onerosa la prestación, el deudor debería ser tutelado con una acción para modificar el contrato, adecuarlo a las nuevas circunstancias y, de todos modos, distribuir los daños causados por eventos sobrevinientes. Esta solución podría darse mediante el remedio de la *résiliation* que conduce a la disolución del vínculo obligatorio, o mediante la *révision* que conduce a una nueva valoración de las prestaciones. La doctrina ha tenido ocasión de sugerir a la jurisprudencia numerosas tesis de refinada elaboración para afrontar el problema de los efectos de eventos sobrevenidos; sin embargo, no han tenido eco y el asunto resta sin modificar.

No obstante ello, el anteproyecto de reforma al libro de las obligaciones del código francés propone en los artículos 1135-1 a 1135-3 un mecanismo de *renégociation* de los contratos de ejecución sucesiva o escalonada (art. 1135-1) cuando debido al efecto de circunstancias sobrevenidas se altera o perturba el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas (*équilibre initial des prestations réciproques*), hasta tal punto que el contrato pierde todo interés para una de las partes (*au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles*), ligando la posibilidad de modificación al interés de la parte en el contrato y a la gravedad del desequilibrio; dicha renegociación puede ser prevista por las partes en el contrato o ser ordenada por el juez. Se hace entonces un llamado a las partes para que establezcan cláusulas de negociación o modificación del contrato en caso del advenimiento de dichas circunstancias (art. 1135-1), y a falta de una tal cláusula la parte que ha perdido el interés en el contrato podrá demandar judicialmente la renegociación (art. 1135-2), de no tener ésta en últimas suceso —siempre que no haya mala fe—, se abre la posibilidad a cada contratante de solicitar la *résiliation* del contrato (art. 1135-3).

<sup>110</sup> En efecto, en la discusión de los artículos 1147 y 1148 BIGOT-PAÉAMENEU señaló respecto del deudor que "il serait injuste de le rendre responsable de l'impossibilité absolue", TREILHARD agregó que no era posible el pago de los daños por el incumplimiento si estos no eran imputables a la conducta negligente del deudor; la discusión revela que en las inquietudes de los asistentes se encuentran ejemplos de casos en los que la prestación se hace excesivamente onerosa, pero, no obstante, las reflexiones son siempre en términos de imposibilidad absoluta: *vide amplius* FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, cit., p. 56.

Una crítica interesante al anteproyecto fue planteada en el *Rapport du groupe de travail* (15 de junio del 2007) de la Cour de cassation acerca del *Avant-projet* de reforma. En particular en materia de efectos del contrato y poderes del juez, luego de reconocer la importancia de la necesidad de introducir el remedio tres siglos después de un intenso rechazo jurisprudencial y del aparente vacío legislativo, el *Rapport* señala que fundamentalmente los artículos de la comisión Català eluden la verdadera realidad del problema, esto es, la imprevisión. Para justificar esta afirmación el *Rapport* cita las normas de *soft law*, en particular aquellas tendientes a la armonización y unificación del derecho contractual, como son los Principios de Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Proyecto Lando) y el Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi), que reconocen la revisión del contrato dando relevancia al requisito de la imprevisión. En efecto, para el informe el principio de buena fe contractual implica, entre otras, la revisión cuando la alteración haya modificado el equilibrio inicial del contrato más allá de toda *previsión y proporción razonables*, resaltando la exigencia de proporcionalidad en el derecho. El *Rapport* también encuentra una objeción en cuanto al rol del juez: nuevamente comparando el anteproyecto Català con los principios del derecho europeo de contratos y adicionalmente con la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que consagra el derecho al acceso efectivo a la justicia, para lo cual se requieren amplias competencias para el juez bien ejercidas dentro de las garantías del contradictorio, concluye que debería haberse incluido mejor el artículo 157. 5 del Código Europeo de Contratos, ya que el rol del juez en el *Avant-projet* estaría concebido en forma demasiado "minimalista".

### 3. El modelo italiano

En la experiencia italiana, el modelo del artículo 1467<sup>111</sup> del *codice civile* de 1942 se refiere a los contratos con prestaciones recíprocas, donde las prestaciones están ligadas entre sí por un nexo de interdependencia funcional, es decir, el sinalagma. La regla de la excesiva onerosidad prevista en el artículo 1467 supone tener en cuenta dos presupuestos: el primero, que tal onerosidad excesiva no esté relacionada con circunstancias ordinarias (elemento destacado en la concepción serviana: *si nihil extra consuetudinem acciderit*) o previsibles por las partes; el segundo, si la onerosidad excesiva se debe a circunstancias no extraordinarias e imprevisibles, ella no entra en el alea normal del contrato. El presupuesto de la acción se limita al ámbito de los contratos de ejecución continuada o periódica y a los de

<sup>111</sup> "Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, si la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto."

ejecución diferida y el remedio no procede si la parte que lo solicita ha ejecutado completamente su prestación (*re ad hoc integra*). Acorde con la tradición del sistema, la norma introduce la oferta de modificación del contrato basada en la *aequitas*, con el fin de corregir el desequilibrio y evitar la resolución; la posibilidad de la oferta se concede a la parte demandada, recordando la similitud con la *reductio ad aequitatem* en materia de *laesio enormis* y de contrato celebrado en estado de necesidad o de peligro, elemento sobresaliente también en cuanto a la cláusula *rebus sic stantibus* en el sistema de los doctores medievales, y, presente ya originariamente dentro del sistema en materia de supervención contractual con la *reductio* o *remissio mercedis*<sup>112</sup> y la adaptación del contrato en la *locatio conductio*, todo lo que deja ver la exigencia de adecuar las prestaciones mediante la renegociación o adaptación y procurar la satisfacción del interés contractual de las partes antes que frustrarlo del todo y terminar la relación. De esta manera, subsiste, también aquí, el deber de restablecer el equilibrio de las prestaciones conforme al espíritu de cooperación y solidaridad, y sólo cuando las reglas no resulten idóneas para atender la excesiva onerosidad sobrevenida se podrá recorrer el campo de la resolución del contrato.

En la relación del ministro de Justicia al código civil del 16 marzo de 1942 se lee textualmente que el artículo 1467 habría introducido de manera expresa y general el principio de la sujeción implícita de los contratos con prestaciones recíprocas a la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre la huella del derecho común y, por ende, en relación con una tradición puramente italiana. Sin embargo, la cláusula es un vehículo dogmático de una problemática más aguda, la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento, los efectos de estas anomalías, en últimas, la relación entre contrato y realidad. La cláusula en sí misma no agota la cuestión: ella sirvió de vehículo de un problema más complejo que se traduce correctamente en términos de distribución del riesgo. En este sentido, parece exacto afirmar que el artículo 1467 tradujo en norma el principio tradicionalmente expresado por la cláusula, pero, no obstante, la disposición se refiere sólo a la hipótesis de lo "imprevisible" determinando así el cumplimiento a la sola eventualidad de circunstancias que las partes no habrían podido considerar. Ahora bien: parece indiscutible que una disposición en términos de excesiva onerosidad de la prestación prueba que el código vigente pone en práctica un control sobre el equilibrio económico de los contratos, pero quizás no establece un principio tan general que incluya cualquier otra fuente de perturbación del equilibrio distinta del evento imprevisible. La norma habla de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. El carácter extraordinario es elemento originario señalado ya en la interpretación serviana (*si nihil extra consuetudinem acciderit*), el evento debe ser extraño a las partes y al contrato (característica de la *vis* como *extraria*); la imprevisión de los eventos, elemento también existente en el sistema, característico del *casus*,

<sup>112</sup> En nuestro derecho civil, en la solicitud de rebaja del canon (*reductio mercedis* originaria) por el deterioro o destrucción de la cosa debido a casos fortuitos extraordinarios en el arrendamiento de predios rústicos (art. 2041, C. C.).

esto es, el evento *cui prevederi non potest*; sin embargo, no hay referencia expresa a un evento *cui resisti non potest*, característico también de la *vis* como típico evento sobrevenido causa de alteraciones al equilibrio. Si se observa bien el requisito de un evento extraordinario, puede afirmarse que, al tenor de la norma, resulta imprevisible todo evento fuera del curso ordinario de las cosas, y que un hombre medio prevé sólo aquello que está dentro de ese curso ordinario o normal de los acontecimientos. Con esta interpretación se extiende el ámbito de aplicación del instituto a todos aquellos eventos que en abstracto son objetivamente previsibles y que el hombre medio no se esfuerza en considerar, pero una interpretación así de amplia deja el problema de aquellos eventos que cualquier hombre medio habría podido prever y por el contrario resultan omitidos en el contrato, esto es, todos aquellos riesgos comprendidos en el *alea normal* que, según la disposición, debe ser superada para que proceda el remedio.

Bajo la influencia de doctrina y jurisprudencia y las nuevas exigencias de la práctica, el legislador tomó en consideración la necesidad de implementar el remedio de la excesiva onerosidad, sin embargo, fueron normas del todo transitorias y el instituto fue introducido de manera sistemática sólo en el código civil de 1942. Revivieron entonces las teorías acerca del fundamento del remedio. La corriente dominante enfatizó en la causa, que desaparecería como consecuencia del evento sobrevenido, requiriendo así la tutela al contratante frente a un riesgo imprevisto de alteración del valor de la prestación, en últimas, un defecto parcial de la causa, aceptando que ésta debe permanecer durante toda la vida del contrato<sup>113</sup>.

Por su parte, la tendencia objetiva afirmó que la *ratio* del nuevo instituto debía justificarse a la luz de un vicio no de la causa sino del objeto, que perdería el requisito de su determinación *ex* artículo 1346<sup>114</sup>. En este sentido el artículo 1346 habría fijado límites cualitativos y cuantitativos a la prestación, límites que comprenden toda la entidad del negocio, atinentes al objeto y a la actividad con éste relacionada que el contratante debe desarrollar; a esta interpretación se opuso otra doctrina señalando que se trataría más bien de un defecto funcional de la causa, y que el fundamento del nuevo remedio estaría en la ampliación del concepto de imposibilidad y por ende en el ámbito funcional del contrato, esta argumentación ubica la excesiva onerosidad dentro de los modos de extinción de las obligaciones. Sin embargo, es oportuno señalar junto con la doctrina que no obstante las diferencias específicas

<sup>113</sup> La argumentación es sugestiva, en efecto, si la voluntad causal es la que determina a las partes a obligarse, y de esto surgen las atribuciones patrimoniales respectivas, y si estas atribuciones no constituyen sino el medio para la actuación concreta de la voluntad causal, entonces es lógico que, cuando este medio falla, la misma *ratio* de la tutela jurídica acordada con las atribuciones exige que la causa pueda ser eliminada o modificada, esto es, que esas atribuciones patrimoniales puedan ser neutralizadas o modificadas: cfr. E. ENRIETTI. *Commentario del codice civile. Obligazioni*, 1, dirigido por M. D'AMELIO y E. FINZI, Firenze, 1948, p. 891. La doctrina inmediatamente posterior al código afirmaba que el remedio estaba necesariamente vinculado a la causa del contrato: por todos ver, A. PINO. *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, pp. 127 y ss.

<sup>114</sup> "Loggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile."

entre imposibilidad y excesiva onerosidad, estas deben acumularse dentro del *genus* de las alteraciones no imputables de la economía del contrato durante la fase de su ejecución, al mismo nivel de aquellas alteraciones imputables como el incumplimiento, que junto a las otras dos anteriores entran todas en el amplio campo de los defectos o anomalías en la ejecución del contrato<sup>115</sup>.

Una autorizada doctrina y alguna jurisprudencia del siglo pasado, seguramente influenciadas por el dogma de la voluntad, señalaron el fundamento del remedio en el controversial instituto de la presuposición, afirmando que ésta consistiría en la previsión que la situación inicial bajo la cual el contrato se basa, permanezca sustancialmente inalterada o no sufra variaciones más allá del alea inicialmente prevista, reviviendo así la teoría subjetiva planteada inicialmente en Alemania. Como fundamento se señaló entonces la exigencia de proteger al contratante de los riesgos de una grave perturbación del valor económico de la prestación causada por eventos inesperados, partiendo del presupuesto que las partes habrían querido salvaguardar el equilibrio contractual y una equitativa distribución de los riesgos sin observar alteración alguna en la causa del contrato que puede todavía ser alcanzada en concreto<sup>116</sup>.

Relevancia de los presupuestos se da también cuando, bajo un aspecto funcional del contrato, el presupuesto se considera motivación típica relevante, no ya en el plano subjetivo del error de previsión sobre los motivos sino en el plano objetivo de la causa, constituyendo dicho motivo la base o fundamento común del negocio (objetividad del presupuesto). En este sentido, la jurisprudencia ha definido la presuposición como una determinada situación de hecho o de derecho, pasada, presente o futura, de carácter objetivo, cuya ocurrencia o desaparición es independiente de la voluntad de las partes y que debe considerarse tenida en cuenta por ambos contratantes, aunque no haya sido expresada, como presupuesto común en la formación de su consentimiento y de la que depende la permanencia del vínculo, evocando la doctrina de la *Geschäftsgrundlage*. Otras veces se ha entendido la presuposición no como elemento de integración del programa contractual sino como instrumento interpretativo de la efectiva voluntad de las partes.

Al margen de la voluntad de las partes y de la naturaleza y la finalidad económica del contrato, una interpretación general y no propiamente dogmática señaló el fundamento de la resolución del artículo 1467 en la sanción por la violación de un deber de solidaridad que tenía su base en el ordenamiento corporativo que rodeó al código de 1942; desaparecido el ordenamiento corporativo, el principio jurídico de solidaridad se habría afirmado como principio ético en términos de protección de los intereses y los factores de producción asumidos en la relación obligatoria.

<sup>115</sup> J. F. CHAMIE. *La adaptación del contrato por eventos sobrevinientes*, cit., cap. IV.

<sup>116</sup> *Vide amplius* aspectos histórico-dogmáticos en J. F. CHAMIE. *La adaptación del contrato por eventos sobrevinientes*, cit., cap. II y IV. Trabajo en consideración para ser publicado en la Universidad Externado de Colombia.

Lo cierto es que al tenor de la norma, la continuidad del vínculo alterado por eventos sobrevenidos depende de la modificación equitativa, del restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones, un llamado —que no es el único en el código— a las razones de equidad, que habría estado, según la Relación al Rey, en la base de la redacción del nuevo instituto. Al margen de las críticas al dogma de la voluntad y a la presuposición, estos son criterios ya superados, y, como señala la doctrina, en presencia de una disciplina positiva de la excesiva onerosidad sobrevenida, el llamado al instituto de la presuposición resulta confuso y desvía la atención del problema, idóneo como es, a determinar superposiciones con otros institutos de la disciplina del contrato. El artículo 1467 no es expresión de la presuposición en sentido propio ni tampoco introduce el principio general que ella expresa; las circunstancias y los aspectos que la presuposición revela son significativamente diferentes de aquellos que comprenden los remedios para la incidencia de eventos sobrevenidos. En efecto, mientras la norma de la excesiva onerosidad hace depender la eficacia del vínculo de la permanencia de ciertos presupuestos objetivos, rigurosamente disciplinados (modificación equitativa y condiciones de mercado), la presuposición lo hace respecto de presupuestos subjetivos específicos (circunstancias del supuesto de hecho concreto), premisas implícitas y datos psicológicos variables. Una doctrina reciente, que se ha ocupado con especial énfasis del problema de los presupuestos del actuar negocial, remarca que el instituto de la presuposición no encuentra fundamento en el artículo 1467, pero afirma que la cuestión se resolvería en la necesidad de distinguir entre la incidencia del evento sobrevenido sobre el sinalagma funcional y la posibilidad de valorar con instrumentos hermenéuticos la entidad de la contraprestación pactada, con el fin de establecer la relevancia causal de una finalidad-motivo perseguida por una de las partes; esta interpretación conduciría aparentemente a reconsiderar aquella parte de la doctrina que ha afirmado la irrelevancia jurídica de circunstancias previsibles que determinan una alteración en el valor de las prestaciones, pues, en efecto, si se habla de presuposición, la valoración de la contraprestación constituye de todas maneras el parámetro para la identificación de un posible vicio teleológico de la causa concreta.

#### *4. El modelo de la unificación del derecho de contratos (Unidroit, PECL, DCFR)*

La elaboración más reciente de reglas para la adaptación del contrato en su fase de ejecución proviene, sin duda, de los esfuerzos para la unificación del derecho contractual. Para el desequilibrio funcional haremos referencia en particular a los ya mencionados y por todos conocidos Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI) de Unidroit, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) y las reglas modelo del DCFR.

Los Principios Unidroit son indudablemente expresión de esa exigencia, madurada en la práctica del comercio internacional, de prever una disciplina supranacional para las operaciones contractuales entre sujetos heterogéneos, con-



siderado el problema del inevitable conflicto entre las distintas leyes nacionales. Pero esta es una evolución conocida, no hace falta detenerse en ella. Del texto se observa que la Comisión se inspiró en varios principios fundamentales. Uno de ellos, que aquí debe ser señalado, es el principio de *favor contractus*, o principio de conservación: este principio emerge no solo de las reglas en materia de formación e invalidez del contrato, sino también en forma trascendental en la sección que enuncia la disciplina de la excesiva onerosidad sobrevenida. Así, las razones para la adaptación del contrato en los Principios son diversas; además, el tratamiento de la adaptación en general surge en los Principios bajo diferentes aspectos en varias partes del texto, de lo que se advierten ciertos vacíos contractuales que serán colmados por las partes en aras de adaptar la relación. En efecto, una razón podría encontrarse en un grupo de normas para la integración del contrato. Así, el artículo 2.1.13 PCCI se refiere al contrato con términos deliberadamente abiertos, es decir, intencionalmente por las partes<sup>117</sup>; en otros casos las partes simplemente no anticipan determinados aspectos, de modo que los PCCI establecen particulares reglas de interpretación, en especial el artículo 4.8 (*Supplying on omitted term*)<sup>118</sup>, pero también en el capítulo sobre cumplimiento el artículo 5.1.2 (*Implied obligations*)<sup>119</sup>, artículo 5.1.3 (*Co-operation between parties*)<sup>120</sup>, artículo 5.1.5 (*Determination of kind of duty involved*)<sup>121</sup>, artículo 5.1.7 (*Price determination*)<sup>122</sup>. Los Principios establecen de igual forma la posibilidad de corregir o adaptar el contrato en caso de desequi-

<sup>117</sup> "Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form."

<sup>118</sup> "(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied. (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to: (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness."

<sup>119</sup> "Implied obligations stem from: (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness."

<sup>120</sup> "Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations."

<sup>121</sup> "In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to: (a) the way in which the obligation is expressed in the contract; (b) the contractual price and other terms of the contract; (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result; (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation."

<sup>122</sup> "(1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price. (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary. (3) Where the price is to be fixed by a third person, and that person cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price. (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute."

libro inicial en el artículo 3.10 (*Gross disparity*)<sup>123</sup>; pero quizás otra razón para la adaptación está en estrecha relación con el incumplimiento; en este sentido se prevén reglas que, si bien pertenecen al programa contractual original, establecen instrumentos para cambiarlo u adaptarlo, como los artículos 7.1.5 (*Additional period for performance*)<sup>124</sup> y 7.2.3 (*Repair and replacement of defective performance*)<sup>125</sup>, aunque usualmente las partes prevén posibilidades adicionales para la adaptación; lo mismo debe afirmarse para los casos de la llamada "*variation of modification*" del artículo 1.5 (*Exclusion or modification by the parties*)<sup>126</sup>, y, para el caso más relevante de adaptación, objeto de este estudio, la cláusula de *hardship*<sup>127</sup>.

Los Principios dedican una sección con tres artículos que identifican las específicas circunstancias que determinan la operatividad de la figura del *hardship*. El artículo 6.2.1 (*Contract to be observed*)<sup>128</sup> inicia reafirmando que el principio enunciado en el artículo 1.3 (*Binding character of contract*)<sup>129</sup> es la regla y la posibilidad de

<sup>123</sup> "(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to: (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13 (2) apply accordingly."

<sup>124</sup> "(1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance. (2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter. (3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate. (4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party."

<sup>125</sup> "The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly."

<sup>126</sup> "The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles."

<sup>127</sup> Cfr. D. MASKOW. "Hardship and force majeure", en 40 *Am. J. Comp. L.*, 1992, pp. 657 y ss.

<sup>128</sup> "Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship."

<sup>129</sup> "A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles."

adaptación es una excepción. En efecto, la norma señala que a pesar de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, generalmente, la parte resta obligada a cumplir, para no separarse de la regla de la obligatoriedad absoluta de los contratos, salvo las disposiciones sobre *hardship*. De este modo, el principio *pacta sunt servanda* se encuentra frente a la relatividad del vínculo obligatorio en relación con aquellos eventos de *hardship* que, al sobrevenir de manera imprevisible y extraña a la esfera de control de las partes, alteran sustancialmente el equilibrio contractual originario bien sea por el aumento de costos en la ejecución de la prestación o por la disminución del valor de la contraprestación, lo que pone en marcha, previa notificación, el mecanismo de renegociación. El artículo 6.2.2<sup>130</sup> trata sobre la definición de la figura y el artículo 6.2.3<sup>131</sup>, sobre sus efectos.

La definición es general, por obvias razones no contiene un elenco detallado de los eventos relevantes. La primera parte del artículo 6.2.2 señala en forma clara que *hardship*, en sentido estricto, es básicamente un cambio fundamental en el equilibrio del contrato. Inmediatamente la disposición explica el fenómeno de dos maneras: si los costos de la parte afectada se incrementan o si el valor de la contraprestación que recibe se disminuye, la fórmula de los eventos debe, sin duda, ser dilatada, considerada la amplitud del fenómeno, y si bien esto podría creerse problemático en la práctica, la disciplina propuesta es general y no impide a las partes establecer cuáles eventos y su alcance respecto del programa contractual. El desequilibrio debe entrañar un perjuicio "fundamental", "sustancial", "considerable", "medible" para la parte lesionada<sup>132</sup>; el texto no define un criterio preciso; no obstante, el

<sup>130</sup> "There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party."

<sup>131</sup> "(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
  - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
  - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium."

<sup>132</sup> U. DRAETTA y R. LAKE. *Contrats internationaux. Pathologie et Rèmesdes*, París-Bruxelles, 1996, p. 194, señala el caso *Superior Overseas Development Corp. vs. British Gas Corp.* (1982), en 1 *Lloyd's Rep.*, 262 donde la Corte de Apelaciones inglesa hizo aplicación del criterio restrictivo para poner en práctica una cláusula de *hardship*; en cuanto a los efectos de los eventos sobrevenidos sobre las obligaciones de las partes, y el uso de un criterio subjetivo en relación con el daño de la parte afectada, el mismo a. señala: "s'agissant du critère subjectif, il est parfois fait référence au dommage subi par la partie lésée, en se fondant sur

comentario oficial sostiene que hay desequilibrio cuando la alteración sea al menos del 50% en el incremento de los costos o en la disminución del valor<sup>133</sup>. En este sentido, el planteamiento de los Principios es objetivo, el *hardship* existe si cumple con los criterios objetivos, no es necesario acudir a criterios subjetivos deducidos de una hipotética voluntad de las partes de mantener ciertas condiciones como base de su relación. Esos criterios objetivos han sido resaltados a lo largo de este trabajo, y su exposición en los Principios es una clara depuración conceptual que señala los elementos prístinos del razonamiento que partió de los juristas romanos, reglas únicas y particulares para tratar la imposibilidad sobrevenida, fuerza extraña, sobrevenida, irresistible e imprevisible; es precisamente aquí donde la disciplina del *hardship* se relaciona con la *force majeure*, una innecesaria separación ya que son dos ámbitos del mismo problema. En efecto, se observan serios elementos de identidad entre el artículo 6.2.2 y la disposición sobre fuerza mayor (art. 7.1.6 [1])<sup>134</sup>; los requisitos son los mismos, solo que en un caso es todavía posible cumplir, aunque con grave onerosidad, y en el otro la magnitud de los efectos del evento sobre la obligación es tal que la anula, hablándose así de *non-performance* y de *excuse by force majeure* de las consecuencias derivadas del incumplimiento no imputable siempre que el impedimento resulte permanente, de otra forma se estaría en sentido estricto bajo las reglas de la adaptación<sup>135</sup>.

Los efectos de la figura tienen un doble alcance: procesal y sustancial. El aspecto procesal inicia con la renegociación y puede dar lugar a una decisión

des notions d'inéquité ou d'injustice"; se trata de una regla ya mencionada, que acerca la cuestión del desequilibrio a la noción de enriquecimiento sin causa, ya que *bono et aequo non conveniat aut lucrare aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*.

<sup>133</sup> Cfr. P. BERNARDINI. "Hardship e force majeure", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cargo de M. J. BONELLI y F. BONELLI, Milano, 1997, p. 202; D. MASKOW. "Hardship and force majeure", en 40 *Am. J. Comp. L.*, 1992, pp. 657 y ss.

<sup>134</sup> "(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences."

<sup>135</sup> Diversamente piensa V. M. CESARÒ. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 39, n. 28: los dos fenómenos deben tenerse separados, a menos que con una interpretación forzada, dice el a., se incluya el *hardship* en la disciplina de la fuerza mayor, como una especie de "fuerza mayor económica". En efecto, los fenómenos no son idénticos, y es que no pueden serlo, pero tampoco puede negarse que resulta evidente cómo el ámbito general es siempre un problema de *vis cui resisti non potest*, y la frontera se define con la magnitud de los efectos del evento sobre las obligaciones, es decir, en la gravedad del cambio en las circunstancias iniciales; hay una imposibilidad, si se quiere, relativa, que es sin duda una imposibilidad económica frente a una prestación que, si ejecutada, no será correspondida ya con equivalencia y conduciría a un detrimento patrimonial, por lo mismo económico. Nuestra reconstrucción crítica no parte del análisis económico del derecho sino de las reglas y principios jurídicos de la fuerza mayor, de los cuales no puede separarse el fenómeno. En este sentido cfr. P. KAHN. "«Lex mercatoria» et pratique des contrats internationaux", en *Le Contrat Economique International*, Bruxelles-París, 1975, p. 205 para quien "la clause de hardship complète donc les clauses de force majeure, puisqu'à côté des cataclysmes naturels ou administratifs, elle tend à faire un sort aux bouleversements économiques".

judicial. El aspecto sustancial, como se sabe, resulta controversial en relación con las condiciones alrededor de las cuales se manifiesta el poder de intervención judicial; esto es cierto incluso si el tribunal sólo pone fin al contrato, ya que debe también fijar nuevas condiciones. La doctrina señala que esta tendencia ha sido problemática en los distintos ordenamientos nacionales y podría causar aún más preocupación en el comercio internacional, donde la autonomía de las partes tiene particular importancia<sup>136</sup>; no obstante al juez por lo general corresponda dar el derecho, lo justo, y no sustituirse a las partes, los PCCI han puesto esta carga sobre sus hombros<sup>137</sup> en casos excepcionales y mediante la adición de determinadas reglas sustantivas que dan una cierta base jurídica para esta tarea que también se practica en otros casos en los que, sin embargo, es menos evidente (*Price determination* artículo 5.1.7)<sup>138</sup>. Estas reglas están contenidas en el artículo 6.2.3 (4), según el cual el tribunal puede decidir resolver el contrato, determinando la fecha y las condiciones de la terminación —en otras palabras, no pueden darse nuevas orientaciones—; pero la relación sólo podrá darse por terminada sólo si ello es razonable, de lo contrario el tribunal debe adaptar el contrato, y la medida del equilibrio original servirá de criterio para la adaptación<sup>139</sup>. Efecto principal del *hardship* es la carga para la parte afectada de notificar de los eventos a tiempo, sin dilaciones y de manera completa (art. 6.2.3 [2]), esto es, indicando los fundamentos en que se basa. Esta notificación impulsa el mecanismo para la renegociación, legitimando a la parte interesada para acudir al juez o al árbitro en caso de no llegar al acuerdo sobre la revisión del contrato dentro de un lapso de tiempo razonable a partir del acto de notificación; del igual forma éste acto permite que, si hay revisión, los efectos de ésta se retrotraigan a la fecha de su realización. En todo caso, la solicitud de renegociación no legitima a la parte en desventaja a sustraerse del cumplimiento, pero esto último no debe entenderse tanto en respeto a la regla áurea sino más bien en razón de la naturaleza de los contratos de duración, cuya interrupción

<sup>136</sup> Cfr. D. MASKOW. "Hardship and force majeure", cit., pp. 657 y ss.

<sup>137</sup> Se trata indudablemente de un "*pouvoir modérateur*" para el juez, que encuentra su base en la equidad: ver sobre el punto, p. ej. U. DRAETTA y R. LAKE. *Contrats internationaux...*, cit., p. 195; D. TALLON. "Hardship", en *Towards a European Civil Code*, dirigido por HARTKAMP, Nijmegen, 2004, pp. 499 y ss.

<sup>138</sup> "(1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price. (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary. (3) Where the price is to be fixed by a third person, and that person cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price. (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute."

<sup>139</sup> Cfr. A. HARTKAMP. *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code*, en CJHB (Brunner-Bundel), Deventer, 1994, p. 133; D. HASCHER. Nota a laudo ICC n.º 5961, en *Clunet* (1997), 1054 y ss.

puede producir consecuencias negativas para los destinatarios finales del objeto de esos contratos, argumento a favor de la renegociación.

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) de la Comisión precedida por Ole Lando tratan el fenómeno en un artículo del capítulo sexto, el artículo 6:111<sup>140</sup> sobre cambio de las circunstancias. En términos similares a los PCCI, los PECL inician reafirmando el principio *pacta sunt servanda*, la prestación debe cumplirse a pesar de ser más onerosa, pero si se hace excesivamente onerosa debido al cambio de las circunstancias iniciales, las partes están obligadas a entablar negociaciones para modificar o resolver el contrato, resaltando la naturaleza excepcional del remedio; como se observa, la Comisión introdujo francamente la idea de "excesiva onerosidad" —conocida en el derecho italiano— y la relacionó con el cambio de la base negocial para explicar el *hardship* en términos de "cambio de las circunstancias" (*change of circumstances*). Los requisitos para la procedencia del remedio son, en sustancia, los ya conocidos: excesiva onerosidad de la prestación, que los eventos modificatorios de las circunstancias iniciales hayan ocurrido después de la celebración del contrato<sup>141</sup>, que no hayan podido ser razonablemente tenidos en cuenta, que la parte afectada no esté obligada a soportarlos, y, en últimas, de no llegar a un acuerdo dentro de un tiempo razonable serán el juez o el árbitro quienes determinarán si procede la resolución o la modificación equitativa. El comentario oficial al artículo pone en evidencia la recurrente distinción entre imposibilidad absoluta y excesiva onerosidad: en la primera el impedimento es invencible; en la segunda es superable, pero la ejecución resulta ruinosa para el deudor. La línea es sutil: establecer cuándo el esfuerzo resulta del todo irrazonable y cuándo se trata de una mera *difficultas*. La cuestión es delicada pues esta última también puede suponer la quiebra del deudor; corresponde entonces al juez determinar la cuestión y evitar intervenir si se trata de un puro y simple desequilibrio<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> "(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing."

<sup>141</sup> Si los eventos habían ocurrido ya al momento de la celebración del contrato se trataría de un problema de *mistake* (arts. 4: 103 y 4: 105 PECL).

<sup>142</sup> Vide el comentario oficial al artículo 6: 111 en la versión italiana *Principi di Diritto Europeo dei Contratti* (a cargo de C. CASTRONOVO), Milano, 2001, p. 363.

Los PECL no hacen referencia directa en el artículo 6: 111 al requisito de un "evento fuera de la esfera de control de las partes" como sí lo hacen en el artículo 8: 108 (1) sobre exención de responsabilidad —y en el comentario a la misma disposición se reafirma la regla *casus nullam culpam praesupponit*—, no obstante se colige del texto [art. 6: 111 (2) (c) PECL] cuando dice que "*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear*", determinando así la esfera del riesgo y el carácter extraño de los eventos aunque aquí el requisito de un acontecimiento *cui resisti non potest* no aparece tan claro como en los PCCI. La Comisión mantuvo el elemento "*beyond of his control*" sólo en caso de imposibilidad absoluta. Esto parecería indicar que en la excesiva onerosidad el evento no está fuera de la esfera de control de la parte en desventaja, quizás en la medida que ésta puede todavía cumplir, pero en realidad el cambio de las circunstancias en los dos casos (imposibilidad absoluta y excesiva onerosidad) está sin duda fuera del control de las partes, de otra manera no es entiendo cómo podría avanzar el remedio. Si la causa de la excesiva onerosidad no es *cui resisti non potest*, quiere decir que el evento era previsible, estaba contenido en el riesgo propio del contrato o fue asumido expresamente por el contratante.

Los PECL no prevén la carga de notificar de los eventos. Sin embargo, establecen un verdadero y propio deber de renegociar ("*the parties are bound to enter into negotiations*") en caso de excesiva onerosidad, esto en aras de garantizar la justicia contractual; y acorde con el principio de buena fe, las partes están obligadas a iniciar negociaciones dentro de un periodo de tiempo razonable y éstas no podrán ser interrumpidas sin justificación pues el deber de renegociar es independiente y acarrea la obligación de resarcir el daño en caso de rechazo o ruptura dolosa de la negociación<sup>143</sup>. Si las partes no llegan a un acuerdo amigable sobre la modificación, cualquiera de ellas está legitimada para acudir ante el juez, éste intervendrá como última alternativa exhortando a las partes a un intento final para salvar el contrato; de no ser esto posible, procederá entonces a restablecer el equilibrio distribuyendo equitativamente los riesgos siempre entre ambas partes. El juez tiene amplios poderes para revisar el contrato pero no puede reformarlo en su totalidad hasta el punto de hacer uno nuevo; podrá ampliar el término para el cumplimiento (p. ej., plazos de gracia), aumentar o disminuir el precio o la cantidad de la prestación o incluso establecer una prestación adjunta, y si no es posible salvar el contrato entonces declarará su terminación y los efectos del caso. De fondo en este aspecto se encuentra siempre la discusión acerca de hasta dónde conceder poderes revisorios al juez, en especial porque hoy por hoy no todo juez es un *magnus iudex*, aunque en el arbitraje internacional la calidad y el nivel de los jueces no debe generar duda sino antes bien seguridad; en todo caso, el juez deberá hacer uso de esos poderes con moderación para no alterar la estabilidad de las relaciones contractuales<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> Cfr. el comentario oficial en *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, cit., p. 364.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, p. 366.

En cuanto al equilibrio funcional, al igual que para el equilibrio inicial, el *Draft* pone de inmediato la cuestión en términos de buena fe y trato justo en la formación de las obligaciones, pero esta vez en el cumplimiento de ellas, en el ejercicio de los remedios para el incumplimiento y en el ejercicio del derecho de terminación del contrato. Acá se erige en instrumento, obviamente, la que el *Draft* llama variación o terminación del contrato por el juez a causa del cambio de las circunstancias (DCFR III.- 1:110). El primer párrafo [DCFR III.- 1:110 (1)] de la disposición reafirma el carácter vinculante de la obligación, la regla áurea, la obligación deberá cumplirse incluso cuando se ha hecho más onerosa, sin embargo, el segundo párrafo [DCFR III.- 1:110 (2)] introduce el mecanismo, si el cumplimiento de la obligación contractual se hace más oneroso a causa de un cambio excepcional de las circunstancias que hace manifiestamente injusto exigir del deudor el cumplimiento, se abre la posibilidad para modificar el contrato o para terminarlo [DCFR III.- 1:110 (2) (a) (b)]<sup>145</sup>. Son cuatro los requisitos que el *Draft* exige para la procedencia del remedio: primero, que el cambio de las circunstancias sea posterior a la celebración del contrato [DCFR III.- 1:110 (3) (a)]; segundo, que al tiempo de la celebración del contrato el deudor no tuvo en cuenta, y no se podía razonablemente esperar que tuviera en cuenta, la posibilidad o la magnitud del cambio de las circunstancias [DCFR III.- 1:110 (3) (b)]; tercero, que el deudor no asumió, y no se podía razonablemente esperar que asumiera el riesgo por el cambio de las circunstancias [DCFR III.- 1:110 (3) (c)]; y cuarto, que el deudor haya intentado, razonablemente y de buena fe, alcanzar mediante negociación un razonable y equitativo ajuste de los términos que regulan la obligación [DCFR III.- 1:110 (3) (d)]. Aquí el juez tiene dos caminos: modificar la obligación para adaptarla de manera razonable y equitativa frente a las nuevas circunstancias [DCFR III.- 1:110 (2) (a)], o terminarla en la fecha y en los términos que él mismo determine [DCFR III.- 1:110 (2) (b)].

##### 5. El modelo latinoamericano

Como se sabe, la problemática contenida en la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, en general, la adaptación del contrato a los eventos sobrevenidos, encontró ardua oposición –junto con el otro mecanismo para el equilibrio contractual: la *laesio ab initio*–<sup>146</sup> durante la fase de la Codificación por su aparente contraste con la regla de la intangibilidad del contrato, máxima expresión del principio *pacta sunt*

<sup>145</sup> Sobre el fundamento de esta disposición en la tradición jurídica occidental, ver G. LUCHETTI y A. PETRUCCI (a cargo de). *Fondamenti di diritto contrattuale europeo*, II, Bologna, Pàtron, 2010, pp. 201 y ss.

<sup>146</sup> J. F. CHAMIE. *La adaptación del contrato...*, cit., cap. v. Basta recordar la nota del codificador VÉLEZ SARFIELD al artículo 943 del c. c. arg. de 1869, en la que justificó su rechazo a la figura de la *laesio enormis*, fiel al ideario del iluminismo liberal, el codificador cierra la nota así: "Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos": *Código civil de la República Argentina*, Buenos Aires, La ley, 2001, en *Quaderni del Master in Sistema giuridico romanistico e unificazione del diritto*,



*servanda* y de la exaltación de la voluntad privada que caracterizó el novecientos, un principio que no faltó en la Codificación latinoamericana que lo recibió directamente del artículo 1134 del *Code de Napoléon*<sup>147</sup>. Más allá de las expresiones que los códigos utilizan para consagrar el principio de la intangibilidad, todos los textos legislativos concuerdan en que si quienes han celebrado un contrato y han satisfecho todos los presupuestos y requisitos legales para que se perfeccione (poder de disposición, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto claramente determinable, posible, lícito y causa lícita), la obligación que él imponga a una de las partes debe ser cumplida tal y como ha sido contratada, so pena de que su deudor sea condenado al pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento<sup>148</sup>. Sin embargo, como hemos señalado desde el inicio, la inexorabilidad del deber de un cumplimiento exacto es un dogma ya superado y la obligatoriedad del vínculo encuentra su límite en la necesaria adaptación del contrato a las nuevas circunstancias de hecho que puedan constituir anomalías para su cumplimiento.

Naturalmente, la disciplina de la imposibilidad sobrevenida absoluta fue recibida por los códigos tal y como fue establecida en la tradición romanista continental-europea, esto es, la liberación del deudor por una imposibilidad absoluta derivada de la fuerza mayor o el caso fortuito, pero no se acogió inicialmente la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Evitar afrontar el problema complejo de la incidencia de los eventos sobrevenidos en las obligaciones sólo dilataría el inevitable acogimiento de los mecanismos de (re)equilibrio (inicial y sobrevenido). En efecto, con el pasar del tiempo el sistema latinoamericano se ha reformado<sup>149</sup>, y en

cit., III, 1, 104. No obstante, con la reforma de 1968 en Argentina se introdujeron los dos mecanismos para el desequilibrio contractual inicial y sobrevenido.

<sup>147</sup> El principio se encuentra reconocido en los códigos latinoamericanos, aunque sí, como se verá, en la mayoría de ellos está hoy también reconocida su relatividad frente a la aceptación de la revisión del contrato. En los modelos de referencia la regla áurea está naturalmente presente: cfr. p. ej. artículo 1545, c. c. chil.; art. 1197, c. c. arg.; art. 1796, c. c. mex.; art. 519, c. c. bol.; art. 1361, c. c. per.; art. 1602, c. c. col.; art. 1588, c. c. ecuat.; art. 1091, c. c. cub. (1889); artículo 1159, c. c. ven.; art. 1291, c. c. urug.; art. 1416, c. c. salv.

<sup>148</sup> Es evidente que no siempre el deudor de la obligación puede satisfacer sin dificultades esta exigencia legal y voluntariamente asumida, diversos son los obstáculos que pueden impedirlo, ya en forma absoluta, ya dificultando su cumplimiento por diversas causas y motivos, por ello, tanto el legislador, como la doctrina y la jurisprudencia, han intervenido en la búsqueda de soluciones que, sin menoscabo de la autonomía contractual y sobre todo en procura de la estabilidad del contrato, hagan que esos obstáculos puedan ser removidos y satisfechas las expectativas de los contratantes: cfr. A. R. MARÍN ECHEVERRÍA. "La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación", en *Roma e America*, 7, 1999, pp. 207 y ss.

<sup>149</sup> Vide las consideraciones históricas en E. O. CARDINI. *La teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, 1937, pp. 24 y ss.; A. ALTERINI. "Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship", en *Roma e America*, 13, 2002, pp. 53 y ss. Acerca de la disciplina de cada código en particular pero para señalar la tendencia, vide en la doctrina G. BORDA. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1998, § 5, num. 132, que identifica el postulado del artículo 1198 c. c. arg. con la "teoría de la imprevisión", y se cuestiona sobre la conveniencia de la referencia a la condición de "onerosidad", fórmula aceptada por el Tercer Congreso Nacional de derecho civil y que sirvió de base para la modificación del artículo 1198; J. BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Perrot, 1997, num. 252 B; I. GALINDO GARFAS. *Teoría general de los contratos*, cit., p. 435; M. BORJA SORIANO. *Teoría*

particular con la influencia del nuevo código civil italiano de 1942, la divulgación de su doctrina, y, sobre todo, las crisis monetarias que azotaron las economías de algunos países iberoamericanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, los nuevos códigos civiles latinoamericanos han venido reconociendo el modelo para la gestión del contrato en curso de ejecución, todos bajo la premisa general de la excesiva onerosidad sobrevenida, aunque sin una redacción uniforme en todos los casos y consecuencias interpretativas adicionales. Se reconoce el problema de los eventos sobrevenidos en el código de comercio de Colombia de 1970<sup>150</sup>, y en los códigos civiles de Guatemala reformado en 1963<sup>151</sup>, Argentina reformado en 1968<sup>152</sup>, Bolivia de 1976<sup>153</sup>, Paraguay de 1987<sup>153</sup>, Perú de 1984<sup>154</sup>, Cuba de 1987<sup>155</sup> y Brasil del 2002<sup>156</sup>. Los códigos civiles de Chile, Colombia, Uruguay,

*general de las obligaciones*, t. I, México, Porrúa, 1953, n. 482 y ss.; A. VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, tomo III, Bogotá, Temis, 1974, p. 450; F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 882, que recuerda cómo la teoría de la imprevisión fue acogida en Colombia por la jurisprudencia de la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia de 1935, en la práctica desapareció del derecho privado pero fue acogida con especial consideración en la contratación estatal, mas empero fue introducida en el Código de Comercio de 1971; J. MELICH ORSINI. *Doctrina general del contrato*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1993, n. 33; J. GUZMÁN SANTIESTEBAN. *Derecho civil*, tomo II, pp. 94 y ss.; M. ARIAS-SCHREIBER. *La exégesis del código civil peruano de 1984*, cit., pp. 249 y ss.; A. R. MARÍN ECHEVERRÍA. "La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación", cit., pp. 207 y ss.; C. M. DA SILVA PEREIRA. *Lesão nos Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001; A. PINTO MONTEIRO. "Erro e teoria da imprevisão", en *Il nuovo codice brasiliano*, Milano, 2003, pp. 65 y ss.; G. FERNÁNDEZ. "La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia", en *Anuario del derecho civil uruguayo* (ADCU), XXXIV, 2004, pp. 553 y ss.; J. GAMARRA. *Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, pp. 55 y ss.

<sup>150</sup> Artículo 868, c. de co. col.: Cuando circunstancias extraordinarias, imprevisas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

<sup>151</sup> Artículo 1330, c. c. guat.: Cuando las condiciones bajo las cuales fuera contraída la obligación cambiaren de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante reclamación judicial.

<sup>152</sup> Artículo 1198, c. c. arg.: Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio de aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada los efectos no alcanzarán a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el perjudicado hubiere obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

<sup>153</sup> Artículo 581, c. c. bol.: I. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acon-

Ecuador y Venezuela mantienen el modelo clásico francés sin reconocimiento alguno de la adaptación del contrato.

Ahora bien: la recepción en Latinoamérica del modelo para el desequilibrio sobrevenido, como siempre, se favoreció de las circunstancias, pero sin duda se aprovechó de toda la riqueza conceptual de la tradición jurídica del sistema que hemos enunciado y que constituye la base del tratamiento de la disciplina dogmática de la adaptación del contrato. Cabe preguntarse entonces si antes de la reforma del sistema existían normas a la luz de las cuales se hubiera podido favorecer la aceptación del remedio para la adaptación del contrato. Ya señalamos que los códigos latinoamericanos reglamentan la llamada "imposibilidad sobrevenida absoluta de la prestación", disciplina de base del problema general de los eventos

tecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

ii. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

iii. Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o alea normal del contrato.

iv. El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas.

Art. 582, c. c. bol.: En la hipótesis prevista en el artículo anterior, y cuando se trata de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.

<sup>154</sup> Artículo 672, c. c. par.: En los contratos de ejecución diferida si sobrevienen circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento. La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa. Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.

<sup>155</sup> Artículo 1440, c. c. per.: En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

<sup>156</sup> Artículo 80, c. c. cub.: Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida.

<sup>157</sup> Artículo 478, c. c. bras.: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Art. 479, c. c. bras.: A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a odificar equitativamente as condições do contrato e no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Art. 480, c. c. bras.: Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva.

sobrevenidos, pero excluyeron cualquier otra forma de regulación para aquellos problemas cuando la prestación puede todavía cumplirse pero con mayúscula onerosidad sobrevenida. La única interpretación que en los primeros códigos civiles latinoamericanos consentía –y todavía hoy consiente– una argumentación a favor de la adaptación del contrato era aquella basada en la exigencia de ejecutar el contrato acorde con la buena fe y la equidad. La buena fe constituye un principio universalmente reconocido e incorporado en todas las materias del derecho. La buena fe, como valor indiscutido, consagrado expresamente por las normas y utilizado por la doctrina y la jurisprudencia, es el instrumento más importante para sostener que el contrato se debe adaptar a las nuevas exigencias, permitiendo la vigencia plena de la autonomía de la voluntad y del equilibrio entre las prestaciones<sup>158</sup>. En el derecho latinoamericano rige plenamente la regla de la buena fe, por influencia inmediata del artículo 1134 del código civil francés, donde se prevé que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y a su vez el artículo 1135 dispone que los contratos obligan no solo a lo que está expresado en ellos sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza. Ya en el artículo 1954 de su *Esboço*, FREITAS previó de manera similar al código francés que “los contratos deben ser cumplidos de buena fe y que obligan no solo a lo que expresamente se hubiera convenido, sino a todo lo que, según la naturaleza del contrato, fuera de ley, equidad o costumbre”. Con el mismo alcance, el artículo 1291 del código civil uruguayo dispone que los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, el uso o la ley”. En el mismo sentido, los artículos 1160 del c. c. venezolano y 1023 inc. 1.º del c. c. costarricense establecen que los contratos “deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”. La misma regla se repite en los artículos 1546 c. c. chileno, 1603 c. c. colombiano, 1589 c. c. ecuatoriano, 1417 c. c. salvadoreño, 1546 c. c. hondureño, que disponen igualmente que los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Acorde el artículo 1109 c. c. panameño al establecer que los contratos “obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley”; la misma norma se repite en el artículo 1796 c. c. mexicano. El artículo 1362 c. c. peruano prevé que el contrato “debe celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”; este texto se repite en el artículo 1519 c. c. guatemalteco. En el mismo sentido, el artículo 689 c. c. paraguayo establece que

<sup>158</sup> Cfr. MARTINS COSTA. *A boa fe no direito privado*, São Paulo, 2000, p. 273.

"en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe"; y el artículo 422 c. c. brasileño obliga a los contratantes a "respetar, tanto en la celebración del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe".

Un cumplimiento acorde con la buena fe y la equidad requiere no solo cumplir con los tradicionales deberes de información, de corrección y lealtad; requiere no solo una ejecución temporánea, sino también todos los esfuerzos de las partes para alcanzar la finalidad esperada. En este sentido, si la buena fe y la equidad solicitan que durante la formación del contrato se mantengan la moderación del precio o de las condiciones del contrato y el equilibrio entre las prestaciones (los remedios para el equilibrio inicial basados en la *laesio* y en el aprovechamiento de los estados de debilidad), igualmente la buena fe y la equidad llaman durante la ejecución del vínculo a mantener ese equilibrio (causa funcional), no ya tal y como era inicialmente sino como resulta equitativo que sea frente al cambio extraordinario y sobrevenido de las circunstancias iniciales. Esto no significa que deba restablecerse la ecuación económica originaria: la buena fe y la equidad permiten moderar, temperar o ajustar el precio o las condiciones del contrato (*reductio ad aequitatem*); se trata de purgar la injusticia y procurar la continuidad de la relación para alcanzar así el fin esperado por las partes. La observancia de la buena fe y la equidad durante la ejecución del contrato, entendida como un llamado a la moderación del precio o de las condiciones del programa, implica la existencia de un deber de revisión que antecede a la resolución del vínculo, una revisión convencional o judicial que tiene como finalidad principal moderar las prestaciones y conservar el contrato<sup>159</sup>. Se trata del principio de buena fe orientado hacia la equidad del caso concreto (buena fe correctiva o de adecuación y equidad de la cooperación). En todo caso, a pesar del rechazo inicial de los códigos al remedio para la gestión del contrato en curso de ejecución, como señalamos, el sistema se ha ido reformando hacia el reconocimiento del remedio para la adaptación del contrato, en particular, bajo la influencia del modelo italiano de la excesiva onerosidad sobrevenida.

El modelo predominante en los códigos latinoamericanos es el de la excesiva onerosidad sobrevenida, un examen comparativo de las disposiciones legales permite individualizar los requisitos para la aplicación del remedio. En general, el contrato debe ser válido, se excluyen las hipótesis de imposibilidad absoluta o de incumplimiento o retardo imputables a la responsabilidad del deudor. El remedio no se aplica a todo tipo de contrato, si bien los códigos de Cuba (art. 20) y los de Tamaulipas y Jalisco (arts. 1733 y 1771) hablan sólo de "contrato" o de "la circunstancia bajo la cual fue contraída la obligación" y el código de Guatemala (art.

<sup>159</sup> Esta inversión lógica de consecuencias ha sido aceptada también por la doctrina latinoamericana, *vide*, p. ej., F. HINESTROSA. "La revisión del contrato", en *Rapport général*, elaborado para las *Journées Brésiliennes de la Association Henri Capitant*, Rio de Janeiro-Saô Paulo, mayo 2005, 7, 23-27; G. FERNÁNDEZ. "La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia", *cit.*, p. 558; J. F. CHAMIE. "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato", *cit.*, pp. 133 y ss.

1540) apenas alude al carácter "bilateral" del contrato, el de Bolivia (art. 581 c. c. y art. 802 c. de Co.), el del Perú (art. 1440) y los códigos de comercio de Guatemala (art. 687), Colombia (art. 868) y de Bolivia (art. 802) especifican que debe tratarse de contratos de "ejecución continuada, periódica o diferida". Con mayor rigor el código de comercio de Guatemala (art. 687) sustituye las expresiones "ejecución continuada o periódica" por la de "tracto sucesivo"; el código argentino (art. 1198) agrega además la expresión "contrato bilateral conmutativo"; en el mismo sentido, el código peruano (art. 1440) agrega "contratos conmutativos", mientras que el código paraguayo (art. 672) omite la referencia a los contratos de ejecución continuada o periódica y mantiene sólo la de "contratos de ejecución diferida".

Al margen de las distintas redacciones legales, el remedio para la adaptación del contrato busca resolver el conflicto de intereses que surge entre las partes cuando las circunstancias existentes al momento de contraer la obligación se han alterado gravemente a causa de eventos sobrevenidos durante el tiempo transcurrido hasta el momento del efectivo cumplimiento, en este sentido el remedio no se aplica a los contratos de cumplimiento inmediato, los códigos de comercio de Colombia (art. 868) y Bolivia (art. 802) lo declaran expresamente<sup>160</sup>. No obstante, el remedio puede extenderse a los contratos unilaterales onerosos, como en el préstamo con interés cuando una parte se enriquece a expensas de las dificultades relevantes de la otra. Por esto resulta más conveniente hablar de "contratos con prestaciones correspectivas"<sup>161</sup>. Extienden el remedio a los contratos unilaterales los códigos civiles de Perú (art. 1442), Paraguay (art. 672), Bolivia (art. 582), Guatemala (art. 1330 y artículo 687 c. de co.); si bien el código civil de Cuba (art. 80) y el código de comercio de Colombia (art. 868) no prevén esta posibilidad, podría aceptarse la extensión interpretando las expresiones utilizadas por ellos, "obligación asumida por un contrato o convenio", "contrato de ejecución diferida". Esta misma interpretación no sería procedente respecto del código argentino (art. 1198), que habla sólo de "contratos bilaterales conmutativos"<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> En los contratos de ejecución inmediata, la tolerancia que pueda haber tenido el acreedor para no exigir el cumplimiento que dependía tan solo de su voluntad de reclamar, no parece hacer surgir ninguna cuestión de justicia que haga razonable agravar la situación del deudor, además, en las obligaciones de cumplimiento inmediato, si la falta de cumplimiento se debe a una causa no imputable al deudor, su cumplimiento justificadamente retardado por el obstáculo impeditivo no tendría porque ser objeto del remedio para la adaptación (sin embargo, el c. c. peruano artículo 1441-1 aplica el remedio en este caso), y si dicho retraso se debiera a culpa del deudor, como en caso de mora, los remedios previstos por el ordenamiento (intereses de mora, condena adicional por los mayores daños probados, etc.) bastan para normalizar la situación dentro de los límites de la justicia.

<sup>161</sup> Cfr. J. MELICH ORSINI. *Doctrina general del contrato*, cit., n. 33, que refiere cómo la doctrina italiana considera que la expresión "contrato bilateral" haría alusión al puro sinalagma genético, que no se daría en los llamados "contratos sinalagmáticos imperfectos", y que por referirse la imprevisión no al momento de asunción de las obligaciones, sino a la interdependencia funcional de ellas (sinalagma funcional), es más técnico hablar de "contratos con prestaciones correspectivas". De esta manera se supera una controversia que existe en la doctrina francesa y que existía en la del código italiano de 1865, reflejándose por consiguiente en los códigos latinoamericanos.

<sup>162</sup> Sobre el punto *vide* J. MELICH ORSINI. *Doctrina general del contrato*, cit., n. 33.

El tiempo no debe ser necesariamente un elemento estructural de los contratos a los que se aplica el remedio, este se aplica también en aquellos casos en que el tiempo resulta un factor meramente accidental (se trata de la relevancia causal del tiempo); pero es la que hemos llamado "relevancia causal del tiempo" la que sí adquiere valor estructural para el mecanismo de la adaptación equitativa, por ello los códigos se refieren a la "ocurrencia de advenimientos", "alteración" o "cambio" de las condiciones o circunstancias, surgimiento de "acontecimientos" o "circunstancias posteriores" a la celebración del contrato; en otras palabras, la agravación o mengua de la obligación cuya ejecución se rehúsa o se pretende ajustar a las consecuencias de esos nuevos hechos constituye presupuesto para la aplicación de la modificación equitativa por excesiva onerosidad.

Los eventos sobrevenidos deben ser extraordinarios e imprevisibles (art. 687 c. c. guat.; art. 1198 c. c. argen.; art. 581 c. c. y artículo 802 c. de co. boliv.; art. 80 c. c. cub.; art. 1440 c. c. per.; art. 868 c. de co. col.), además debe tratarse de una *vis cui resisti non potest*, esto es, eventos inevitables (art. 1330 c. c. guat.). La imprevisión de que aquí se habla no debe ser confundida con aquella a que se refieren los códigos cuando dicen que el deudor contractual no queda obligado con su acreedor sino por las consecuencias de su incumplimiento que hayan sido previstas o que sean previsibles al tiempo de la celebración del contrato (art. 1274 c. c. ven.), pues si el deudor debiera entenderse en tal caso exonerado de una acción de cumplimiento en especie o por el equivalente no se plantearía siquiera la cuestión de la revisión del contrato. La imprevisión en el remedio para la adaptación está estrechamente ligada con el carácter extraordinario de los eventos, situación que no tiene que ver con la formación de la voluntad contractual sino más bien con la valoración de un criterio objetivo que permita excluir, por su falta de probabilidad, la consideración de tales eventos precisamente por su carácter extraordinario.

Al igual que en el modelo de base (art. 1467 c. c. ital.), los eventos sobrevenidos, además de extraordinarios e imprevisibles, deben haber provocado que el cumplimiento de la obligación de quien pide la revisión se haya hecho "excesivamente oneroso" (art. 1198 c. c. arg.; art. 802 c. de co. bol.; art. 672 c. c. par.; art. 80 c. c. cub.; art. 1440 c. c. per.; art. 868 c. de co. col.) o bien "demasiado oneroso" (art. 1330 c. c. guat.). De la noción de "excesiva onerosidad" nos hemos ocupado atrás en el modelo italiano. Valgan tan solo algunas consideraciones para reiterar lo afirmado. Para disminuir el riesgo de perturbar la seguridad jurídica, a la noción de "onerosidad" se dio el calificativo de "excesiva". Atrás señalamos que la excesiva onerosidad se refiere, en rigor, a una "dificultad relevante para el cumplimiento", pero no a la mera dificultad económica o insuficiencia patrimonial del deudor, así como tampoco a la simple mengua de la utilidad que se podía esperar del contrato; la onerosidad excesiva, mayúscula o desproporcionada debe acarrear una pérdida patrimonial que está fuera de los límites razonables considerada su causa

externa, sobrevenida y extraordinaria<sup>163</sup>. Por esto, el análisis es más complejo: deben tenerse en cuenta los criterios técnicos con los que el deudor ha conducido y conduce su patrimonio, en el caso y la actividad concretos, con atención a las condiciones generales de la economía<sup>164</sup>. La excesiva onerosidad no debe determinarse exclusivamente en vista de las obligaciones principales, sino teniendo en cuenta todo el programa contractual incluidas las obligaciones accesorias; en los contratos unilaterales se determinará confrontando la prestación originaria con la que se debe en el momento del cumplimiento.

### III. PLANTEAMIENTO DOGMÁTICO UNITARIO: LA DEPURACIÓN DEL PRINCIPIO

Si decimos que el principio es la parte fundamental, no será entonces posible negar que aquí existe un principio de reducción en equidad que está en la base de los instrumentos para mantener el equilibrio contractual. Tanto en el momento genético de las obligaciones como en el momento dinámico de su cumplimiento, en circunstancias concretas la experiencia jurídica ha decantado instrumentos que podríamos indicar, en general, disponen revisar el contrato para corregir o adaptar su contenido según sea el caso, y que a su vez esos instrumentos son expresión de una necesidad de moderación en los contratos; corrección y adaptación son las formas en que el principio de reducción en equidad se manifiesta. El ámbito de la corrección es el de una anomalía genética del contrato, en particular del aprovechamiento de un estado de debilidad para obtener ventaja desproporcionada; el ámbito de la adaptación es el de la modificación del contrato conforme a las nuevas circunstancias de su ejecución, que controla también una situación de ventaja desproporcionada si se pretende el cumplimiento.

Desde el punto de vista dogmático, si el momento inicial del desequilibrio está en el aprovechamiento, el del desequilibrio sobrevenido está en el cambio relevante

<sup>163</sup> En efecto, "no es que el deudor se vea en imposibilidad de cumplir, es que el cumplimiento le resulta muy oneroso, no hay una imposibilidad, sino una dificultad, dificultad de ejecución que se conjuga con la falta de equidad": F. HINESTROSA. "La revisión del contrato", cit., p. 25.

<sup>164</sup> "La excesiva onerosidad debe evaluarse considerando la entidad de cambio de valores iniciales de las prestaciones y el valor de ella en el momento del cumplimiento asumiendo el signo monetario como unidad de medida, teniendo en cuenta el alea normal del riesgo del tipo contractual que se trate. Esta es una apreciación ontológica económica que al juez compete realizar según su sano juicio y prudencia, que debe caracterizarse por su objetividad y apreciación 'in concreto' según las circunstancias del caso": G. ORDOQUI CASTILLA. *Teoría de la imprevisión*, Montevideo, Antor, 1986, p. 446. Para E. ABATTI. *Teoría de la imprevisión. Novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214/02 y 320/02. La "acción directa por reajuste": su admisibilidad*, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 5 y ss., deben considerarse: "nexo del hecho con la situación; carácter extraordinario imprevisto, insuperable (exigencia implícita de interpretación), esto es, que supere lo que las partes hubieren podido prever obrando con cuidado y previsión, adecuados subjetivamente a la diligencia normal de cualquier persona o a la propia de una persona especializada, cuando actúa en asuntos de su peculiaridad; gravedad de la onerosidad y relación de todas estas condiciones nuevas con las existentes al darse el contrato y con el resultado que devengará conforme a la resolución o reajuste que se disponga judicialmente".



en la naturaleza esencial del cumplimiento, pero no se trata de una forma atenuada de imposibilidad física, sino de una forma cualitativamente distinta en el sentido de que el cumplimiento, si bien todavía posible, de ser ejecutado en las nuevas circunstancias resultaría excesivamente oneroso, o, en fin, sustancialmente distinto respecto de lo inicialmente acordado por las partes. Se trata de establecer si, valoradas las circunstancias, una parte puede exigir a la otra el cumplimiento de la prestación o la conservación de sus efectos; de establecer si el sacrificio patrimonial de una de las partes es compatible con el equilibrio de la operación y su finalidad práctica. En verdad, la cuestión de fondo es si el otro contratante puede todavía exigir una prestación que se configuró de manera abusiva o que en el intervalo se hizo grave o, en todo caso, resulta ahora distinta. En este sentido, no falta quien ha planteado también la necesidad de reprimir el abuso del derecho frente a una pretensión ahora desproporcionada: pensemos en las reglas de POMPONIO<sup>165</sup>, o en las consideraciones modernas de IPERT y JOSSERAND, en la firme idea de los límites fijados por la buena fe y la equidad para evitar que, como dijera CICERÓN, el *summum ius* se convierta en la *summa iniuria*.

Para la corrección y adaptación, en fin, el desequilibrio entre las prestaciones debe representar una "evidente y grave desproporción" que, mediante la *reductio* basada en los principios de moral y equidad, tiende a recobrar la simetría del contrato, la equivalencia entre los deberes, evitando ruinas y enriquecimientos injustificados (HINESTROSA). De la vigencia general del principio de buena fe se derivan deberes esenciales al contrato, como los de información, de consejo, de seguridad, de colaboración, de cooperación entre las partes para la corrección-adaptación-conservación del contrato (BETTI). La buena fe circula por las lagunas que deja el código y le permite al juez transitar por ellas para buscar la compatibilidad entre lo previsto por las partes en el programa contractual, las circunstancias de hecho, el ordenamiento jurídico y los principios generales, esto es, la compatibilidad entre contrato y realidad de hecho y de derecho; por esto, la conducta de las partes durante el cumplimiento debe ser entonces "compatible" con las exigencias de la buena fe y la equidad.

En todo esto encuentra sentido y justificación en el interior de nuestro sistema también un principio de *reductio ad aequitatem* que indica un deber general de corrección-adaptación-conservación del contrato en caso de aprovechamientos excesivos en su fase inicial o de nuevas circunstancias que agravan el cumplimiento de duración y lo hacen excesivamente oneroso. Estas formas de protección están reconocidas no solo por el derecho privado y el derecho público, sino también por la llamada *lex mercatoria*, el derecho de los tratados y los proyectos para la unificación del derecho. Además, un principio de *reductio* como este, del álveo de la teoría del contrato se debería llevar también como seria argumentación en el debate sobre la deuda externa de los países emergentes.

<sup>165</sup> "[...] *bono et aequo non conveniat aut lucrare aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum*" (D. 23, 3, 62), o también "*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiosem*" (D. 50, 17, 206).