

# El contrato: acto de previsión\*

HERVÉ LECUYER\*\*

Sumario: I. *El presente*. A. *Previsiones y distinción entre la formación y la ejecución del contrato*. 1. *Los contratos consensuales*. 2. *Los contratos no consensuales*. a. *Los contratos no consensuales por voluntad de la ley*. b. *Los contratos no consensuales por voluntad de las partes*. B. *Previsiones y fuerza obligatoria del contrato*. 1. *Previsiones y fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*. 2. *Previsiones y contornos de la fuerza obligatoria del contrato*. II. *El futuro*. A. *Los sustitutos posibles a la teoría de la imprevisión*. 1. *La buena fe*. 2. *La teoría de la causa*. B. *La teoría de la imprevisión*.

## Resumen

Como contrapeso a una visión cada vez más objetiva de la disciplina contractual, el análisis de la noción de contrato como acto de previsión permite confirmar el papel de primacía de la autonomía de la voluntad. Tomada la previsión en el momento de ser concebida por las partes, su análisis permite, de acuerdo con la naturaleza del contrato, reforzar la distinción entre el efecto del contrato y el efecto de la obligación y, al mismo tiempo, comprender la dicotomía –existente o aparente– entre formación y ejecución del contrato y ejecución e incumplimiento del mismo, así como su incidencia en la concepción misma de la responsabilidad contractual, al servir como instrumento en la determinación de la noción de fuerza obligatoria del contrato. De igual forma, haciendo una proyección hacia el futuro para determinar la suerte de las previsiones

\* Originalmente publicado en AA.VV., *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Presses Universitaires de France, Dalloz, Paris, 1999. Traducido al español por Margarita Morales Huertas, candidata a doctora en Derecho Privado de la Universidad Panteón-Assas (Paris II).

\*\* Profesor de Derecho Civil, Derecho de los Seguros y Derecho Procesal Económico de la Universidad de París Panthéon-Assas, Director del Master 2 en Derecho Notarial de la misma Universidad y Codirector de la Revista de Derecho Societario de LexisNexis. Correo electrónico: hervelecuyer@hotmail.com

Fecha de recepción: 8 de octubre de 2009. Fecha de aceptación: 18 de enero de 2010.

contractuales, la explotación de su concepto permite depurar la noción y utilidad de la teoría de la imprevisión, que en el Derecho Civil francés no ha encontrado aún asidero y cuyo papel ha sido sustituido sea por la doctrina, sea por la jurisprudencia, haciendo uso del principio de buena fe y de la teoría de la causa, aunque de forma parcial y no de manera indiscutida.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad, previsión contractual, ejecución del contrato, incumplimiento contractual, equilibrio contractual, imprevisión.

“El contrato es la iniciativa más audaz que pueda concebirse para lograr la dominación de la voluntad del hombre sobre los hechos, integrándolos de antemano en un acto de previsión”<sup>1</sup>.

Calificando así al contrato como acto de previsión, HAURIUO, según lo dicho por HÉBRAUD, deja en evidencia su “significación profunda”<sup>2</sup>. El contrato permite a las partes contratantes apropiarse del futuro<sup>3</sup>: la previsión sería de la esencia del contrato.

La ley rinde un discreto homenaje a esta idea<sup>4</sup>, lo mismo que la jurisprudencia<sup>5</sup> y la doctrina, que frecuentemente hace uso de esta fórmula.

Que la voluntad contractual sea enteramente proyectada hacia el futuro<sup>6</sup>, es en definitiva una ilustración de la propensión del derecho a manejar la anticipación<sup>7</sup>.

Cómo entender que aquello que podría constituir el motor de la voluntad, haya aguzado tan poco la curiosidad de los juristas; quienes, aunque poco avaros en el empleo de la fórmula, olvidan definir sus términos y comprobar si se encuentra

- 1 M. HAURIUO, *Principes de droit public*, 1ª ed., 206; ver también E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, tesis, París, 1912, 199.
- 2 P. HÉBRAUD, “Observations sus la notion du temps dans le droit civil”, *Etudes offertes à P. Kayser*, Aix-Marseille, 1979, t. II, 1 ss., especialmente No. 20, 28.
- 3 J. M. TRIGEAUD, “Promesse et appropriation du futur”, *Le droit et le futur. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris*, París, 1985, 63.
- 4 Código Civil, art. 1150.
- 5 Corte de Casación, Primera Sala Civil, 21 de junio de 1988, aparte citado en F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10a ed., París : “ Teniendo en cuenta que para el caso de un grupo de contratos, los que fueron víctimas de un daño por haber tenido un vínculo con el contrato inicial, pueden solicitar su reparación de acuerdo con las reglas de la responsabilidad contractual; que en dicho evento, puesto que el deudor debió haber previsto las consecuencias de su incumplimiento de acuerdo con las reglas contractuales aplicables en la materia, la víctima del daño solo puede intentar contra él una acción de naturaleza contractual, incluso si no hubiese mediado contrato entre ellos”.
- 6 A. SÉRIAUX, “Le futur contractuel”, *Le droit et le futur. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris*, París, 1985, 77.
- 7 J.C. HALLOUIN, *L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, tesis, Poitiers. Los tiempos arcaicos quedaron atrás, en las épocas en que se manifestaba una alergia a la anticipación. Ver F. TERRÉ “Une synthèse” *Le droit et le futur. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris*, París, 1985, 1 y especialmente 2.

comprendida como tal en el ordenamiento jurídico. ¿Tal acepción de contrato sería tan evidente que toda profundización de sus contornos sería inútil? Sin embargo, no es precisamente esa facilidad aparente lo que debe caracterizar el recibo de una eventual propuesta sobre su connotación, que tiende a hacer prevalecer la dimensión subjetiva del contrato frente a un derecho positivo que se describe frecuentemente como promotor de una concepción mucho más objetiva de ese acto jurídico; como tampoco sirve para caracterizar la labor de definición de la previsión aplicada al contrato.

El término es tomado del léxico general, sin que el derecho haya deformado al parecer su sentido común. La previsión es todo acto de prever, que consiste en representarse o en organizar algo de antemano, así como el fruto de esa acción, la conjetura o la hipótesis que de ella resulta. La previsión se reconoce en el hecho de que ella recae sobre un acontecimiento que es posterior al momento en que ha sido formulada y cuyo acaecimiento es más o menos incierto<sup>8</sup>. La previsión conduce a su autor a un futuro incierto.

Con relación al contrato, las previsiones podrían ser de dos categorías distintas: en primera medida, ellas están constituidas por aquello que fue fruto del acuerdo entre las partes, el contenido de su acuerdo de voluntades. El razonamiento opera entonces en términos de objeto. Estas previsiones pueden considerarse como intrínsecas.

Las previsiones son también los elementos que han guiado la decisión del contratante de vincularse, tanto en su principio como en los términos finalmente contraídos. El razonamiento aquí opera, entonces, en términos de causa,<sup>9</sup> y las previsiones pueden ser catalogadas de extrínsecas. Esta distinción entre previsiones intrínsecas y extrínsecas, no es absoluta, puesto que las partes pueden hacer entrar en el campo contractual, en sus previsiones intrínsecas, ciertos elementos de sus previsiones extrínsecas.

Así las cosas, nuestro objetivo es verificar si el análisis del contrato como acto de previsión presenta, con relación al derecho positivo, alguna utilidad; comprobar su valor explicativo, su positividad, sin pretender, de ninguna forma, abarcar de manera exhaustiva el conjunto de sus manifestaciones.

Retomemos para ello el derecho contractual a través de las previsiones que los contratantes hacen al momento de perfeccionar el contrato y posteriormente cuando el futuro se concretiza, es decir, consideremos las previsiones en el presente (I), y luego en el futuro (I I).

8 En otro sentido, la previsión es ese evento futuro e incierto.

9 Las dos nociones no se confunden.

## I. EL PRESENTE

El acuerdo de voluntades recae sobre un contenido que constituye las previsiones de los contratantes –previsiones intrínsecas– y que ha sido comandado por cada uno de ellos, teniendo en cuenta las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato, así como los eventos futuros que las partes han podido prever –previsiones extrínsecas–.

El estudio de las previsiones intrínsecas es lo que conviene privilegiar al momento del intercambio de voluntades. El de las previsiones extrínsecas es más fructífero cuando se examina a la distancia si el desencadenamiento de los acontecimientos resultó o no conforme a ellas<sup>10</sup>.

Tomar el contrato como un acto de previsión aporta una nueva visión sobre la distinción entre formación y ejecución del contrato (A). Y esto conduce, al mismo tiempo, a retomar el tema de la fuerza obligatoria del contrato (B).

### A. Previsiones y distinción entre la formación y la ejecución del contrato

Es clásico, al menos para los exégetas, distinguir a propósito del contrato, el tiempo durante el cual éste se forma y aquél durante el cual se ejecuta<sup>11</sup>. El análisis del contrato como acto de previsión es susceptible de reforzar esta distinción para los contratos consensuales; sin embargo, para aquellos que no lo son, la pertinencia de este análisis se ve matizada.

#### 1. Los contratos consensuales

El contrato consensual es aquel que se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades<sup>12</sup> y cuyo proceso de formación es uno de los más estudiados.

En los contratos consensuales, los efectos del contrato no participan, por ellos mismos, de las previsiones de los contratantes. El efecto del contrato es el producto del contrato formado que se realiza instantáneamente, sin formalidad y de manera abstracta. En un contrato consensual, el efecto del contrato no se puede separar del acuerdo de voluntades, puesto que es indisociable de la formación del contrato que ese mismo acuerdo ha generado<sup>13</sup>. La creación de una relación obligacional, la constitución de un derecho real, la transmisión de un derecho real o de un derecho

<sup>10</sup> Ver *infra*.

<sup>11</sup> La distinción no siempre ha sido tan marcada. En la teoría romana sobre los contratos innominados, el contrato sinalagmático no era obligatorio, sino hasta que el mismo había sido ejecutado por una de las partes. Ver MONIER, II, No. 142 y ss.; J. CARBONNIER, *Droit Civil*, t. IV: *Les obligations*, Paris, No. 111.

<sup>12</sup> FR. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les obligations*, 6a ed., Paris, No. 59.

<sup>13</sup> Ver el desarrollo de esta idea, *infra*.

personal, son varios de los efectos posibles de un contrato<sup>14</sup>, que no constituyen en sí previsiones, ya que el efecto del contrato es concomitante al momento en el cual las voluntades se expresan eficazmente (es su instantaneidad la que se opone a ver en los efectos del contrato una previsión). Además, no existe ninguna incertidumbre en cuanto a su producción (es entonces su automaticidad lo que impide hacer una propuesta sobre su definición y naturaleza).

En un contrato consensual permanecen a título de previsiones de los contratantes los efectos de las obligaciones que nacen del contrato; efectos que "se organizan alrededor de dos destinos posibles: la ejecución o el incumplimiento"<sup>15</sup>.

Tanto la ejecución como el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato constituyen eventos cuyo acaecimiento es forzosamente posterior al acuerdo de voluntades; acaecimiento que es de por sí incierto.

Así las cosas, la distinción es límpida, entre los efectos del contrato que son indisociables de su formación<sup>16</sup>, y que no constituyen previsiones, y los efectos de las obligaciones, previsiones éstas que se realizan —o no— al momento de la ejecución del contrato, de suerte que un razonamiento en términos de previsiones, resalta la distinción formación-ejecución del contrato para los contratos consensuales e incita a evitar toda confusión entre efecto del contrato y efecto de la obligación<sup>17</sup>.

Nada puede hacerse contra el efecto del contrato, producto automático e instantáneo del acuerdo de voluntades en los contratos consensuales, y que escapa a la voluntad de las partes contratantes<sup>18</sup>. En cambio, sí es posible hacer algo en contra de las previsiones de los contratantes ya que la obligación es, por esencia, susceptible de no ser ejecutada. Mientras que el efecto del contrato no puede no ser realizado a partir del intercambio de voluntades, el efecto de las obligaciones contractuales puede no producirse.

Esas proposiciones, teóricamente simples de formular de manera concreta son, en algunas ocasiones, difíciles de aplicar. Pensemos en la promesa unilateral de venta. De una jurisprudencia que fue célebre por un comentario<sup>19</sup>, se deduce el análisis hecho por la Corte de Casación de la promesa unilateral de venta: Este contrato preparatorio daría nacimiento a una obligación de hacer a cargo del promitente, que lo mantendría vinculado hasta que el beneficiario no haya declarado adquirir. Razonando así, en términos de obligación, la Corte admite que ésta puede no ser ejecutada, traduciéndose su incumplimiento en la retractación hecha por el

14 CH. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 4a ed., Paris, 1998, No. 591.

15 J. CARBONNIER, *op.cit.*, No. 111.

16 La distinción formación-efecto del contrato, sostenida con frecuencia en las obras consagradas al contrato, si bien tiene cierta virtud pedagógica, no corresponde, por el contrario, a una partición cronológica del contrato.

17 Confusión denunciada de tiempo atrás, Ver DEMOLOMBE, XXIV, No. 384 ss.

18 Desde el momento, al menos, de su consentimiento.

19 Corte de Casación, Tercera Sala Civil, 15 de diciembre de 1993, *JCP*, 1995. II. 22366, nota de D. MAZEAUD.

promitente, y finalmente concluye que, si la retractación intervino antes de que el privilegio concedido al beneficiario fuese aceptado, las voluntades recíprocas de vender y de comprar nunca se encontraron.

Este encadenamiento de argumentos es de una lógica implacable, solo que el primero es erróneo, al punto que su demostración es inútil puesto que la promesa unilateral de venta no engendra ninguna obligación de hacer<sup>20</sup>. Sin embargo, ¿sólo por esta razón es necesario ceder en el sentido de aquellos que reconocen con más facilidad una obligación de no hacer<sup>21</sup> o de dar en la promesa unilateral de venta?<sup>22</sup> Razonar en términos de obligación, sin importar su naturaleza, no permite salir de la alternativa ejecución–incumplimiento y escapar a la controversia sobre la naturaleza de la sanción al cumplimiento defectuoso. De igual manera, ese razonamiento contribuye también a desnaturalizar la promesa unilateral de venta puesto que no existe ninguna obligación en cabeza del promitente. La promesa unilateral de venta es una convención sobre una oferta de venta, más precisamente sobre los caracteres de la oferta: se conviene que está dirigida a persona determinada (el beneficiario), por una duración determinada (el plazo de la opción), y que el ejercicio del derecho de opción está constituido por la aceptación del beneficiario a la oferta de venta que le es hecha y cuyo efecto es la conclusión del contrato de venta.

La existencia de una oferta a persona determinada y con un plazo determinado constituye un efecto instantáneo y automático del contrato. Este no hace parte de las previsiones del contrato: las partes, una vez manifestado su consentimiento, no tienen ningún poder sobre él. El contrato es un efecto cierto del acuerdo de voluntades. La jurisprudencia analizada en este trabajo parte de una confusión entre los efectos de la obligación –que traduce la alternativa ejecución-incumplimiento– y los efectos del contrato, que caracterizan la instantaneidad y la automatización, y que pueden ser más que la creación del vínculo obligacional. Un razonamiento en términos de previsión permite evitar tal confusión para el caso de los contratos consensuales, así como permite la pertinencia, respecto de los mismos, de la distinción entre formación y ejecución del contrato.

## 2. *Los contratos no consensuales*

Los contratos no consensuales, es decir, los contratos solemnes y los reales, son estatuidos así por virtud de la ley o por voluntad de las partes.

20 L. BOYER, "Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats", *RTD civ.*, Paris, 1949, 1; CH. LARROUMET nota a la sentencia de la Corte de Casación, Tercera Sala Civil, 20 de diciembre de 1994, *JCP*, 1995, II. 22491, en especial el No. 5.

21 F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, Paris, 1988, No. 277.

22 P. BLOCH, "L'obligation de transférer la propriété dans la vente", *RDT civ.*, Paris, 1988, 673.

Tanto para los unos como para los otros, la distinción en cuanto a su formación y ejecución pareciera clara; sin embargo, al reflexionarse en términos de previsión, la pertinencia de dicha distinción puede verse cuestionada.

#### a. Los contratos no consensuales por voluntad de la ley

El contrato es solemne "cuando la voluntad de las partes debe ser exteriorizada a través de una forma impuesta, so pena de nulidad"<sup>23</sup>.

El proceso de formación del contrato solemne es cronológico. El acuerdo de voluntades de las partes es necesariamente anterior a su formación. El cumplimiento de la formalidad encuentra su causa eficiente en el acuerdo de voluntades de las partes. Finalmente, la forma, antes que constituir, lo que hace es constatar. Tanto la formalización de su acuerdo, como sus efectos obligacionales participan de las previsiones de los contratantes al momento del acuerdo de voluntades.

Las previsiones de los contratantes, en un contrato solemne, abarcan aquellos elementos cuya reunión, aparte del acuerdo de voluntades, es necesaria para que el contrato se considere válidamente formado. El advenimiento de estos elementos es posterior al acuerdo de voluntades, y también es incierto: posterioridad e incertidumbre caracterizan la previsión. Así, los contratantes prevén la celebración de un acto de autenticación con la finalidad que uno de ellos constituya a favor del otro una hipoteca. Ese acto de autenticación se celebrará forzosamente de manera posterior a su acuerdo, y su advenimiento se encontrará además rodeado de una cuota de incertidumbre, puesto que una de las partes puede rehusar ir a la Notaría para firmar el acto.

Ciertos elementos exigidos para la formación del contrato participan de las previsiones de los contratantes en los contratos solemnes: los efectos del contrato, contrariamente a lo que se había expuesto para los contratos consensuales, se encuentran comprendidos en dichas previsiones. Siendo la formación del contrato forzosamente posterior al acuerdo de voluntades, y su advenimiento incierto, aquello que se encuentra indefectiblemente atado a él, le presta sus caracteres e integra las previsiones de los contratantes. A título de previsiones figuran, en fin, los efectos de las obligaciones engendradas por el contrato y que tienen que ver con su ejecución.

En un contrato solemne, participan de las previsiones contractuales elementos que conciernen tanto a la fase de formación como a la de ejecución del contrato. Se encuentra así una unidad sustancial bajo una aparente dicotomía que llama, lógicamente, a una unidad de tratamiento. Así, el régimen de las obligaciones nacidas del acuerdo de voluntades, y a cuya ejecución está subordinada la formación del contrato (por ejemplo, la recepción del consentimiento en un acto auténtico

23 FR. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op.cit.*, No. 131.

que obliga al menos a las partes a ir a la Notaría), debería ser similar al régimen de las obligaciones cuya ejecución corresponde a la etapa de ejecución del contrato.

Tal posibilidad de derivar la existencia de obligaciones jurídicamente sancionadas, nacidas del acuerdo de voluntades y que forman parte de la etapa de formación del contrato y no de su ejecución, supone que sea reconocida una cierta eficacia al acuerdo de voluntades, necesariamente anterior al cumplimiento de la forma requerida. Esto es aceptado cuando la solemnidad "tiene por objetivo proteger, no al autor o autores del acto, sino a los terceros contra los fraudes de los que podrían ser víctimas"<sup>24</sup>. En esa hipótesis, la doctrina califica el acuerdo de voluntades de promesa solemne de contrato.

Hablar en términos de contrato preparatorio es simplificador. Un contrato preparatorio es un contrato: las obligaciones que éste es susceptible de engendrar hacen parte posiblemente de la formación de otro contrato cuya ejecución participa de aquella del contrato preparatorio. Razonando así, se evita encontrarse en presencia de obligaciones que no se encuentran comprendidas dentro de la fase de ejecución del contrato.

Sin embargo, este razonamiento, en términos de promesa, es artificial. ¿Qué se califica así, en efecto, sino el acuerdo de voluntades, necesariamente anterior al cumplimiento de la forma, elemento constitutivo del acto solemne propiamente dicho? ¿Este desvío por el contrato preparatorio es justificado con el fin de ocultar solo las obligaciones que pueden nacer de un acuerdo de voluntades, aun cuando el contrato no se ha formado y es carente de toda fuerza obligatoria?

En lo que concierne a los contratos reales, ellos exigen para su formación, además del acuerdo de voluntades, la entrega de la cosa objeto de la obligación. Esta entrega encuentra su causa eficiente en el acuerdo de voluntades que le es necesariamente anterior.

Este acuerdo engendra a cargo de una de las partes una obligación de hacer (entregar una cosa) aun cuando el contrato no se haya formado, puesto que la formación se encuentra subordinada al respeto de dicha obligación. Se puede observar en el consentimiento una promesa de contrato real, pero quién no constata que el desvío por el contrato preparatorio es, nuevamente, artificial, que él esconde una verdad, una evidencia: que un contrato real se forma necesariamente de manera progresiva; que el acuerdo de voluntades precede necesariamente a la entrega de la cosa y que ese acuerdo no puede ser concebido como el consentimiento dado al contrato real final. Razonar en términos de contrato preparatorio obligaría a admitir que un contrato real no podría constituirse jamás sin ser precedido de una promesa.

Sin duda deberemos admitir que un acuerdo de voluntades, si bien no forma un contrato, es susceptible de engendrar por su sola fuerza (sin el apoyo del artículo

24 *Ibidem*, No. 132.

1134 del Código Civil), obligaciones. Posiblemente hay, entonces, algo de verdad en la teoría de la autonomía de la voluntad.

Una misma unidad sustancial puede encontrarse en los contratos reales, entre las obligaciones que participan en la formación del contrato y aquellas que participan en su ejecución: todas tienen la misma naturaleza de previsión de las partes en el contrato. Tal identidad de naturaleza puede, lógicamente, conllevar a una identidad de régimen<sup>25</sup>.

#### b. Los contratos no consensuales por voluntad de las partes

El estudio de los contratos no consensuales por voluntad de la ley ha permitido demostrar que razonar en términos de previsión, permite relativizar la distinción entre formación y ejecución del contrato, ya que las previsiones de las partes contratantes comprenden elementos que conciernen a las dos fases. De igual forma, gracias a esta misma relatividad, es posible dar una luz diferente a ciertas figuras contractuales que encuentran su origen en retoques voluntarios aportados por las partes a los esquemas contractuales clásicos.

Las partes tienen la posibilidad de erigir un elemento en solemnidad voluntaria, al respeto de la cual se encuentran condicionados los efectos del contrato. Sin embargo, no es habitual prever que las partes cuenten con la facultad de hacer de un contrato consensual, un contrato real. Lo que no obsta para que un análisis tal, que autoriza el razonamiento en términos de previsión, pueda efectuarse en el caso de un contrato de venta acompañado de una cláusula de reserva de dominio.

Clásicamente, la venta con reserva de dominio se explica operando una disociación entre el momento en el cual el contrato se forma y aquél en el cual éste produce su efecto translaticio de propiedad. El efecto translaticio en la venta es diferido en el tiempo hasta el pago integral del precio por el adquirente.

Tal análisis no es necesariamente satisfactorio. En primera medida, es difícil concebir que la voluntad pueda separar el efecto del contrato del momento de su formación, teniendo en cuenta que ese efecto es el producto abstracto, inmediato e instantáneo del contrato formado<sup>26</sup>. No parece dejar lugar a la voluntad<sup>27</sup>.

25 En la hipótesis del préstamo de consumo, la Corte de Casación estima, por el momento, que el incumplimiento de la obligación por parte del prestamista de entregar la cosa al prestatario, solo genera la obligación de indemnizar sus daños y perjuicios (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 20 de julio de 1981, *Bull. civ.*, I, No. 267).

26 Comp. L. AYNÉS, *La cession de contrat*, tesis, Paris II, 1982, No. 349; adde PH. RÉMY, *RTD civ.*, 1985, 178.

27 La voluntad no podría incidir sobre el principio de desencadenamiento de los efectos del contrato, ella no podría actuar sino sobre sus causas. Ver M. FABRE-MAGNAN, "Le mythe de l'obligation de donner", *RTD, civ.*, 1996, p. 85: "... Una vez consentida libremente la transferencia de la propiedad, deja de ser un efecto de la voluntad y es por esto que no puede existir, propiamente dicha, una obligación de dar. La transferencia de la propiedad

Asímismo, concebir la transferencia de propiedad como una consecuencia de la ejecución del contrato, engendra dificultades técnicas insuperables. Cuando se intenta explicar el efecto del retraso en la venta con reserva de dominio, surgen dudas en cuanto a calificar el pago del precio de "término" o de "condición", teniendo al mismo tiempo conciencia de que ninguna de las explicaciones es satisfactoria<sup>28</sup>.

Si se admite que el efecto del contrato es indisoluble de su formación, se tiene entonces que la cláusula de reserva de dominio lo que difiere en el tiempo no es exactamente el efecto del contrato, sino su propia formación. La formación del contrato de venta, por efecto de la voluntad, se encuentra sometida, además de al acuerdo de voluntades, al pago del precio por el adquirente. La cláusula de reserva de dominio ofrece así a las partes la posibilidad de hacer de un contrato consensual, una suerte de contrato real, cuya formación (el efecto translativo) está subordinada a la entrega de la suma que constituye el precio. De hecho se trata de hacer pasar ciertas obligaciones, de la fase de ejecución a la fase de formación del contrato. Esto no contraría en demasía a quien razona en términos de previsiones y une, sin dificultad, las dos fases<sup>29</sup>.

es siempre un efecto legal, automático del contrato, que tiene lugar de pleno derecho, a pesar de la diversidad de eventos que puede desencadenar este efecto".

28 Verlo como término, evento futuro y cierto, sería desconocer la razón de ser de la cláusula de reserva de dominio, que está destinada a proteger al vendedor contra el riesgo de no pago. El evento futuro es entonces incierto (*contra* J. GUESTIN, "Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété", *D.*, 1981, p. 1, No. 14). Bajo esta perspectiva, la calificación de condición es más adecuada, pero "es poco compatible con los principios generales erigir en condición el evento del cual depende la transferencia de la propiedad": C. SAINT-ALARY-HOUIN, "Réflexions sur le transfert différé de propriété immobilière", *Melanges offerts à Pierre Raynaud*, 1983, 733, especialmente No. 23; comp. PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2. ed., Paris, 605.

29 Esa idea de indisolubilidad entre la formación y el efecto del contrato, que lleva a analizar la figura de la reserva de dominio como aquella que permite diferir en el tiempo la formación del contrato de venta, y por lo tanto su efecto translativo, parece en armonía con las disposiciones del Código Civil. La cláusula de reserva de dominio ha sido por largo tiempo considerada lícita, puesto que el artículo 1583 del Código Civil no es de orden público. En términos de este artículo, "ella —la venta— es perfecta entre las partes, y la propiedad es adquirida en derecho por el comprador respecto al vendedor, desde que se ha convenido sobre la cosa y el precio, aun cuando la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado". Esta disposición no es de orden público, en cuanto a que las partes pueden convenir que la venta no será perfecta (es decir, perfeccionada y productora de efecto translativo) por el solo hecho del acuerdo sobre la cosa y el precio. El carácter supletorio de la disposición no implica entonces que ella acepte un desprendimiento voluntario del efecto del contrato con relación a su formación. Para el caso de las ventas en las cuales se estima generalmente que la transferencia de la propiedad está separada de la formación del contrato, la hipótesis de una formación diferida encuentra también un precioso alimento en el Código Civil. Así, para las ventas por medida, el artículo 1585 dispone: "Cuando las mercancías no son vendidas en bloque, sino por su peso, su cantidad o medida, la venta no es perfecta, en el sentido que las cosas vendidas se encuentran bajo el riesgo del vendedor, hasta que sean pesadas, contadas, o medidas, pero el comprador puede pedir, la entrega o los daños y perjuicios, si hay lugar, en caso de incumplimiento del compromiso". Hasta que las mercancías no sean pesadas, contadas, o medidas, la venta no es perfecta (la expresión es la misma del artículo 1583), en el sentido de que el contrato

## B. Previsiones y fuerza obligatoria del contrato

Analizar el contrato como un acto de previsión puede contribuir a aislar el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato (1) y a diseñar sus contornos (2).

### 1. Previsiones y fundamento de la fuerza obligatoria del contrato

La fuerza obligatoria del contrato se presenta generalmente sustentada en un fundamento moral, el respeto a la palabra dada<sup>30</sup>, y en un fundamento económico y social, la seguridad de las transacciones, garante de la paz pública, ambos íntimamente ligados, representando el primero la visión "micro-jurídica", y el segundo, la visión "macro-jurídica" de una misma consigna: el respeto a la palabra dada que protege el interés particular del contratante y, al mismo tiempo, el interés general<sup>31</sup>.

Se invoca como otro fundamento de la fuerza obligatoria, el hecho de que las previsiones de los contratantes no deben ser desestimadas<sup>32</sup>. El contrato encontrará su vigor en el hecho de que éste es un acto de previsión.

Sin duda, si el acuerdo debiera hacerse bajo el reconocimiento de la pertinencia de tal fundamento, éste último sería impotente para contrarrestar la evolución que traen consigo amenazas cada vez más pronunciadas en contra de la fuerza obligatoria del contrato. Esas amenazas son consideradas como impuestas por imperativos superiores al principio de la fuerza obligatoria del contrato. Que tal o cual fundamento sea asignado a éste último no cambia nada *a priori*.

Sobre todo, buscar en las previsiones de los contratantes, que no deberían ser traicionadas, la explicación de la fuerza obligatoria del contrato, parece vano. Los efectos de las obligaciones, que componen las previsiones de los contratantes en todos los contratos, sean estos consensuales o no, giran como ya se ha dicho, alrededor de dos posibilidades: la ejecución o el incumplimiento. Es tanto el incumplimiento del contrato por uno u otro contratante, como su ejecución los que son previstos por las partes. Esto es evidente cuando las partes contemplan expresamente el incumplimiento de sus obligaciones y establecen la sanción (estipulación de una cláusula penal, de una cláusula limitativa de responsabilidad, de una cláusula resolutoria, etc.). Esto debe admitirse igualmente cuando la convención guarda silencio sobre la hipótesis de incumplimiento del contrato. El

no se ha formado y no produce, entonces, efecto translativo. Pero durante el estadio de la formación del contrato, el Código reconoce, no obstante, una obligación a cargo del vendedor, nacida del solo acuerdo de voluntades. Tal situación nosotros la conocemos, no es sorprendente y puede observarse para el conjunto de contratos no consensuales.

- 30 Ver por ejemplo, CH. LARROUMET, *Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, t. 3, 4 ed., No. 592.  
 31 A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, colección "Droit fundamental", 2 ed., Paris, No. 42: "*Pacta sunt servanda*... Es un principio de derecho natural. Basta para convencerse con imaginarse una sociedad en la cual nadie respeta la palabra dada, ¿sería aún una sociedad?".  
 32 Ver por ejemplo, PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit Civil. Les Obligations*, 8 ed., Paris, 1998, No. 342.

silencio puede explicarse por el deseo de las partes contratantes de someterse al derecho del Código en caso de incumplimiento; él no traduce, en contraposición, la convicción inquebrantable de los contratantes, en el momento del intercambio de consentimientos, de que la convención será plenamente ejecutada por ellos. La incertidumbre es inherente a la previsión: la hipótesis del incumplimiento es inseparable de aquella de la ejecución.

Puesto que las previsiones son portadoras de la perspectiva, tanto de un incumplimiento como de la ejecución, no puede verse en ellas el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato.

La propuesta continúa siendo, no obstante, rica en enseñanzas. Por la noción de previsión se establece un vínculo indisoluble entre ejecución e incumplimiento de las obligaciones. Este vínculo, así revelado, lleva a reencontrarse con la doctrina del Código, "según la cual, los daños y perjuicios debidos en caso de incumplimiento del contrato, son un efecto de las obligaciones contraídas y cumplen así una función de ejecución por equivalente"<sup>33</sup>. La concepción de una "responsabilidad contractual", que tiene una pura función de ejecución forzada del contrato puesto que consagra la indisolubilidad del vínculo existente entre ejecución e incumplimiento, resulta ser mucho más respetuosa de la esencia del contrato, entendido como acto de previsión, que la doctrina que asigna a la responsabilidad contractual una función de reparación del daño.

## 2. *Previsiones y contornos de la fuerza obligatoria del contrato*

Razonar en términos de previsión, puede contribuir a diseñar más fácilmente los contornos de la fuerza obligatoria del contrato; a determinar aquello que ésta cubre y posiblemente aún mas, aquello que ésta no cubre.

El artículo 1134 del Código Civil no es nada prolijo: las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley para quienes las celebraron. Esto se podría traducir fácilmente así: la fuerza obligatoria cubre las previsiones intrínsecas hechas por los contratantes<sup>34</sup>. Solo que las disposiciones del artículo 1135 del Código Civil son susceptibles de hacer variar la propuesta. En términos de este artículo, "las convenciones obligan no sólo a lo expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley asignen a la obligación según su naturaleza".

Así las cosas, se proponen dos definiciones del dominio cubierto por la fuerza obligatoria del contrato, según que precedan a una confusión o a una distinción.

33 PH. RÉMY, "La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept", *RTD civ.*, 1997.

34 Al menos aquellas que conciernen a los elementos que no afectan a la etapa de formación del contrato. Esta reserva se impone solamente para los contratos no consensuales. Ver *supra*.

La confusión conduciría a proponer que el contrato comprendiese –que la fuerza obligatoria cubriese– el conjunto de elementos provenientes de las dos fuentes: la fuente voluntaria (las previsiones) y la fuente legal (las consecuencias del artículo 1135 del Código Civil).

La distinción llevaría a admitir como pertenecientes al contrato y a considerar cubiertas por la fuerza obligatoria del artículo 1134 del Código Civil, únicamente las previsiones de los contratantes.

A favor del primer razonamiento, se haría valer la artificialidad que conlleva separar las consecuencias del artículo 1135 de las obligaciones previstas por las partes, siendo que las primeras parecen ser llamadas naturalmente a adoptar, al ser accesorias a éstas, sus regímenes respectivos.

Sin embargo, la distinción se impone. La fuerza obligatoria del contrato cubre las previsiones de las partes contratantes, no las consecuencias que el artículo 1135 del Código Civil prevé para las obligaciones que han sido determinadas en la convención.

Esta definición rígida del dominio cubierto por la fuerza obligatoria del contrato no afecta en nada, evidentemente, a la obligación que tienen las partes de adecuarse a las consecuencias que la equidad, las costumbres o la ley atribuyen a la obligación contractual de acuerdo a su naturaleza; las obligaciones impuestas tanto a la una como a la otra parte del contrato por el artículo 1135 del Código Civil son obligaciones impuestas por la ley, con ocasión de la celebración de un contrato. En consecuencia, el deudor está obligado a cumplir con las obligaciones de orden legal, así como a ejecutar aquellas de carácter extracontractual y sin que haya ninguna necesidad de recurrir al artículo 1134 del Código Civil<sup>35</sup>.

Por el contrario, la definición rígida permite que los incumplimientos de las partes a las obligaciones del artículo 1135 del Código Civil, escapen a las reglas que sancionan el desconocimiento por los contratantes de la fuerza obligatoria del contrato, y que para este evento son completamente improcedentes.

Así, el desconocimiento por una parte contratante de la fuerza obligatoria del contrato es susceptible, entre otros remedios posibles, de culminar en una condena por daños y perjuicios en razón del incumplimiento de una obligación<sup>36</sup>. En términos del artículo 1150 del Código Civil “el deudor solo es responsable de los daños y perjuicios que han sido previstos o que se pudieron prever en el contrato, cuando no es por su dolo que la obligación no ha sido ejecutada”. Esta disposición, criticada frecuentemente pero a veces también defendida brillantemente<sup>37</sup>, se en-

35 H., L., J., MAZEAUD, FR. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t, II, vol. 1: *Obligations*, 9 ed., por FR. CHABAS, No. 720: “Nadie, solo el acreedor, podría dispensar al deudor de ejecutar una obligación impuesta por el legislador”.

36 Ejecución forzada *in natura*, excepción de incumplimiento, resolución o reestructuración del contrato; Ver PH. RÉMY, *op.cit.*, No. 3, *in fine*.

37 I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du Code Civil)*, Paris II, 1979.

cuenta perfectamente justificada: "La previsibilidad, en esta definición es... una noción objetiva que reenvía a la naturaleza misma del daño reparable, ella misma directamente dirigida por el objeto de la obligación: el daño previsible no es ni más ni menos que el objeto mismo de la obligación no ejecutada —la ventaja no prometida y no recibida—"<sup>38</sup>.

El artículo 1150 del Código Civil se justifica, se impone incluso por respeto a las previsiones contractuales, pero no se explica exclusivamente por ellas y para ellas. Sería incoherente someter al mismo régimen los incumplimientos a obligaciones impuestas a las partes por el artículo 1135 del Código Civil, aun cuando ellas no participan de las previsiones de las partes. El incumplimiento de las obligaciones impuestas con ocasión de un contrato por el artículo 1135 del Código Civil, debe lógicamente ser sancionado como todo incumplimiento a una obligación legal, bajo el fundamento del derecho común de la responsabilidad civil de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil<sup>39</sup>.

Podría ser oportuno determinar los contornos de la fuerza obligatoria del contrato alrededor de las solas previsiones de los contratantes, rechazando confundir e incluir en ellos las obligaciones que el artículo 1135 del Código Civil es susceptible de hacer pesar en cabeza de los contratantes.

## II. EL FUTURO

Una proyección hacia el futuro permite apreciar la suerte reservada a las previsiones de los contratantes, las cuales pueden ser ignoradas o, por el contrario, reforzadas.

En primer lugar, el futuro puede resultar conforme a las previsiones. En este evento, la situación es ideal ya que el contrato es ejecutado por las partes y satisface sus expectativas, y en este sentido, las partes pueden ver multiplicadas las oportunidades que el contrato cumpla a cabalidad con los objetivos por ellas contemplados. Dos vías opuestas pueden ser tomadas por éstas para ese fin. Pueden, inicialmente, como solución más simple y radical, abstenerse de prever, o de prever en demasía, disminuyendo así los riesgos de un desencadenamiento de circunstancias que sería contrario a sus previsiones. Por otra parte, pueden mantener un ambicioso programa de anticipación, pero integrando en éste el riesgo de imprevisión.

La primera propensión de los contratantes podría ilustrarla la técnica de los contratos-marco. A este respecto, se advierte cierta paradoja en el hecho de presentar los contratos-marco como actos de no-previsión, cuando es de su esencia influenciar de manera importante el futuro con el fin de organizar relaciones estables entre cocontratantes, al tiempo que disipan la incertidumbre limitando las

38 PH. RÉMY, *op.cit.*, No. 41.

39 Concernientes a la responsabilidad extracontractual [Nota del traductor].

previsiones. Los contratantes descargan todo en los contratos que dan aplicación a lo previsto en el contrato-marco con el fin de corregirlo o depurarlo, cuando éste es demasiado frágil<sup>40</sup>.

Las técnicas que permiten desde el perfeccionamiento del contrato, integrar el riesgo de imprevisión para neutralizar sus efectos son sometidas a prueba. De lo que se trata principalmente es de recurrir a cláusulas de renegociación o de *hardship* que permitan a una u otra parte pedir un "reacondicionamiento del contrato que los vincula, si un cambio en las condiciones iniciales sobre las cuales se habían comprometido, viene a modificar el equilibrio de ese contrato a punto de hacer sufrir a una de ellas un rigor injusto"<sup>41</sup>. Puesto que la imprevisión participa de las previsiones de las partes, se evita de esa manera que estas últimas sean ignoradas.

La incertidumbre es inherente a la previsión. Que sea descartada es un destino para nada extraordinario. Ese destino afecta sin embargo la seguridad de las relaciones jurídicas. Se concibe, bajo esta perspectiva, que los contratantes se esfuerzan en controlar la incertidumbre. Si ellos no han limitado o domado esta última en el acto mismo, o si esta precaución resultó insuficiente para manejar de manera satisfactoria la incertidumbre, no queda sino remediar la contrariedad constatada entre las previsiones iniciales de los contratantes y la situación tal y como ella efectivamente se realizó.

Si las previsiones que componen el acto –las previsiones intrínsecas– han sido descartadas, serán los remedios clásicos al incumplimiento de las obligaciones contractuales los que se aplicarán.

El problema es más delicado cuando son las previsiones que han comandado el contrato las que son descartadas, es decir, las previsiones extrínsecas que han motivado el perfeccionamiento y el contenido del acto. Esto puede generar dos situaciones: o el contrato no responde ya a las necesidades que estaba destinado a satisfacer, por ejemplo, en razón de la transformación, contraria a las previsiones, del contexto económico, político, social o monetario; o el contrato responde aún a dichas necesidades pero éstas no son ya las de los contratantes.

Para empezar, es cierto que esas situaciones pueden ser tomadas en cuenta por una nueva convención que aniquilaría la traición a las previsiones. Si no puede llegarse a un acuerdo reparador, se impone entonces la pregunta acerca de si una corrección del contrato inicial puede ser decidida por un solo contratante, que arguye el descarte de sus previsiones, o si puede al menos ser obtenida por él a través de petición judicial.

40 Se trata para las partes de un contrato-marco, "de asegurar entre ellas una corriente de negocios, cuyas modalidades generales han sido previstas por ellas, pero no la cuantía precisa ni todas las condiciones", J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, No. 191, p. 161.

41 B. OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship*", *Clunet*, 1974, 794; adde F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 6 ed., Paris, No. 449.

La pregunta no puede formularse de la misma forma para el conjunto de previsiones susceptibles de ser descartadas. Una corrección impuesta a un contratante solo es concebible cuando el hecho de que las previsiones extrínsecas del otro, al haber sido neutralizadas, hubiese afectado la consistencia o el equilibrio de las previsiones intrínsecas. Ir más lejos sería atenuar pura y simplemente el artículo 1134 del Código Civil. Una corrección no es concebible entonces en la segunda hipótesis contemplada, cuando el contrato responde aún a las necesidades para las cuales está llamado a responder, pero esas necesidades no son ya las de los contratantes.

Para la primera hipótesis, por el contrario, permanece aún la pregunta sobre la admisibilidad de una corrección decidida espontáneamente por una de las partes en contra de la otra, o solicitada por ella al juez. En esto se centra toda la polémica sobre la admisión en derecho civil francés de la teoría de la imprevisión. En este sentido, son evocadas actualmente las técnicas de sustitución, que compartirían con la teoría de la imprevisión el resultado buscado, pero que se diferencian en la vía escogida para llegar a tal propósito.

Los sustitutos posibles a la teoría de la imprevisión serán analizados antes que la teoría misma.

#### A. Los substitutos posibles a la teoría de la imprevisión

Son tanto la noción de buena fe como la teoría de la causa, los substitutos susceptibles de competir con la teoría de la imprevisión, en su vocación de corregir las consecuencias de las previsiones descartadas.

##### 1. La buena fe

La buena fe podría ser llamada a restablecer el poder de la voluntad corrigiendo las consecuencias de las previsiones descartadas. Es la feliz demostración que nos esforzaríamos en esclarecer en el contrato; lo que implica, de una parte, inmanencia, y de otra, trascendencia<sup>42</sup>.

La buena fe implicaría, en caso de cambio de las circunstancias, una obligación para las partes de negociar con el fin de adaptar el contrato<sup>43</sup>. Se pudieron observar en la sentencia Huard, proferida por la Sala Comercial el 3 de noviembre de 1992, las premisas de la consagración jurisprudencial de ese nuevo rol confiado a la buena fe<sup>44</sup>. Sin embargo, la importancia de esta sentencia es objeto de vivas controver-

42 A. SÉRIALUX, "Le futur contractuel", *Le droit et le futur. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris*, Paris, 1985, 77.

43 Y. PICOD, "L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat", *Le juge et l'exécution du contrat*, Paris, 1993, 68.

44 Ver J. MESTRE, obs. a la *RTD civ.*, 1993, 124, especialmente 127: "En todo caso, bajo la égida de la buena fe, decididamente imponente, la vía de la revisión del contrato por imprevisión es sin duda actualmente libre".

sias<sup>45</sup>. Puede que haya cierta hipocresía de parte del juez en imponer por esa vía al contratante una corrección que él no osa, por sí mismo, pronunciar.

## 2. La teoría de la causa

La teoría de la causa es cotidianamente reescrita por el juez contemporáneo. De esta monumental obra jurisprudencial, nosotros apartaremos una página, aquella en la cual está consignada la sentencia proferida por la Primera Sala Civil del 17 de enero de 1995<sup>46</sup>. Un intermediario, agente inmobiliario, que había permitido la celebración de una cesión de un contrato de arrendamiento comercial, se ve acusado de no haberse amparado por el consentimiento del arrendatario (sin duda requerido por una estipulación del contrato), a pesar de estar obligado a asegurarse de que todas las condiciones requeridas para la eficacia jurídica del contrato que él proponía a las partes, se encontrasen reunidas. La Corte de Casación concluyó que el intermediario había faltado "a sus obligaciones de forma total y definitiva", y que de esa manera, "aun si la convención –celebrada entre el intermediario y el cesionario– no estaba inicialmente viciada de nulidad por ausencia de causa, el pago de la comisión por el cesionario se encontraba por ese hecho desprovista de causa".

Uniendo esto con las tesis de CAPITANT, la Corte de Casación sanciona aquí directamente la desaparición de la causa de la obligación en el momento de la ejecución del contrato, con el fin de liberar al cesionario de su obligación de pagar la comisión.

Hacer jugar la teoría de la causa en la etapa de ejecución del contrato permite mantener una cierta equivalencia entre las prestaciones de los contratantes<sup>47</sup>. Sin embargo, en el estado actual de las cosas, su ambición de competir con la teoría de la imprevisión es muy modesta, simplemente porque la Corte de Casación ha tenido cuidado en sancionar solamente una desaparición total de la causa, aun cuando con ello haya tenido que desnaturalizar completamente los hechos. Ella ha afirmado que el intermediario ha faltado a sus obligaciones de manera total y definitiva, cuando éste había cumplido con lo esencial de su misión, relacionando las dos partes, elaborando el contrato y haciéndolo ratificar por los contratantes. Por consiguiente, el intermediario solo había faltado a una de sus obligaciones. La evidencia fue negada por la Corte de Casación, sin duda cuidándose de no sancionar una desaparición parcial de la causa<sup>48</sup>.

45 N. MOLFESSIS, "Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat", *Les Petites Affiches*, 30 de septiembre 1998, número especial, 21, especialmente 22: "Podrá leerse y releerse la famosa sentencia Huard, que hace oficio de mito, pero nunca se encontrará en ella esa admisión de la teoría de la imprevisión que una parte de la doctrina ha descubierto allí, con el solo objetivo de hacer aparecer la solución".

46 *Bull. civ.*, I, No. 29.

47 FR. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op.cit.*, No. 445.

48 ¿Por qué ella temía abrir un abismo, o por qué, más concreta y puntualmente, ella deseaba que el cesionario no tuviese ninguna obligación frente al intermediario?

Cuando las previsiones extrínsecas de uno o de ambos contratantes son descartadas, resulta extraño que esto se traduzca en una desaparición total de la causa de la obligación del deudor; lo que se ha generado es más un desequilibrio relativo, que no puede ser afectado por la causa, a menos que los jueces acepten sancionar la desaparición parcial de la misma. Hoy en día, el equilibrio contractual se encuentra erigido como un fin en sí mismo y en esta perspectiva, se puede pensar que tal sanción podrá mañana ser obtenida, a menos que la consagración explícita de la teoría de la imprevisión haga inútil servirse de la noción de causa para su protección.

## B. La teoría de la imprevisión

Ella ofrece al juez, por petición de una de las partes contratantes, la posibilidad de modificar el contenido contractual cuando las previsiones extrínsecas iniciales han sido descartadas, precisamente en el evento en el que la consistencia o el equilibrio de las previsiones intrínsecas hayan sido afectados. Los términos del debate son perfectamente circunscritos y conocidos.

Sobre la admisión del principio de la imprevisión, los argumentos a favor y en contra se neutralizan. Un razonamiento en términos de previsión no permite tampoco tomar firmemente partido. En efecto, la situación opone a un contratante que quiere modificar el contrato, ya que sus previsiones originales han sido descartadas, a otro que estima no estar dispuesto a verse imponer una modificación del contrato que descartaría sus propias previsiones. La opción de admitir o no la imprevisión es eminentemente de política jurídica puesto que el respeto a las previsiones del uno es igual de importante al respeto de las previsiones del otro contratante, salvo si se admite que, en caso de conflicto de intereses, sean las previsiones del deudor quien es generalmente el que solicita la revisión, las que prevalecen. Bastaría inducir un principio general del artículo 1162 del Código Civil, de acuerdo con el cual la convención se interpreta en contra de aquél que la ha estipulado y a favor del que por ella se ha obligado; o del artículo 1187, según el cual el término se presume estipulado en todos los casos a favor del deudor<sup>49</sup>. ¿Este favor al deudor no podría legitimar una revisión por imprevisión cuando sus anticipaciones han sido traicionadas?

El ámbito en el cual la teoría de la imprevisión podría desarrollarse es generalmente presentado como aquél relativo a los contratos de ejecución sucesiva. Puesto que su ejecución se diluye en el tiempo, se concibe que sea por esto que las previsiones de las partes sean más fácilmente descartadas y que una revisión por imprevisión se justifique aquí particularmente. Sin embargo, que los contratos de ejecución sucesiva constituyan el ámbito principal de aplicación de la imprevisión, no significa que sean su único ámbito de aplicación. La teoría debería abarcar todos

49 Comp. C.C., art. 1602, inciso 2.

los contratos en los que los efectos no se han realizado plenamente al momento de la demanda de revisión –los contratos en curso, podríamos decir– Esto concerniría tanto a los contratos de ejecución instantánea, para los cuales la ejecución obligacional ha sido diferida, como a los contratos de ejecución sucesiva. La proposición no es aún completa. En efecto, ¿es coherente oponer, bajo la óptica de la teoría de la imprevisión, los contratos en curso a aquellos –de ejecución instantánea o sucesiva– que hubiesen ya agotado sus efectos? Estos últimos pudieron haber sido celebrados por las partes, en consideración a previsiones idénticas a aquellas que los animarían a celebrar un contrato en curso al momento en el que aquellas han sido descartadas. Los cambios de circunstancias, que traicionan las previsiones extrínsecas de los contratantes, son susceptibles de trastornar *a posteriori* la economía general de un contrato que ya ha sido ejecutado. Si la teoría de la imprevisión es susceptible de ser integrada en derecho civil francés, ¿qué podría justificar que ella no comprenda en su ámbito a los contratos ya ejecutados? Es cierto que aplicada a un contrato en curso, la teoría conllevaría una modificación contractual solo para el futuro, mientras que aplicada a un contrato cuyos efectos ya han sido agotados, vendría a redefinir para el pasado los términos del acto. Esto sin duda sería una tarea menos fácil, pero, repitámoslo, ¿cómo distinguir entre los contratos según ellos estén o no en curso, aun cuando previsiones idénticas hubiesen sido descartadas de manera idéntica en ambos casos, llevando consigo un trastorno del contrato?

Al tratar de demostrar que el análisis del contrato como un acto de previsión tiene consagración normativa, nuestro propósito no era el de negar la evolución del derecho contemporáneo, que es proclive a una concepción cada vez más objetiva del mismo y que reconoce, en consecuencia, en cabeza del juez o de la ley una verdadera facultad de nocividad con relación a las previsiones de los contratantes. Esta evolución aunque es posiblemente benéfica es, en todo caso, cierta. Por el contrario, nuestro objetivo es el de contribuir a la demostración de la extrema complejidad y, por lo mismo, de la extrema riqueza del concepto de contrato. Lo subjetivo no es, a pesar de todo, eclipsado por lo objetivo, y el valor explicativo que conserva el análisis del contrato en términos de previsiones da fe del lugar esencial que tiene la voluntad individual en el contrato, magníficamente defendido por aquel a quien rendimos tan sentido homenaje<sup>50</sup>.

50 F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1957.

