

*Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense**

JOSÉ FÉLIX CHAMIE**

Sumario: I. Premisa. *Impossibility* y su evolución mediante la *doctrine of impracticability*. II. *Discharge by impossibility*. III. *Commercial impracticability*. IV. Ampliación de la imposibilidad sobrevenida: la *doctrine of commercial impracticability*. V. De la *impossibility* a la *commercial impracticability*: el criterio subjetivo de la 'imposibilidad económica'. VI. La "codificación" de las *doctrines* en el UCC: ¿la autonomía de la *commercial impracticability*? VII. El criterio objetivo de la *impossibility*, el criterio subjetivo de la *commercial impracticability*. *Agreement performance* y determinación de las *basic assumptions*. Previsión/imprevisión y relevancia del silencio de las partes. VIII. No imputabilidad del evento al deudor de la prestación (*casus fortuitum nullam culpam praesupponit*). IX. *Frustration of purpose*. X. Comentario final. Efectos del *discharge*, resarcimiento del daño, revisión judicial del contrato, análisis económico y criterio del *superior risk bearer*.

Resumen

Al igual que en el sistema de tradición romanista, la disciplina del 'riesgo por eventos sobrevenidos' en el *common law* estadounidense muestra una progresiva extensión de los confines de las reglas *impossibilium nulla obligatio est* y *casus a nullo praestantur*, y esto mediante el planteamiento de las doctrinas de la 'frustración' del contrato y de la 'impracticabilidad' comercial. En materia contractual, el sistema de *common law* tampoco escapó a los problemas derivados del riesgo en el cumplimiento y de la tensión entre la regla *pacta sunt servanda* y la necesaria gestión del contrato desequilibrado por eventos sobrevenidos

* La primera parte de este escrito referido al mismo tema en el derecho inglés se publicó en el número 16 de esta Revista.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia; candidato a Doctor de la Universidad de Roma 'Tor Vergata'. E-mail: josechamie@gmail.com
Fecha de recepción: 15 de julio de 2009, Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2009.

no imputables a las partes. La argumentación contenida en esta materia no es del todo extraña al jurista del sistema de derecho romano, las hipótesis de imposibilidad son familiares y la 'impracticabilidad' tiene mucho de la que en el área germánica se denomina 'inexigibilidad'; ni qué decir de la evocación de la teoría de las bases del negocio y de la buena fe y la equidad en el UCC. Sin abordar en detalle la evolución jurisprudencial del concepto de 'impracticabilidad', este artículo evidencia cómo maduró dicho concepto gracias a la atención de las cortes sobre las repercusiones económicas que involucran la ejecución del contrato de duración, haciendo uso del método casuístico propio de este sistema y ampliando la disciplina de la imposibilidad sobrevenida más allá de los límites de la imposibilidad material o jurídica, ampliando de igual forma la perspectiva dogmática con pliegues similares a la experiencia de nuestro sistema y apoyándose incluso en sus rudimentos.

Palabras clave: Imposibilidad, impracticabilidad, incumplimiento, frustración, fuerza mayor, riesgo contractual, *common law*, *pacta sunt servanda*, *casus a nullo praestantur*.

PREMISA. IMPOSSIBILITY Y SU EVOLUCIÓN MEDIANTE LA DOCTRINE OF IMPRACTICABILITY

Al igual que en el modelo británico, en el *common law* estadounidense encuentra espacio, aunque con mayores limitaciones, la mencionada *doctrine of absolute contracts*¹. Se trata de una recepción del *common law* inglés en las colonias norteamericanas, en las cuales se mantuvo en vigor la regla áurea incluso después de la independencia, aunque con modificaciones legales y jurisprudenciales. Es un dato conocido que la formación del sistema jurídico de los Estados Unidos es reflejo de la influencia cultural inglesa, sin embargo, progresivamente ha venido acudiendo a los modelos de *civil law* (en especial francés y alemán) en la búsqueda de teorías y soluciones que al final han sido elaboradas de manera autónoma por la jurisprudencia y la doctrina. En este sentido, la doctrina ha identificado una *American Legal Tradition* propia de los Estados Unidos y en la cual el *common law* inglés no ha tenido total aplicación. Esta *legal tradition*, que es representativa del sistema federal estadounidense en el sentido de una *egalitarian frontier society*, ha llevado a la jurisprudencia a la abolición de algunos institutos tradicionales del derecho inglés, atenuar la aplicación de otros y a una sólida afirmación de la posición de la doctrina, dedicada por entero a la sistematización del acervo legal y jurisprudencial mediante formas típicas de codificación oficiales y no oficiales².

Es precisamente el sector de los contratos el que más se caracteriza por las formas típicas de codificación de origen doctrinal y por ello no oficiales, parti-

1 Cfr. E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, 2ª ed., Boston-Toronto-London, 1990, 700.

2 A. T. VON MEHREN, *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Roma, 2000, 7 ss.

cularmente en materia de compraventa, pero también en otras áreas del derecho contractual. La primera de esas formas es el *Restatement*, una recopilación de reglas jurisprudenciales adoptada en aquellos sectores disciplinados por cada uno de los Estados confederados, debidamente organizada y revisada por la doctrina³. Precisamente la naturaleza federal hace más difícil elaborar una disciplina única, ya que la jurisprudencia de cada Estado tiende a seguir lineamientos propios; así, con el objetivo de generar un escenario de unificación de reglas y principios a nivel federal, se fundó en 1923 el *American Law Institute*, formado por jueces, profesores y abogados, de cuya labor han sido fruto numerosos *Restatements* que no obstante fueron modificados a partir de la segunda posguerra⁴. En primer término se encuentra el *Restatement on Contracts* de 1932, ya ampliamente modificado en 1981 por el *Second Restatement*. La jurisprudencia se ha servido de estos instrumentos como cantera de la cual obtener reglas para una representación del estado de la disciplina.

El segundo instrumento es el *Uniform Commercial Code (UCC)*, producto de bases análogas en la doctrina pero con origen oficial, constituyendo la forma de codificación con mayor amplitud en el ámbito del derecho privado estadounidense⁵, siendo adoptado por todos los Estados⁶. Si se observa con atención, no se trata de una ley uniforme, en cuanto ha sido adoptada por cada Estado de manera distinta, sin corresponder con lo que en *civil law* se entiende por 'Código' y siendo principalmente un conjunto de reglas en materia de compraventa que no abarcan todo el ámbito del derecho comercial⁷. Una vez planteada esta breve premisa, que será de gran utilidad en las referencias que siguen, resulta conveniente entrar pues a tratar los aspectos del modelo estadounidense para la gestión de la imposibilidad sobrevenida.

El modelo estadounidense se caracteriza por ser menos rígido que el modelo inglés en la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* y la consiguiente intangibilidad

- 3 TRAISCI, *Soppravvenienze contrattuali*, cit., 223 n. 9 con cita de G. HAZARD, *The American Law Institute*, Roma, 1995.
- 4 Una aproximación desde el sistema de *civil law* en P. GALLO, voz 'Restatement', en *Digesto IV Delle discipline priv.*, vol. XVII, Torino, 1998, 417 ss.
- 5 A diferencia del UCC que es ley, el *Restatement* permanece como compilación privada, cuya eficacia radica en la fuerza persuasiva, esto es, en el prestigio que cada particular compilación adquiere en las cortes: A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, en *Trattato di Diritto Comparato* (dir. Sacco), 2ª ed., Torino, 2002, 212 ss.
- 6 El proyecto fue aprobado en 1952 por el *American Law Institute* y por la *Nacional Conference of Commissioners on Uniform States Laws*, entró en vigor en el Estado de Pennsylvania en 1953 y en casi todos los demás estados entre 1957 y 1967, por ello la fecha de entrada en vigencia varía según el Estado.
- 7 Cfr. A. ROSETT, *Improving the Uniform Commercial Code*, Roma, 1997, 4 ss. Se trataría de un código 'jurisprudencial' (la expresión es de G. BELLANTUONO, voz *Uniform Commercial Code*, en *Digesto IV, Delle discipline priv.*, vol. XIX, Torino, 1999, 518 ss.) que confirmaría la posición central de la jurisprudencia en el *common law*. El UCC se asimila a las directivas comunitarias europeas en la medida que su entrada en vigencia depende de la recepción (con la respectiva enmienda) en cada Estado miembro: en este sentido A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 212 ss.

del contrato⁸. Por ello, mientras en el *common law* inglés las cortes no se cansan de señalar que no tienen el poder de modificar el contrato (dando así soluciones que no llegan a ser equitativas a causa del binomio cumplimiento o resolución), en caso de eventos sobrevenidos que alteren el equilibrio de la operación, en el *common law* estadounidense, caracterizado por la atenuación del mencionado principio, tiene gran relevancia la constante búsqueda por parte del juez (como *rule maker*) de mecanismos que le permitan llegar a soluciones más equitativas para una apropiada distribución del riesgo derivado de eventos sobrevenidos no imputables a los contratantes.

Sobre la huella de la *doctrine of frustration of contract* elaborada originariamente en área británica, se forma en el *common law* estadounidense el concepto de *impracticability*, aplicado en las decisiones sobre casos de imposibilidad sobrevenida. Conviene afirmar desde un principio, que el *common law* estadounidense considera las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis en las que el juez califica una de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral y determina su alcance respecto de un específico evento sobrevenido⁹; en términos generales, la *impossibility* comprende los supuestos tradicionales ya analizados en el área británica de la *destruction of the subject-matter*, la *supervening illegality* y la *death or illness* del deudor, casos en los cuales desaparece un estado de cosas cuya *continued existence* constituía una *precedent constructive condition* de la obligación del promitente¹⁰. Sin abordar aquí en detalle la evolución jurisprudencial de la *impracticability*¹¹, debe recordarse cómo la idea de inexigibilidad, que permitía desvincularse del rigor de la imposibilidad como única causa eximente de responsabilidad, maduró en el área de *common law* estadounidense gracias a la atención de las cortes sobre las repercusiones económicas que rodean la ejecución del contrato, haciendo uso del método casuístico propio de la jurisprudencia. En el modelo estadounidense no hay duda de que la *impossibility* conduce siempre a una *frustration* del contrato, en cuanto que no es posible alcanzar el objetivo de obtener la prestación. Sin embargo, no todos los casos de *frustration* se deben a una *impossibility*; en efecto, en muchos casos lo que desaparece es la posibilidad de usar el bien

8 Como señalamos al tratar el modelo británico, la rigidez con que en éste se aplica la regla áurea, no ha encontrado una crítica seria en la doctrina inglesa, ello determinó que los autores estadounidenses se concentraran en individualizar los puntos débiles de la *doctrine of absolute contracts*, con el resultado de considerarla una regla vacía, obsoleta y de alcance residual, en vigor sólo en aquellas situaciones en las que todavía no se ha reconocido una de las innumerables excepciones formuladas por la jurisprudencia estadounidense: así lo plantea G. GILMORE, *The Death of Contract*, cit., 79 ss.

9 A. CORBIN, *on Contracts*, cit., 653-686.

10 F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 89, quien señala cómo la *ratio* del caso *Taylor v. Caldwell* no se encuentra en el proceso de *implication of fact*, que se entiende ficticio, sino en aquel de la *implication of law*.

11 En cuanto al *iter* jurisprudencial del concepto, y en general sobre el tema, la bibliografía es amplia, nos limitamos aquí a remitir para una noción, a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 245 n. 26 y a la amplia bibliografía allí citada.

o la prestación objeto del contrato de manera ventajosa, como aquellos casos en los cuales un cierto evento, sin destruir totalmente el objeto y por ello sin generar una imposibilidad de la prestación, hace más bien que ésta sea inútil respecto de la finalidad que se esperaba con su ejecución. Surge así la distinción entre las categorías de *impossibility* e *impracticability* por un lado, y de *frustration of purpose* por el otro¹², confirmada en el *Restatement on contracts* de 1932 y en el *Second Restatement* de 1981¹³. En 1932 ambas categorías fueron ubicadas en el capítulo XIII dentro de las causas de *discharge*, y luego disciplinadas en 5 secciones para la *frustration* y un capítulo con 16 secciones para los efectos de la *impossibility-impracticability*. La *impracticability* sería pues una evolución de la *doctrine of impossibility* más allá de los confines de la imposibilidad material.

Por otra parte, habrá *frustration of purpose* cuando el juez deba proceder a calificar la prestación respecto de un particular evento sobrevenido, siempre que no haya coincidencia entre el sujeto obligado a ejecutar la prestación hecha imposible y el sujeto interesado en obtener el *discharge*; así por ejemplo, en el mencionado caso *Paradine v. Jane*, la parte obligada a pagar la contraprestación aún podía, no obstante el evento sobrevenido, cumplirla, ya que se trataba de conseguir las utilidades normales que derivan de la contraprestación hecha imposible por causa no imputable al deudor. Se habla igualmente de *frustration of purpose* si la finalidad que el sujeto obligado a pagar busca mediante la contraprestación que remunera, se hace irrealizable a causa del evento sobrevenido, como en el *case Krell v. Henry*¹⁴.

12 Cfr. el caso *Lloyd v. Murphy*, 25 Cal 48 (1944) 53, los hechos fueron estos: antes de la intervención de los Estados Unidos en la Segunda Guerra mundial, una persona había tomado en arriendo un terreno en el cual pretendía desarrollar una actividad de comercialización de automóviles, posteriormente el país entró en guerra y el gobierno limitó la venta de automóviles nuevos, el arrendatario se negó a cumplir el contrato, no obstante, la decisión le fue adversa. El tribunal sostuvo en esta ocasión que quien tomaba en arriendo un terreno situado sobre una vía de gran circulación, podía destinarlo para otra cosa, por ejemplo subarriendo, y que además un comerciante experto debía prever la imposición de medidas restrictivas a causa de la guerra, sin olvidar que se trataba de una limitación al sector y no una total prohibición. En esta decisión se afirmó: "Although the doctrine of frustration is akin to the doctrine of impossibility of performance since both have developed from commercial necessity of excusing performance in cases of extreme hardship, frustration is not a form of impossibility even under the modern definition of that term, which includes not only cases of physical impossibility but also cases of extreme impracticability of performance. Performance remains possible but the expected value of performance to the party seeking to be excused has been destroyed by a fortuitous event, which supervenes to cause an actual but not literal failure of consideration (...) The doctrine of frustration has been limited to cases of extreme hardship so that businessmen, who must take their arrangements in advance...merely restricted and if governmental regulation does not entirely prohibit business to be carried on in the leased premises but only limits or restricts it, thereby making it less profitable and more difficult to continue, the lease is not terminated or the lessee excused from further performance".

13 Crítica la ubicación de estas categorías en el *Restatement*, CORBIN, on *Contracts*, cit., 332.

14 Acerca de estas hipótesis en el área de *civil law*, el llamado *sinallagma funcional* y la valoración judicial del evento sobrevenido, vide M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 90, quien señala cómo en todas ellas la "dottrina nord-americana che ha avuto maggiore eco in Italia tende a ragionare in termini di incidenza del supervening event su quello che nella nostra esperienza giuridica è denominato *sinallagma funzionale*. Secondo un linguaggio familiare ai giuristi di *civil law*, non è dato distinguere, sul piano delle conseguenze giuridiche, un problema di 'presupposti del agire negoziale' da un problema

II. DISCHARGE BY IMPOSSIBILITY

En el *common law* inglés, como se vio, la *impossibility of performance* tanto material como jurídica, libera al deudor de su obligación, siempre que el evento sobrevenido no le sea imputable. Esta regla se difundió ampliamente en la jurisprudencia norteamericana¹⁵, que ha procurado establecer: "*By whom the risks should be carried, and the extent of the risk that is carried*"¹⁶.

De este modo, quien ha prometido entregar un bien o efectuar una prestación diversa, asume el riesgo de la pérdida de ese bien o la imposibilidad de ejecutar esa prestación y la consiguiente ganancia que de ello se deriva; con base en esta regla, quien debe recibir el bien u otra prestación no debe asumir el riesgo de la imposibilidad pues debe ya asumir el riesgo de no recibir la ganancia que espera con el bien u otra prestación.

Una ampliación de los eventos causa de *impossibility* se presentó sucesivamente por obra de la jurisprudencia, que, consciente de la necesidad de replantear el concepto del modelo para la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos, prefirió un camino distinto al de las cortes inglesas, ampliando la disciplina más allá de los límites de la imposibilidad material o jurídica de la prestación. En este proceso de elaboración de la disciplina, la imposibilidad absoluta de la prestación no es ya un concepto cerrado con un riguroso límite, la nueva realidad a la que se encuentra sometido el contrato abre la puerta al desarrollo del concepto de *commercial impracticability*, una imposibilidad económica que conducirá luego a una neta distinción entre las dos *doctrines* mediante su codificación en el *UCC* (imposibilidad física y jurídica, e impracticabilidad) en materia de compraventa, extendida luego a todos los contratos en el *Second Restatement* (§§ 261 ss.)¹⁷.

III. COMMERCIAL IMPRACTICABILITY

A partir de la regla de los *absolute contracts*, cuya importancia en el *common law* estadounidense es limitada, la doctrina ha señalado cómo la ilicitud sobrevenida de la prestación, al igual que la imposibilidad material de ella, ponen en evidencia una regla precedente a la *sancity of contract*, por lo que no se trata de una excepción sino

di 'sopravvenienza dell'imprevedibile': nel processo di 'construction', il carattere 'condizionale' dell'obbligo assunto da una delle parti di un bilateral contract rispetto al mutamento delle circostanze originate, carattere che determini una 'frustration of purpose', dipende principalmente dalla valutazione giudiziale del 'supervening event' e, secondo una delle tesi più accreditate, dalla riscontrabilità di una alterazione del rapporto di valore fra le prestazioni scambiate o comunque di un ingiusto arricchimento dell'avente diritto al corrispettivo".

15 Cfr. *Gould v. Holwitz*, 113 A 323 N.J. (1921); *Spalding v. Rosa* 71 N.Y. 40 (1877).

16 CORBIN, on Contracts, cit., 324.

17 *Second Restatement on Contracts* (1981) § 261: "Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an even the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary".

de un principio autónomo, expresado en el *civil law* con la máxima latina *impossibulum nulla obligatio est*, al cual se han referido las cortes estadounidenses en distintas ocasiones¹⁸, mediante una concepción amplia de la contrariedad a la ley en la que tienen cabida todos los casos de orden o prohibición de la autoridad judicial, o de contrariedad a un acto administrativo¹⁹. La regla de la ilicitud sobrevinida en el modelo estadounidense se amplía más allá de la imposibilidad absoluta de la prestación, asumiendo que el deudor sería liberado igualmente en los casos en los que podría materialmente cumplir su obligación si decidiese ejecutar un acto ilícito; esta concepción contrasta con el modelo inglés y de ella parte la sustitución del término *impossibility* como base de la *doctrine*, con el de *impracticability*, de matriz subjetiva y que debe ser considerado en cada caso concreto²⁰. Los casos de muerte del deudor o de su incapacidad para ejecutar la prestación, son considerados igualmente hipótesis de *impracticability*; también en estos casos la jurisprudencia ha interpretado con elasticidad el concepto de imposibilidad llegando a considerar que si bien la obligación *intuitu personae* se refiere a la persona del deudor, en ocasiones ese *intuitu* puede tener como objeto también la identidad del acreedor o de un tercero²¹. En cuanto a la imposibilidad de ejecutar la prestación a causa de la destrucción del bien objeto del contrato, la jurisprudencia ha seguido el precedente inglés del caso *Taylor v. Caldwell*, sólo que los jueces ingleses lo han aplicado exclusivamente a los casos de imposibilidad absoluta física o jurídica, los jueces estadounidenses, en cambio, han ampliado su base comprendiendo también los casos de imposibilidad económica que se definen con el modelo de la *commercial impracticability*.

IV. AMPLIACIÓN DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIDA: LA DOCTRINE OF COMMERCIAL IMPRACTICABILITY

La extensión de los confines de la regla *impossibulum nulla obligatio est* que hemos enunciado, no siguió inicialmente un camino con parámetros uniformes, sino que se fue elaborando mediante el uso de criterios relacionados con el ámbito de su aplicación en un determinado sector contractual. La doctrina señala cómo pueden encontrarse los parámetros generales de la disciplina aplicada en una amplia casuística.

18 Cfr. p. ej. *Louisville & NRR v. Mottley* (1911), 219 US 467; en la doctrina v. E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 700 ss.

19 Conviene señalar que, sea o no ella una regla autónoma, una de las más comunes causas de imposibilidad proviene precisamente de la ley o de un acto gubernamental que hacen imposible el cumplimiento de la prestación: v. algunos casos en la materia: *Kubl v. School Dist. No 76* (Neb. 1952), 51 NW 2ª ed. 746; *Process Supply Co. v. Sunstar Foods* (1979) WL 30091; *Eastern Air Lines v. Mc Donnell Douglas* (1976) 532 F 2d. 957; *L.N. Jackson v. Royal Norwegian Govt.* 177 F 2d. 694; *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.* (1981) 517 F 2d 440; *Engel Industries v. First American Bank*, (1992) N.A. 798 F. Supp. 9.

20 E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 701 ss.

21 Cfr. F. P. TRAIACI, op. cit., 235 n. 49, con cita de S. WILLINGSTON, *On Contract*, 1ª ed. Rochester-New York, 1920, sub. § 1941.

En un primer sector de casos relativos a *commercial impracticability*, se encuentran los llamados *Repair Cases*, en los que fundamentalmente un arrendatario de obra había solicitado judicialmente su liberación de la obligación a causa de la destrucción sobrevenida del inmueble en el cual se realizarían los trabajos, pues se trataba de un evento que estaba fuera de su esfera de control. La jurisprudencia, en los casos en que el arrendador de obra se hubiera obligado a ejecutar los trabajos sobre un *opus* ya existente, con el fin de delimitar su alcance, ha opuesto otro grupo constituido por los casos en los que el arrendador de obra se obligó a construir un *opus novus*, a los que se aplica la regla opuesta, esto es, la destrucción sobrevenida de la parte de la obra que en el *interin* había sido construida, no liberaba al constructor de la entrega de la obra final, por lo que debía entonces reconstruir lo hecho. La razón de ser de esta distinción parece infundada, sin embargo es acorde con el principio general del caso *Taylor*, siempre que se considere que la subsistencia del inmueble preexistente es una condición tácita del contrato, lo que no encuentra su base si el inmueble no existía al momento de la celebración del mismo²².

En cuanto a la destrucción del bien objeto de entrega, parte de la doctrina ha planteado una distinción entre la destrucción de bienes ya determinados y la de bienes todavía no determinados, otra parte de la doctrina señala cómo esta distinción tiene poca relevancia práctica ya que la jurisprudencia no sigue criterios uniformes, en unos casos se ha declarado la *impracticability*, en otros se ha negado en atención al criterio del *grater risk*, o de la falta de culpabilidad del contratante²³.

En lo que tiene que ver con los casos en los que se acaba la fuente de aprovisionamiento del bien objeto de suministro, la jurisprudencia restringe también la aplicación de la *doctrine* exigiendo que la fuente del bien no solo se haya terminado definitivamente, sino también que haya sido prevista contractualmente como la única fuente de aprovisionamiento del bien, y que el evento haya sido imprevisible para las partes al momento de celebrar el contrato, además, se exige que quien solicita su liberación por *impracticability* haya procurado todas las medidas necesarias para evitar la extinción de la fuente²⁴.

Otra aplicación de la regla se encuentra en los llamados *Crop failure cases*, en los que un empresario agrícola obligado a entregar una cantidad determinada de productos, pedía su liberación de la obligación alegando que el incumplimiento estaba justificado ya que la cosecha anual no había sido suficiente; en estos casos la jurisprudencia afirmó que la responsabilidad se excluiría sólo en relación con aquellos contratos en los que se hubiera previsto que los productos debían prove-

22 *Carroll v. Bowerstock*, 158 P 143 [Kan. 1917]; *Butterfield v. Byron*, 27 NE 667 (Mass. 1981).

23 F. P. TRASCIO, op. cit., 237 n. 58-60, con cita de WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 4a ed., St. Paul, 1995, 117.

24 Cfr. *Hunington Beach Union High School Distr. v. Continental Information Sys. Corp.*, 621 F 2d 353; *Center Garment Co. v. United Refrigerator Co.*, 369 Mass, 633; *Interpetrol Bermuda Ltd. v. Kaiser Aluminium Int'l Corp.*, 719 F 2d 992 (1985); *Heat Exchanges, Inc. v. Maß. Constr. Corp.*, 34 Md. App. 679 (1977); *Zidell Explorations Inc. v. Conval International Ltd.*, 719 F 2d 1465 (1983).

nir exclusivamente del fondo del promitente²⁵. En casos similares pero en los que nada se hubiese establecido en el contrato, se ha sostenido que el productor puede siempre adquirir el bien de manos de terceros, por lo tanto la baja cosecha no lo eximiría del cumplimiento²⁶. Es precisamente esta hipótesis la más problemática, pues tocará al juez el difícil trabajo de interpretación, lo que ha llevado a la doctrina²⁷ a señalar la falta de uniformidad en los criterios adoptados por la cortes en los casos que nada se ha dicho en el programa contractual; así, unas veces han acudido a la *implied condition theory*, otras veces se ha negado la liberación, especialmente cuando no se trata de un empresario agrícola sino de uno comercial, afirmando que habría podido adquirir el bien siempre disponible en el mercado agrícola compuesto por otros vendedores²⁸. Esta situación ha dado lugar a una distinción entre contratos en los que la obligación de entregar recae sobre un empresario agrícola y contratos en los que dicha obligación corresponde a un mayorista de productos vegetales, donde se entiende que sólo este último se encuentra "*in a position to spread the risk of a single crop failure among his costumers*", mientras que para el productor agrícola la cosecha insuficiente representa una causa para su liberación de la obligación²⁹.

Otro grupo de casos se refiere a las huelgas que hayan impedido el cumplimiento de la prestación. La doctrina considera que la mayor parte de las huelgas se debe a peticiones de aumento salarial y que una vez concedido el aumento desaparece la razón de la huelga, que una vez revocada, permitiría el cumplimiento de la obligación; además, se ha dicho que la huelga difícilmente puede considerarse un evento imprevisible ya que a menudo es objeto de cláusulas de *hardship*, no obstante, se encuentran decisiones en la jurisprudencia que la aceptan como causa de *impracticability* cuando no es en contra del deudor sino de un tercero³⁰.

25 *Dunavant Enterar. v. Ford*, 294 So. 2d 788 (Miss. 1974).

26 *Conagra v. Bartlett Partnership*, 540 N.W. 2d 333 (Neb. 1995).

27 E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 706 ss.

28 Las cortes unas veces se han inclinado por una interpretación literal del contrato, por lo que la falta de una cláusula excluiría la liberación del deudor, otras veces el silencio del texto ha sido considerado como una *implied condition*; para una visión a la operación hermenéutica de las cortes, cfr. *Bunge Corp. v. Recaer*, 519 F 2d. 449 (8th Circuit 1975); *Almance Country Bd of Ed. v. Bobby Murray Chevrolet Inc.* 465 S.E. 2d 306 (N.Y. App. 1996); *Unke v. Thorpe*, 59 N.W. 2d 419 (S.D. 1996); *Anderson v. May*, 52 N.W. 530 (Minn. 1982).

29 Vide *Squillante v. California Lands*, 42 P. 2d 81 (Cal. App. 1935); *Bliss Produce Co. v. A.E. Albert & Sons Inc.*, 20 UCC 917 (1976); *Semo Grain Co. v. Oliver Farm Inc.*, 530 S.w. 2d 256 (Mo. App. 1975). La doctrina también está dividida, mientras algunos autores critican la falta de uniformidad en las decisiones, otros aceptan cargar el riesgo de la cosecha insuficiente sobre el contratante que tendría mayor posibilidad de remediar el bien adquiriéndolo de un tercero, optando por la liberación del deudor cuando se trate de un empresario agrícola y el adquirente sea un empresario comercial que pueda fácilmente adquirir el bien de manos de otros productores, e imputando el incumplimiento y atribuyendo responsabilidad al deudor siempre que sea un empresario comercial: cfr. E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 706 ss.; WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., 174.

30 *Mishara Constr. Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp.*, 365 Mass. 122 (1974); *Glassner v. Northwest Lustre Craft Co.*, 39 Or. App. 175 (1979).

V. DE LA IMPOSSIBILITY A LA COMMERCIAL IMPRACTICABILITY: EL CRITERIO SUBJETIVO DE IMPOSIBILIDAD ECONÓMICA

Con la ampliación de los límites de la imposibilidad sobrevenida absoluta, entendida en el sentido de que "*a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable, and a thing is not practicable when it can be done at excessive and unreasonable cost*"³¹, se sustituyó el criterio objetivo representado seguramente en la imposibilidad material, con un criterio de imposibilidad económica que exige del juez una complicada valoración subjetiva³². Cabe agregar que esta imposibilidad no parece referirse a una mera *difficultas* del deudor, sino a un cumplimiento excesivamente oneroso respecto de las condiciones iniciales del contrato³³. Ahora bien, ¿cómo valorar?, inicialmente fue valorada en términos cuantitativos sin fijar criterios uniformes, teniendo en cuenta de manera porcentual la desproporción respecto del valor originario de la prestación³⁴. Surge natural la pregunta, bajo la doctrina de la imposibilidad ¿la jurisprudencia habría efectivamente entendido liberar al deudor de la prestación sobre la base de una excesiva onerosidad sobrevenida? La respuesta está en que el desproporcionado aumento de los costos no ha sido reconocido generalmente por las cortes como causa suficiente para que el contrato se entienda *frustrated*³⁵.

- 31 *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289-293, 1916, 156 P. 458-460, esta fue la primera vez que se formuló el concepto de commercial impracticability, la Corte decidió a favor de la liberación de responsabilidad estableciendo que una prestación es imposible cuando es impracticable, y es impracticable cuando puede ser cumplida sólo con costos excesivos e irrazonables. Este principio fue recibido inicialmente en 1932 en la *Section 454 Restatement (First) of Contracts*, que introdujo la noción de imposibilidad no solo en sentido estricto, sino también la impracticabilidad a causa de extrema e irrazonable dificultad (*extreme hardship*); sucesivamente la *Section 261 Restatement (Second) of Contracts* del 1981 y la *Section 2-615 UCC* establecieron que un aumento de costos más allá de lo normal y que crea una dificultad extrema e irrazonable puede determinar la doctrina de la impracticabilidad.
- 32 Una definición de esta imposibilidad económica como *subjective impossibility* se encuentra en el *case B's Co. v. B.P. Barber & Assoc.*, 391 F 2d 130 (4th Cir. 1968): "impossibility which is personal to the promisor and does not inhere in the nature of the act to be performed".
- 33 La jurisprudencia abandonó el criterio de valoración objetiva a cambio de uno subjetivo que señala la excesiva onerosidad, avocándose así a la determinación de los cánones para valorar la supervención, una operación que para la doctrina resulta "*easy to state and difficult to apply*": cfr. WALT, *Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability*, en 24 *Indiana Law Review* 65 (1990).
- 34 Una reseña de los casos para establecer a partir de cuáles porcentajes de excesiva onerosidad las cortes han aceptado la *impracticability*, se encuentra en S. W. HALPERN, *Application of the doctrine of Commercial Impracticability*, en 135 *Pennsylvania Law Review*, 1123 (1987), 1135, 1138 ss., quien además afirma: "*Equating commercial impracticability with physical impossibility gives rise to a purely quantitative analysis: how great a loss or deviation from the original contracting conditions makes performance impracticable*".
- 35 Cfr. FRANSWORTH, *Contracts*, cit. 711 ss. Los casos en jurisprudencia son numerosos, acorde con esta doctrina, algunos relevantes en materia son: *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.*, 826 F 2d 239 (4th Cir. 1987); *City of Vernon v. City of Los Angeles*, 290 P 2d. 841 (1955); *Karl Wendt Farm Equip. Co. v. Internacional Harvester Co.*, 931 F. 2d 1112 (6th Circ. 1991); *Publicker Indust. v. Union Carbide Corp.*, 17 UCC Rep. 989 (E.D. Pa. 1975); *Kell Kim Corp. v. Central Markets*, 519 N.E. 2d 295 (N.Y. 1987); *Peerless Cas. Co. v. Weymouth Gardens*, 215 F. 2d

La *commercial impracticability* como una valoración cuantitativa tuvo poco éxito, ello abrió paso a una valoración cualitativa que se convirtió en la característica más importante del modelo estadounidense para la supervención contractual. En este sentido, para conceder el remedio la jurisprudencia ha exigido que la prestación no esté en desproporción respecto del valor inicial o de la contraprestación, sino que ella sea "*essentially different from that for which the parties contracted*", destacando también la exigencia de un "*change in the essential nature of contractual performance*"³⁶. Surge entonces una nueva concepción de la *doctrine of commercial impracticability*, no ya como forma atenuada de la imposibilidad física, sino como forma cualitativamente distinta en el sentido que la prestación, si bien todavía posible, de ser ejecutada en las nuevas circunstancias resultaría de mayúscula onerosidad respecto de lo inicialmente acordado por las partes; se habría dado así el paso hacia la autonomía de la *commercial impracticability*.

VI. LA CODIFICACIÓN DE LAS DOCTRINES EN EL UCC. ¿LA AUTONOMÍA DE LA COMMERCIAL IMPRACTICABILITY?

Como señalamos atrás, las dos doctrinas fueron codificadas separadamente en el UCC, que distingue las dos hipótesis de imposibilidad física y jurídica de aquella de la *commercial impracticability*, sin embargo, ambas producen las mismas consecuencias jurídicas.

En cuanto a la *Casualty to identified Goods*, el § 2-613 del UCC establece:

"Where contract require for its performance goods identified when the contract is made, and the goods suffer casualty without fault of either party before risk of loss passes to the buyer, or in a proper case under a no arrival no sale term [...] then (a) if the loss is total the contract avoided; and (b) if the loss is partial or the goods have so deteriorated as no longer to conform to the contract the buyer may nevertheless demand inspection and at his option either treat the contract as avoided or accept the goods with the due allowance from the contract price for the deterioration or the deficiency in quantity but without further right against the seller".

Con esta norma se libera al deudor de su prestación siempre que el contrato exija para su cumplimiento bienes no fungibles y estos perezcan sin culpa del deudor antes que el riesgo de la destrucción se traslade al adquirente³⁷.

362 (1st Cir. 1954); en cuanto al aumento de precios del petróleo generado por la crisis de 1972, vide *Tennessee Valley Authority v. Westinghouse Electric Corp.*, cit.; *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp. 129 (N.D. Pa. 1980); en cuanto a la incidencia del aumento de costos en el patrimonio del deudor, vide *Alimenta (USA) v. Gibbs Nathaniel (Canada)*, 802 F.2d 1362 (11th Circ. 1986); *Groseth Intl. v. Terreno*, 410 N.W.2d 159 (S.D. 1987).

36 S. W. HALPERN, *Application of the doctrine of Commercial Impracticability*, cit., 1136 ss.

37 Cfr. el case *ConAgra Inc. v. Bartlett Partnership*, 540 N.W.2d 333 (Neb. 1995).

Por su parte, en cuanto al *Excuse by Failure of Presupposed Conditions*, el § 2-615 del UCC establece:

“Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not breach of his duty under a contract for sale if performance has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by the compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or other whether or not it later proves to be invalid”.

Esta norma concede a las partes la facultad de liberarse del cumplimiento, siempre que la prestación sea ‘impracticable’ a causa de un evento cuya no ocurrencia representaba una de las *basic assumptions* en las que se fundaba el contrato. Si bien el párrafo se refiere sólo al vendedor, doctrina y jurisprudencia aceptan que debe extenderse también al comprador³⁸. La norma ofrece sin duda una mayor apertura respecto del concepto de *frustration* en cuanto se extiende a casos en los que el evento sobrevenido hace la prestación económicamente insostenible, incluyendo el aumento de costos siempre que supere un límite normal y produzca una dificultad extrema e irrazonable para uno de los contratantes; no se trata de un simple aumento de los costos, éste debe ser *extreme and unreasonable*, llegando en algunos casos a alterar la naturaleza de la prestación estipulada³⁹. No obstante su flexibilidad, la noción de impracticabilidad está basada una vez más en el dogma de la voluntad, en la ficción del presupuesto implícito, considerando la no ocurrencia del evento imprevisto como una *basic assumption* sobre la cual las partes fundaron su acuerdo. Surge, sin embargo, el problema de determinar la *essential nature* de la prestación que habría sido alterada a causa del evento sobrevenido, la doctrina deduce del comentario oficial al párrafo que la aplicación de la norma sería restrictiva, excluyéndose que el aumento o la caída de los mercados sirva como causa para la liberación del deudor ya que precisamente para ello se celebran contratos de duración con un *fixed price* o precio anticipado y se pactan cláusulas de *hardship*. Por otra parte, el comentario se muestra favorable frente a la aplicación de la *doctrine* en los casos de excesivos costos de mercado a causa de grave carestía de materia prima debido a eventos de guerra, embargos, falta de cosecha u otras circunstancias imprevistas de alcance similar⁴⁰. Otros autores señalan que también en los casos de leve aumento de los costos se podría justificar la aplicación del remedio en atención no a las fluctuaciones del mercado sino al evento que las ha producido, una contingencia cuya no ocurrencia era presupuesto esencial del contrato⁴¹.

38 Vide *amplius* WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., 166.

39 Cfr. el comentario a la *Section 2-615 UCC* y la *Section 261 Second Restatement of Contracts*.

40 E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 711 ss.

41 Pero las cortes no presentan una tendencia hacia el reconocimiento de estos eventos. F. P. TRAIACI, op. cit., 246 n. 100 señala algunas decisiones en sentido negativo (no reconoci-

Bajo la rúbrica titulada *Substituted performance*, se establece en el § 2-614 del UCC una regulación ulterior:

“(1) Where without fault of either party the agreed berthing, loading, or unloading facilities fail or on agreed type of carrier becomes unavaliable to the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable but a commercially reasonable substitute is available, such performance must be tenered and accepted. (2) If the agreed means or manner of payment fails because of domestic or foreign governmental regulation, the seller may withhold or stop delivery unless the buyer provides a means or manner of payment which is commercially a substancial equivalent. If delivery has already been taken, payment by the means or in the manner provide by the regulation discharges the buyer’s obligation unless the regulation is discriminatory, oppressive or predatory”.

El UCC concede al deudor la facultad de sustituir el objeto de la prestación hecha imposible o comercialmente impracticable, con un sustituto comercialmente razonable (*commercially reasonable*), siempre que sea posible, o bien permite al deudor no efectuar la entrega si el pago por parte del adquirente se hizo ilícito a causa de un acto de la administración pública, salvo que dicho pago pueda realizarse haciendo uso de una forma que sea comercialmente su equivalente sustancial (*commercially a substancial equivalent*).

Este proceso de paulatina liberación del régimen de la responsabilidad del deudor evidente en la *Section 2-615 UCC*, se reconstruye tradicionalmente partiendo del *Suez case*. Uno de estos casos relacionados con la *Section*, fue el *Transatlantic Finance Corporation v. U.S.* 124 U.S. App. D.C. 183, 363 F. 2d 312 (1966), en el cual la compañía de navegación del demandante obligada a la entrega de una carga de grano, tuvo que modificar la ruta alrededor de África a causa del cierre del canal; el actor afirmaba la imposibilidad de la prestación ya que se entendía implícito en el contrato que la ruta habitual era la de Suez, a esta argumentación la Corte replicó que el cambio de las circunstancias, si bien extraño a la esfera de control de las partes, no era suficiente para la *impracticability*⁴². Otro caso emblemático fue el *U.S. v. Wegmatic Corporation*, 360 F. 2d 674 (2nd Circ. 1966), en el que un deudor se lamentaba por un imprevisto de orden técnico que habría retardado la entrega y hecho imposible la prestación, en esta ocasión, la Corte, basada en la cláusula contractual de liquidación del daño por retraso en la entrega y la distribución del riesgo por *unforeseen circumstances*, negó la aplicación de la *Section*. Sería la crisis me-

miento de una *basic assumption*): *Louisiana Power & Light Co. v. Allegheny Ludlum Industries*, 517 F. Supp. 1319 (E.D. La, 1981) y *Bernina Distributors, Inc. v. Bernina Sewing Machina Co.*, 646 F. 2d 434 (10th Cir. 1981); en sentido afirmativo (*discharge* para el deudor): *Florida Power and Light Corp.*, 826 F 2d 239 (4th Cir. 1987).

42 Análogamente otro *Suez case*, el *American Trading Company & Production v. Shell International Marine Ltd.*, 453 F. 2d 939 (2nd Cir. 1972).

ridional de los años 70 la que daría ocasión a las cortes para considerar con mayor atención el tema de la distribución del riesgo contractual en los contratos de duración provistos o no de mecanismos convencionales de adaptación al cambio de las circunstancias⁴³.

Pero la realidad de los contratos de duración es siempre cambiante, contingente, de manera que las cláusulas convencionales para su ajuste a las fluctuaciones del mercado no podían solucionar completamente el problema de la distribución del riesgo. A pesar de esto, la jurisprudencia permanecía fiel a la regla de la intangibilidad del contrato negando los extremos de la *impracticability* y por ende negando la *excuse* del deudor siempre que hubiera una cláusula convencional de *price escalation* o de *fixed-price*, o donde la corte considerara que los eventos eran previsible⁴⁴. Cabe

43 Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 246 ss., que señala el caso *Iowa Electric & Power Co. v. Atlas Corp.* 23 UCC Rep. 1711 (N.D. Iowa 1978). En este *case* se había estipulado el suministro cuatrienal de uranio que se hizo gravemente oneroso a causa del embargo petrolero; poco tiempo después de celebrado el contrato, la combinación de varios factores, entre los cuales el embargo árabe del petróleo y las decisiones de la OPEC (Organization of the Petroleum Exporting Countries), produjo un aumento en los costos de producción del uranio que llevó a las empresas productoras al borde de la quiebra. *Atlas* pedía un reajuste equitativo del precio a la luz de la facultad de *excuse* de la Sec. 2-615 UCC, pero la corte negó la existencia de los elementos para la *impracticability*, ya que el deudor no había probado suficientemente que el aumento de costos estaba fuera de su esfera de control.

44 En este sentido el *case Publiker Industries Inc. v. Union Carbide Corp.* (17 UCC Rep. 989 [Dist. Ct. E.D. Pa 1975], en el cual la cláusula índice para la actualización periódica del precio de un suministro trienal de una sustancia petroquímica afín al etanol, no lograba cubrir el precio de mercado del etanol, incrementado a causa de los acontecimientos en oriente; el distribuidor, luego de haber pedido infructuosamente a la contraparte el *adjustment* del precio, se negaba a cumplir alegando la intervención de una fuerza mayor que conduciría a la *commercial impracticability* evidente en el aumento de los costos de producción. Asimismo el *case Eastern Air Lines Inc. v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429 (S.D. Fla. 1979), en el cual el precio del combustible aéreo suministrado por la Gulf habría debido reflejar los cambios en el mercado, en cuanto las partes habían vinculado la *escalation clause* al valor de un cierto tipo de petróleo reportado por una revista especializada; en este caso la corte negó la *excuse* a la luz de una interpretación literal del contrato, que consideró *clear and unambiguous*, por lo tanto no era necesaria una interpretación de la *subjective intention of the parties*. Esta decisión se aplicó también en el caso *Missouri Public Service Company v. Peabody Coal Company*, 583 S.W. 2d 721 (Mo. Ct. App. 1979), donde la adaptación del precio base para el suministro decenal de carbón, vinculado diligentemente por las partes a una serie de índices relacionados con el costo del trabajo, los impuestos y reglamentos del gobierno y a un específico *Industrial Commodity Index*, se mostró ineficaz respecto de las pérdidas que *Peabody* habría sufrido respetando la *escalation* contractual a causa del embargo petrolero, empero, la corte negó la *excuse* considerando que no se trataba de una *basic assumption* esencial al contrato o de una alteración del *performance*. También el caso *Northern Illinois Gas Co. v. Energy Cooperative Inc.*, 38 UCC Rep. Serv. 1222 (Ill. App. Ct. 1984), en el cual la actualización convencional del precio de la nafta que *Energy* debía pagar a la *Northern* por la producción sintética de gas natural para el suministro a terceros usuarios, estaba vinculada al precio del petróleo, pero luego de celebrado el contrato, la *deregulation* del mercado interno hizo bajar los precios del gas natural y la *Public Utility Commission* impedía a *Northern* gravar sobre los usuarios el alza de los costos en la producción de energía; estos hechos no sirvieron para cambiar la posición de la corte frente a la negativa de conceder la *commercial impracticability ex Sec. 2-615 UCC*, enfatizando en la previsión de los eventos

notar que la jurisprudencia había ya considerado en el caso *Transatlantic* que la posibilidad de prever los eventos no suponía necesariamente la exclusión del remedio, puesto que la previsión/imprevisión en general, y la previsión de un determinado evento en particular, no demuestran la voluntad de asumir el riesgo de su ocurrencia, especialmente si se piensa que las partes no siempre están en grado de disciplinar todas las eventualidades, a veces porque no llegan a un acuerdo, pero comúnmente porque están demasiado ocupadas. Acorde con este razonamiento, resulta entonces significativo que algunos riesgos extraños a la evolución del contrato sean previstos en el programa contractual, pero esto no indicaría necesariamente la distribución definitiva del riesgo si ocurre el evento⁴⁵.

El modelo estadounidense presenta una fuerte influencia de las consideraciones económicas del contrato, esto caracteriza notablemente la *modern rule* en materia de eventos sobrevenidos. En sustancia, la jurisprudencia y la doctrina afirman que con esta concepción de la regla cada uno de los contratantes asume no solamente el riesgo de la imposibilidad de la prestación, sino, en general, de toda la esfera del riesgo que cada uno de ellos tiene bajo su control, salvo que eventos no previstos produzcan, no ya la imposibilidad material de la prestación, sino la pérdida en términos económicos de la utilidad de su ejecución, esto es, la hagan *commercially senseless and unjust*. Este fue el precedente iniciado por el conocido caso *Aluminium Co. of America v. Essex Group, Inc.*⁴⁶, que partió de refinadas construcciones doctrinales en la búsqueda de la voluntad presunta de las partes. Se trata de un caso –usando la expresión de PARDOLESI– de ‘activismo judicial’, en el cual el juez TETELBAUM decidió restablecer el equilibrio económico entre las prestaciones para garantizar así la continuidad de la relación comercial. En el contrato, *Alcoa* estaba obligada a transformar la materia prima suministrada por *Essex* y a entregársela luego como aluminio fundido, la duración del contrato era de 16 años y el precio del aluminio procesado por *Alcoa* se determinaría mediante una fórmula constituida por elementos variables y algunos índices; sin embargo, a causa de las políticas de la OPEC, de los sobrecostos de producción imprevistos debido a los controles ambientales, y, en particular, del alza en el precio de la energía eléctrica, el margen de pérdidas de *Alcoa* superó ampliamente la cobertura de la cláusula de indexación, a esto se agregó el desproporcionado aumento del precio de mercado del aluminio respecto de los costos de su producción, garantizando a *Essex* una enorme ventaja. El razonamiento de los jueces centró su

afirmó la Corte que: “The question of whether the non-occurrence of an event was a basis contract assumption is a question of foreseeability (...) as we have stated (...) adverse shifts in oil and gas price were foreseeability and Northern Illinois Gas was charged with knowledge that it might not always be able to arise its rates”.

45 En cuanto a la relevancia del criterio previsión/imprevisión, vide también el caso *Eastern Air Lines v. McDonnell Douglas Corp.*, 532 F 2d 957 (5th Cir. 1976): “When the promisor has anticipated a particular event by specifically providing for it in a contract, he should be relieved of liability for the occurrence of such event regardless of whether it was foreseeable”.

46 En 499 F. Supp. 129, W. D. Pa 1980 (versión italiana en *Foro it.* 1982, IV, 367 ss.).

atención en la sustancia económica de la operación afectada por un evidente desequilibrio patrimonial y en la búsqueda de un remedio concreto y eficiente acorde con la naturaleza del contrato; en este sentido los jueces consideraron que debía darse antes la oportunidad a las partes de renegociar el contrato para superar las contingencias y favorecer su ejecución, en ausencia de ello la corte habría pasado entonces a su adaptación, un hecho improbable considerando que para las partes cualquier intromisión del juez en su autonomía privada daría como resultado una solución seguramente no satisfactoria o de todos modos peor que cualquier acuerdo entre ellas. El criterio que distingue esta decisión de la línea jurisprudencial predominante se encuentra en el énfasis hecho a la gravedad del daño sufrido por la parte que alega la *excuse*, y en la función judicial de encontrar el remedio congruo en atención a las circunstancias del caso; para la corte, estaría en juego el futuro de un importante instrumento comercial como es el contrato de duración, que podría entrar en crisis frente a la necesidad de introducir cláusulas cada vez más elaboradas y sofisticadas con el fin de conservar el equilibrio contractual⁴⁷.

Mientras decisiones sucesivas al caso *Alcoa* parecían no tener en cuenta la nueva *ratio*, en la doctrina suscitaba grandes debates en sentido opuesto, ello se debía a las distintas interpretaciones del problema habitual de la delimitación del principio de los *absolute contracts* respecto del otro, en apariencia contrastante, de la relatividad del vínculo obligatorio en relación con el cambio sobrevenido de las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato⁴⁸; por ello, frente a la afirmación del nuevo principio no faltó quien de forma más o menos drástica se opusiera señalando preocupantes consecuencias respecto de los principios y la sistemática de la disciplina contractual⁴⁹.

Indudablemente el problema de la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos se entrelaza con los temas centrales de la teoría del contrato, en particular la disciplina que regula su ejecución y los efectos del incumplimiento no imputable, pero no puede negarse que existe una opción distinta al principio de la obligatoriedad absoluta del contrato, y es quizás una opción con resultados económicos menos

47 La Corte señaló así el ámbito de su influencia en la renegociación del contrato: "The parties have made their own contract, the Court's role here is limited to framing a remedy for a problem they did not foresee and provide for. And while the Court will highly concede that the managements of Alcoa and Essex are better able to conduct their business than is the Court, in this dispute the Court has information from hindsight far superior to that which the parties had when they made their contract. The parties may both be better served by an informed judicial decision based on the known circumstances than by a decision wrenched from words of the contract which were not chosen with a prevision of today's circumstances. The Court gladly concedes that the parties might today evolve a better working arrangement by negotiation than the Court can impose. But they have not done so, and a rule which permits a judicial action of the kind the Court has taken in this case will provide a desirable practical incentive for businessmen to negotiate their own resolution to problems which arise in the life of long term contracts".

48 Un resumen de la amplia bibliografía en F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 251 n. 36.

49 Vide por ejemplo las críticas de DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, en 64 *B.U.L. Rev.*, 26, 35.

desfavorables y más atenta a la realidad: se trata de valorar el carácter continuo de las obligaciones nacidas de *long-term contracts*⁵⁰, preferir la renegociación del contrato y por ende su conservación si es posible, antes de proceder a su *termination*⁵¹. Y esta es una argumentación válida tanto para el sistema romanista como para el sistema de *common law*.

Ahora bien, si la atención del intérprete hace énfasis en la sustancia económica del contrato (naturaleza del contrato en el sistema romanista o de *civil law*), sin duda el criterio para la gestión del riesgo asume mayores connotaciones cuantitativas; no obstante, no puede descartarse el aspecto cualitativo del problema, esto es, el análisis de la naturaleza del evento sobrevenido y del perjuicio económico que incumbe al deudor⁵².

- 50 "The relationship between the doctrine of excuse and contract doctrine works at the even more fundamental level (...) if one is more concerned with the relationship that the contract has established, one might easily define the primary role of contract doctrine in terms of nurturing, fostering, and perpetuating the relationship": HALPERN, *Application of the Doctrine of Commercial Impracticability*, cit., 1128. En efecto, la gradual atenuación del principio de la *sancity of contract*, inspirada en los criterios de equidad, buena fe y corrección, se relaciona en cierto sentido con la difusión en determinadas áreas del mercado de un nuevo modelo contractual basado en su relación de duración programada para un largo periodo de tiempo, entendida como manifestación de espontánea cooperación y recíproca confianza entre las partes: cfr. DI MATTEO, *Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law*, en 33 *New Eng. L. Rev.*, 265, 1999, 344. Elaborado hace unos treinta años, este modelo denominado por Macneil 'relacional', no se limita al intercambio instantáneo de bienes o servicios, sino que supone la planificación de una operación económica entre las partes para la realización de una finalidad común, v. E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., 488 ss. Por otra parte, los sostenedores de la teoría de los *relational contracts* han identificado en el caso *ALCOA* el inicio de la percepción de un 'nuevo espíritu el contrato' que rechaza la perspectiva de la interpretación de la voluntad de las partes en la distribución del riesgo, para ofrecer una solución más equitativa al cambio de las condiciones económicas de la relación: vide SPEIDEL, *The New Spirit of Contract*, en 2 *J. L. & Comm.*, 193, 1982, 194. Aunque no sea la intención de este escrito, se debe señalar que a una solución de este tipo se ha llegado también en el sistema de la familia romanista, con una enorme tradición sobre la equidad.
- 51 Acerca de los riesgos que supone la renegociación en el sentido de mejorar o empeorar la posición de las partes v. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 84, se piense p. ej. en aquellos casos en los que el *surplus* del intercambio dependa de inversiones específicas hechas por un contratante durante la ejecución del contrato, como p. ej. la construcción de una planta de transformación cercana al lugar donde la contraparte produce la materia prima; si bien se trata de cargas económicas que aportan beneficios a la operación comercial, pueden crear vínculos de dependencia que alimentan el riesgo de conductas oportunistas (*opportunistic behavior*), en efecto, durante la fase de renegociación, una propuesta de revisión poco ventajosa, la particularidad de las inversiones impide terminar otros contratos.
- 52 El planteamiento de los problemas del riesgo supone la exigencia de comprender la implicancia económica del modelo contractual en examen, en este sentido, siguiendo los trabajos de Polinsky y de Poster, al igual que con una detallada referencia jurisprudencial, afirma F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 253 n. 39: "È noto che, coloro i quali trattano la materia dell'adempimento/inadempimento in termini di analisi economica, sottolineano che l'ordinamento non impone la fedele esecuzione delle obbligazioni assunte, ma, più semplicemente, offre alle parti l'alternativa fra l'adempimento e l'inadempimento, con l'obbligo, in quest'ultimo caso, di risarcire il danno sofferto dall'altra parte. Si chiarisce — ove mai ve ne fosse la necessità — che la seconda soluzione verrà preferita allorché il danno risarcibile sia

De todo esto resulta pues inevitable que, al igual que en nuestro sistema, también en el *common law* la falta de cláusulas expresas para la gestión del riesgo conduzca la mirada hacia el concepto de imprevisión, pero este es quizás un camino oscuro, en el que se transita a través de las sutilezas doctrinales y la aplicación de un ambiguo criterio de *objective foreseeability* que dificulta la aplicación del remedio. A esta técnica corresponde la tendencia objetiva del concepto de 'imprevisión' (que evoca la paulatina evolución en el modelo alemán del criterio subjetivo de la *Voraussetzung* hacia el criterio objetivo de la *Geschäftsgrundlage*), en cuanto referido a lo que las partes habrían razonablemente entendido como *basic assumption*. Esta es la ficción jurídica que el modelo tradicional emplea, remitiéndose al hipotético querer de las partes en la difícil aspiración, tantas veces señalada, de que la voluntad de los contratantes pueda distribuir todos los riesgos inherentes a las relaciones contractuales de larga duración.

VII. EL CRITERIO OBJETIVO DE LA IMPOSSIBILITY. EL CRITERIO SUBJETIVO DE LA COMMERCIAL IMPRACTICABILITY. EL AGREED PERFORMANCE Y LA DETERMINACIÓN DE LAS BASIC ASSUMPTIONS. PREVISIÓN/IMPREVISIÓN Y RELEVANCIA DEL SILENCIO DE LAS PARTES

De las decisiones jurisprudenciales se deduce entonces que las cortes han procedido de manera no uniforme en la operación hermenéutica sobre los elementos que constituyen cada una de las *doctrines*, en particular, la determinación de la imposibilidad material se ha convertido en una mera operación objetiva que no deja espacio a las consideraciones del juez. Así, las cortes han exigido para la aplicación del remedio que esté comprobada la presencia de la imposibilidad material, sin efectuar el juez estadounidense —como sí lo hace el juez inglés— la operación hermenéutica dirigida a encontrar en el tejido contractual una cláusula expresa o tácita que pueda indicar que la imposibilidad había o habría sido prevista por las partes como causa para la liberación del deudor. La regulación del UCC permite ver que el modelo estadounidense considera la imposibilidad absoluta de la prestación como eximente objetiva de responsabilidad, al margen de cualquier *construction* de la efectiva voluntad de las partes por medio de la 'presuposición'⁵³.

inferiore al vantaggio che l'inadempiente consegue dalla diversa dislocazione dei beni e/o dei servizi che costituiscono l'oggetto della prestazione (...) Tale giustificazione, derivanti dall'analisi economica della disciplina, importerebbe, poi, un sostanziale disfavore verso quelle norme che impongono l'adempimento in forma specifica e, di conseguenza, verso soluzioni giurisprudenziali che contemplano l'applicazione del principio dell'esecuzione specifica (...) Del resto, anche in termini di analisi economica, la soluzione imperniata sulla liberazione del debitore per impracticability della prestazione è stata sottoposta ad un attento esame in area nord-americana. Il dibattito scaturito dal confronto fra i più attenti studiosi di Contract Law non è certo riassumibile in poche battute. Ma cercando di estrarre la summa delle questioni, si può ricordare che ci si è chiesti innanzitutto se l'applicazione dei principi sui quali si fonda la disciplina dell'impracticability costituisca la migliore tecnica di ripartizione dei rischi, subito dopo —s'intende— l'allocatione convenzionale, quindi, se la disciplina vigente valga ad ottimizzare i costi dell'affidamento del creditore".

53 Las cortes, de buscar las *implied conditions*, han pasado a determinar "whether, in the light

Los requisitos para la determinación de la *commercial impracticability* se sintetizan en la fórmula de la sección 2-615 (a) UCC, además de la *specific excuse* en materia de *supervening illegality*, se introduce una regla general según la cual el incumplimiento estaría justificado siempre que la prestación se haga impracticable a causa de un evento cuya no ocurrencia (*non-occurrence*) –se insiste– constituiría uno de los presupuestos del contrato. Requisito principal para la aplicación del remedio es pues la previsión/imprevisión del evento, entendida no como la probabilidad de ocurrencia del mismo en sentido objetivo, sino en sentido subjetivo como una de las *basic assumptions* en las que se funda el contrato⁵⁴.

Ahora bien, la necesidad de encontrar los presupuestos o bases del contrato supone una ampliación en al ámbito discrecional de la interpretación judicial, a la luz de una concepción objetiva de la disciplina de la imposibilidad sobrevenida⁵⁵. Surge así la pregunta, ¿cuáles *non-occurrences* deben considerarse o no *basic assumptions*? Se ha dicho que las condiciones esenciales cuya desaparición es causa de *impracticability* pueden reducirse a tres: 1. Que la ejecución de la prestación no haya sido considerada ilícita por una ley o un acto administrativo. 2. Que el deudor de la prestación esté en vida y sea capaz de ejecutarla. 3. La no alteración o destrucción del bien objeto del contrato. Este elenco no es exhaustivo, por tanto queda a las cortes la valoración en concreto respecto de los eventos. En este sentido, frente a la previsión de cláusulas específicas que en el contrato distribuyen riesgos de eventos distintos al ocurrido, surge la duda, interpretar o no ese silencio como asunción del riesgo por circunstancias que habrían podido ser previstas⁵⁶.

if exceptional circumstances, justice requires a departure from the general rule that the promisor bears the risk of increased difficulty of performance": E. A. FRANSWORTH, *Contracts*, cit., 707, quien también recomienda a los jueces (p. 713) una atenta valoración de todas las circunstancias relevantes.

- 54 El carácter de previsible del evento fue considerado motivo para negar la *excuse* en *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429 (S.D. Fla 1975). Por su parte, la previsión/imprevisión en sentido objetivo ha sido considerada en doctrina como indicio de la asunción del riesgo, por parte del deudor, de la ocurrencia del evento. Sin embargo, lejos de representar una derogatoria a la *modern rule*, la imprevisión del evento sobrevenido "is at best one fact to be considered in resolving first how likely the occurrence, based on past experience, of such a reasonable likelihood that the obligor should not merely foresee the risk but, because of the degree of its likelihood, the obligor should have guarded against it or provided for non-liability against the risk": vide *amplius* E. A. FRANSWORTH, op. cit., 718.
- 55 En este sentido la *Introductory Note al capítulo 11 del Second Restatement* que dice: "Determining whether the non-occurrence of a particular event was or was not a basic assumption involves a judgement as to which party assumed the risk of its occurrence. In contracting for the manufacture and delivery of goods at a price fixed in the contract, for example, the seller assumes the risk of increased costs within the normal range. If, however, a disaster results in an abrupt tenfold increase in cost to the seller, a court might determine that the seller did not assume the risk by concluding that the non-occurrence of the disaster was a 'basic assumption' on which the contract was made".
- 56 *Dills v. Town of Enfield*, 557 A. 2d 517 (Conn. 1989); *Waldinger Corp. V. CRS Group Engineers Inc.*, 775 F 2d 781.

Parte de la doctrina ha señalado que frente a eventos previsibles del silencio de las partes no puede deducirse que el deudor haya asumido todos los riesgos de la imposibilidad de la prestación. Esta interpretación parte del *comment c*) a la sección 261 del *Second Restatement of Contract*⁵⁷, que dice:

"Circumstances relevant in deciding whether a party has assumed a greater obligation incluye his ability to have inserted a provision in the contract expressly shifting the risk of impracticability to the other party. This will depend on the extent to which the agreement was standardized, the degree to which the other party supplied the terms, and, in the case of a particular trade or group, the frequency with which language so allocating the risk is used in that trade or group[...]"

El comentario pone en evidencia que la interpretación no puede prescindir de una valoración en conjunto de las circunstancias a partir de cuales pueda deducirse que una parte asumió un riesgo mayor respecto de lo establecido en el contrato, como se afirmó en el mencionado caso *Alcoa* (cit., 70):

"The proper question is not simply whether the parties to a contract were concious of uncertainty with respect to a vital fact, but whether they believed that uncertainty was effectively limited within a desiganted range so that they world deem outcomeseb beyond that range to be highly unlikely".

Igualmente, una atenta operación de hermenéutica contractual debe ser realizada en la determinación de un elemento adicional: que el evento sobrevenido haya hecho imposible el cumplimiento del contrato tal y como fue estipulado (*performance as agreed*). Esto tiene como efecto el primordial rol interpretativo del juez en la distinción de los casos en los que se hace excesivamente onerosa o imposible la prestación, de aquellos en los que se hace más onerosa o imposible solamente una modalidad de su cumplimiento o uno de sus elementos accesorios. Esta regla se aplica cuando las partes hayan establecido que la prestación se cumpliría aun en caso de *vis maior* (*force majeure clause*), y cuando se estipule la exención de responsabilidad por esa misma fuerza mayor podría entonces interpretarse como asunción tácita del riesgo de cualquier otro evento por parte de quien exija la *excuse*. La ausencia de una previsión como ésta es requisito adicional para el *discharge*, por ello existe hoy una tendencia a introducir en el programa contractual cláusulas de distribución explícita y anticipada de los costos por eventos sobrevenidos; así mismo, comúnmente se incluyen cláusulas de renegociación (*fair clauses*) que exigen la presencia de una *gross inequity* provocada por condiciones económicas inusitadas, no contempladas

57 En materia de imposibilidad en los *Restatements*, la doctrina señala una diferencia terminológica de gran relevancia, el primero de ellos dice que el evento debe ser *unforeseen* (no previsto), y el segundo que debe ser *not foreseeable* (imprevisible).

al momento de celebrar el contrato, y establecen que las partes en tal caso deben iniciar negociaciones de buena fe encaminadas a corregir la *inequity*, si no logran el acuerdo se someterán a un arbitramento⁵⁸. La valoración del requisito de la imprevisión del evento sobrevenido en la *Section 2-615 UCC*, se deja ampliamente a la discrecionalidad del juez, que tiende a asumir una posición rígida valiéndose de la presunción de competencia profesional y considerando a menudo a las partes como dotadas de la experiencia necesaria para prever los riesgos del mercado en que operan; esto explica quizás un reciente rechazo de las cortes ante la petición de liberación de responsabilidad por *impracticability* o *frustration of purpose* en casos de arrendamiento de servicios hoteleros, cuya ejecución se había hecho particularmente onerosa a causa del imprevisto temor de ataques terroristas que redujo drásticamente el número de reservas, especialmente luego de la Guerra del Golfo y los conocidos ataques a New York⁵⁹.

VIII. NO IMPUTABILIDAD DEL EVENTO AL DEUDOR DE LA PRESTACIÓN (CASUS FORTUITUS NULLAM CULPAM PRAESUPONIT)

Para la procedencia del remedio se exige también que los efectos del evento sobrevenido no deban ser imputables a la conducta dolosa o culposa del deudor de la prestación hecha impracticable, la doctrina sugiere valorar esta responsabilidad a la luz de la interpretación del contrato, los usos comerciales y las exigencias de

58 El rigor de la jurisprudencia en admitir excepciones a la regla áurea ha justificado la tendencia de los operadores económicos al uso de cláusulas contractuales siempre más elaboradas y sofisticadas para intentar prever toda posible condición que pueda evitar motivos de controversia; no obstante la voluntad de alcanzar el mayor grado de completud del contrato –se insiste–, está siempre presente un margen de incerteza que caracteriza los eventos sobrevenidos.

59 En el caso *7200 Scottsdale Road General Partners v. Kubn Farm Machinery Inc.*, 909 P. 2d 408 (1995) las partes habían acordado organizar un encuentro para la presentación de nuevos productos lanzados al mercado por la sociedad *Kubn Farm*; en enero de 1991, la declaración de guerra contra Irak por parte de los EEUU había incrementado inevitablemente el riesgo de ataques terroristas, obligando así a los principales proveedores y distribuidores de la *Kubn Farm* a no participar en el encuentro. La sociedad pidió la *excuse by frustration of purpose* y la *commercial impracticability*, si bien acogida en primera instancia, la petición fue negada en la apelación argumentando que el peligro de viajes aéreos en los que pudiesen tomar retaliaciones los extremistas no era una causa de resolución del contrato, y que, además, el contrato no era impracticable ya que era todavía posible ofrecer el servicio hotelero a los asistentes. Las decisiones no cambiaron luego de los ataques de 2001, en efecto, en el *case Owbr LLC, d/b/a Outrigger Wailea Resort v. Clear Channel Communications Inc.* y otros, 266 F. Supp. 2d 1214 (2003) U.S. Dist., el contrato establecía la realización de un evento musical en el *Outrigger Wailea Resort* de Hawaii en los días 13 y 17 de febrero 2002; algunas semanas antes de la fecha establecida, los organizadores decidieron aplazar el evento manifestando su preocupación por el peligro de viajar a las islas Hawaii a causa de los atentados del 11/09, la *Outrigger* demandó por incumplimiento a *Clear Channel* y la corte aceptó la petición, argumentando que el riesgo de ataques cinco meses después de los hechos de New York no hacía peligrosa la ejecución del contrato, así como tampoco fue aceptada la cláusula de *force majeure* del contrato.

utilidad pública. Aquí cobra importancia en la jurisprudencia el uso de las fórmulas de *vis maior* o de *force majeure*, comprensivas de una serie de actos humanos no imputables al deudor (cerca a una noción de caso fortuito que evoca sin duda la regla de nuestro sistema *casus fortuitus nullam culpam praesupponit*), más que el uso de la fórmula de *Act of God*, comprendida en doctrina como un concepto restringido que aparentemente comprende sólo acontecimientos naturales⁶⁰. Mediante una concepción amplia de la 'fuerza', se ha llegado también a la liberación del deudor en los casos en los que la *impossibility/impracticability* de la prestación se deba no sólo a caso fortuito sino también a la conducta del acreedor o de terceros⁶¹.

La doctrina señala que el caso fortuito más recurrente en las decisiones está representado por la promulgación de leyes o de actos administrativos que hacen objetivamente impracticable la prestación, casos en los que se afirma la innecesaria valoración respecto de la existencia de una *basic assumption* relacionada con la falta de existencia de dicha ley o acto⁶². Por su parte, en los casos en los que el cumplimiento se hace más oneroso por hechos imputables al acreedor, se aplica la misma regla del *common law* inglés según la cual se deben utilizar todos los medios disponibles para evitar la imposibilidad de la prestación⁶³. Una precisión adicional se hace en cuanto a la *impracticability* causada por la conducta del deudor, se exige para su liberación que el comportamiento no se deba a la voluntad de incumplir la prestación⁶⁴.

60 Cfr. CORBIN, *on Contracts*, cit., 1100; en jurisprudencia vide *Gans S.S. Line v. Wilbensen* 275 F. 254.

61 Una amplia referencia jurisprudencial en E. A. FRANSWORTH, op. cit., 613, entre los precedentes de mayor importancia en relación con la *section 2-615 UCC* pueden citarse, en el sentido de improcedencia del *discharge* cuando el deudor voluntariamente ha hecho impracticable la prestación: *Canadian Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co.*, 258 N.Y. 194, 179 N.E. 383 (1932); *Neal Copper Grain v. Texas Sulphur Co.*, 508 F.2d. 283 (1974); *Frank B. Bozzo Inc. v. Electric Weld Division of Fort Pitt. Bridge Division of Spang Industries Inc.*, 423 A.2d. 702 (Pa. 1980); *Taylor-Edwards Warehouse & Transfer Co. v. Byrlington Northern*, 715 F.2d 1330 (1983); *Roth Steel Products v. Sharon Steel Corp.*, 705 F.2d 134 (6th Circ. 1983); *Nissho Iwai Co. Ltd. v. Occidental Crude Sales Inc.*, 729 F.2d. 1530 (5th Circ. 1984). Dentro del concepto de *fault* se incluye también la *negligence* (*Blount-Midyette & Co. v. Aeroglide Corp.*, 119 S.E. 2d 225 [N.C. 1961]; *Carlson v. Nelson*, 285 N.W. 2d 505 [Neb. 1979]). En cuanto a la liberación del deudor por eventos imputables a terceros, vide *Mac Knight Flintic Stone Co. v. Mayor*, 54 N.E. 661, N.Y. (1899), se trataba de un arrendamiento de obra para la impermeabilización de un techo, en el que los trabajos resultaron insatisfactorios a causa de la falta de cooperación de los empleados enviados por quien contrató la obra.

62 WHITE-SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., n. 3.

63 "A party may not by its own conduct, create the event causing the impracticability, of performance (...); in fact it must make all reasonable efforts to avoid the 'impossibility', and once the events occurs, it must employ any practicable means of fulfilling the contract, even if it had originally expected to meet its obligation in a particular way": *Chemtron Corp. v. McLout Steel Corp.*, 381 F. Supp. 245 (N.D. 1974); cfr. CORBIN, op cit., 1098 ss.

64 En la doctrina se citan el caso del cantante de ópera que no pudo ejecutar la prestación debido a un resfriado, y el caso de la muerte del deudor de la obligación *intuitu personae*. Estos eventos son, sin duda, una *vis maior*. Cfr. F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit.,

IX. FRUSTRATION OF PURPOSE

Esta *doctrine*, presente también en el sistema inglés, fue acogida pacíficamente en la jurisprudencia norteamericana que la disciplinó en ausencia de una regulación uniforme en el UCC. El caso de referencia proviene de la decisión inglesa en *Krell v. Henry* atrás mencionada, revisando esta decisión la jurisprudencia norteamericana resaltó la diferencia entre la doctrina inglesa de la *frustration* y la *doctrine of impossibility/impracticability* estadounidense, en efecto, la cancelación del desfile de coronación no hacía impracticable la prestación de las partes, inmueble y canon podían aún entregarse y pagarse, solo que el efecto de la circunstancia sobrevenida privaba a una de las partes de la realización de su expectativa con la ejecución de la contraprestación, haciendo inútil el cumplimiento. De esto se deduce entonces que mientras la impracticabilidad sancionaría la imposibilidad de la prestación, la frustración sancionaría los casos en los que la ejecución de la prestación, si bien aun sostenible económicamente, resultaría inútil para el acreedor. De modo que la impracticabilidad estaría en favor de quien se obliga a entregar bienes o a realizar servicios, y la frustración en favor de quien se obliga a pagar sumas de dinero como contraprestación por dicha entrega o por la realización de dichos servicios⁶⁵.

El *Second Restatement on Contracts* pone en evidencia la distinción entre las dos *doctrines*:

§ 261.- "Where, alter a contract is made, a party's performance is made impracticable whithout his fault by the occurrence of an even the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary".

§ 265.- "Where, alter a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated whithout his fault by the occurrence of an even the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary".

257, que se remite a los casos *Joseph Constantine S.S. Line v. Imperial Smelting Corp.* (1942) App. Cas. 154, 165 L.T. 27 y *CNA Intl. Reins. Co. v. Phoenix*, 678 So. 2d 378 (Fla. App. 1996).

65 En este sentido E. A. FRANSWORTH, *op. cit.*, 720: "This case did not prevent Krell from letting Henry use his room or Henry from payinfg Krell the £ 50. Rather, its effects was to deprive one party entirely of the benefit he expected from the other's performance, since it made the use of Krell's rooms during the period for wich they were virtually worthless to Henry (...) In general, the doctrine of impracticability of performance operates to the advantage of parties that are bound to furnish goods, lands, services or similar performance, while the doctrine of frustration of purpose operates to the advantage of the parties that are bound to pay money in return of those performances".

Las disposiciones son evidentemente similares, la diferencia está en los efectos del evento sobrevenido, que en el primer caso hace la prestación, diríamos, excesivamente onerosa, mientras que en el segundo debe haber sustancialmente frustrado el *principal purpose* de una de las partes que pierde así la utilidad de la expectativa puesta en la contraprestación. Los demás requisitos para la *frustration* son los mismos de la *impracticability*: 1. Que la no ocurrencia del evento sea una *basic assumption* del contrato. 2. Que los efectos dañosos del evento no sean imputables a la conducta dolosa o culposa del deudor. 3. Que la parte no haya asumido *a greater obligation than the law imposes*⁶⁶. Este último requisito está ligado al inciso "*unless the circumstances indicate the contrary*"⁶⁷ y a su interpretación, por lo que análogamente a cuanto ocurre en la impracticabilidad, también en la frustración la sola prueba de una *substantial frustration* de uno de los presupuestos del contrato no es suficiente para liberar al deudor cuando éste asumió los riesgos de la circunstancia sobrevenida, acorde con los criterios aplicados para la *impracticability*, deducidos unas veces de la interpretación del contrato, otras veces de la noción de imprevisión. Sin embargo, esto no sería del todo verdadero, primero si se considera desde la óptica del contratante débil, ya que la distribución anticipada del riesgo pudo haber sido impuesta por el contratante fuerte, y segundo porque, si bien hecha anticipadamente esa previsión sobre el riesgo, el contratante no habría entendido asumirlo⁶⁸.

Al igual que en el sistema inglés, en el modelo estadounidense la *frustration* ha tenido poca aplicación práctica, y ello ha sido justificado por la doctrina en el hecho de que el remedio no debe ser invocado injustificada, temeraria o abusivamente, de lo contrario se permitiría su tutela simplemente cuando alguien haya celebrado un mal negocio⁶⁹. Esta argumentación es válida también para nuestro sistema.

X. COMENTARIO FINAL. EFECTOS DEL *DISCHARGE*, RESARCIMIENTO DEL DAÑO, REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO, ANÁLISIS ECONÓMICO Y CRITERIO DEL *SUPERIOR RISK BEARER*

Como hemos señalado, tanto la *impossibility* como la *frustration* producen la *discharge* del deudor, esto es, su *excusa* por el incumplimiento de la prestación y de la condena en daños, además de estar legitimado para la restitución. En los dos modelos se tiene en cuenta la relevancia práctica de cada uno de los remedios, concebidos

66 Cfr. F. P. TRAIACI, *op cit.*, 260 ss., y jurisprudencia allí citada en notas 159 a 161.

67 Presente en los §§ 261 y 265 del *Second Restatement*.

68 *Washington State Hop Producers v. Goshie Farms*, 773 P. 2d 70; *West Los Angeles Inst. For Cancer Research v. Mayer*, 366 F 2d 220 (9th Cir. 1966); en la doctrina cfr. E. A. FRANSWORTH, *op. cit.*, 723 ss.

69 "*The introduction of the doctrine of frustration of purpose was no doubt necessary in order to 'do justice', that is, in order to allocate risk of harm through supervening events in accordance with the current practices and notions of reasonable men. But it must not be carried to an extreme beyond those practices and notions. It is a doctrine that is very appealing to a disappointed loser in some enterprise, and there will be constant pressure to extend its applications*": CORBIN, *op. cit.*, 495.

como *defenses* del deudor demandado en juicio. Una cuestión de mayor complejidad surge en cuanto al daño resarcible, pues bien sea que se trate de *impracticability* o de *frustration* el efecto es la liberación del deudor, parte de la doctrina ha señalado que el *discharge* tiene algunos efectos patrimoniales que lo caracterizan como mecanismo de compensación monetaria, lo que indicaría la necesidad de tratar el remedio a la luz del incumplimiento, mediante una valoración eficiente del daño y su reparación conforme a ciertas reglas del análisis económico del derecho⁷⁰.

En verdad, si se aceptan reglas del análisis económico del derecho, el incumplimiento del contratante afectado por el evento sobrevenido debería sancionarse con su condena al resarcimiento del daño por la desilusión de la expectativa del acreedor (*expectation damages* o *expectation damages rule*), así mismo, el incumplimiento deberá aceptarse cuando se muestre eficiente, esto es, cuando el costo de la prestación resulte superior al valor que el acreedor le atribuye, en los demás casos deberá afirmarse el *performance as agreed*. Pero, si realmente se piensa que no es posible dar una respuesta jurídica a la elección entre exención de responsabilidad del deudor incumplido o su condena en daños, se debe entonces indagar en el comportamiento de las partes respecto del riesgo. Asumen así especial importancia en las decisiones jurisprudenciales las nociones de *reliance interests*, *down payment* y *expectation interests* propias de la disciplina del resarcimiento del daño⁷¹. Al igual que en Inglaterra, el juez estadounidense en caso de imposibilidad sobrevenida no considera resarcibles los *expectation interests*, pero sí considera repetible el *down payment*, en cambio, existe división en cuanto al resarcimiento de los *reliance interests*, prevaleciendo la opinión de gravar con estos gastos a la parte que los ha realizado. De esto resulta interesante observar los efectos de la *expectation rule* en relación con el acreedor, el cual, si confiase en la certeza de recobrar – incluso judicialmente – el valor de la prestación incumplida, no limitaría en todo caso la inversión económica hecha para obtener su expectativa (*reliance investment*) y no mitigaría el daño⁷². En materia de perecimiento del bien objeto del contrato en *common law*, la regla tradicional ha sido el principio *res perit domino*, abandonado por el UCC en materia de compraventa al plantear la distinción entre vendedor profesional (en cuyo caso el riesgo pasa en el momento de la entrega) y vendedor no profesional (en cuyo caso el riesgo pasa en el momento del acuerdo).

70 TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 266 n. 182 con cita de M. J. WHITE, *Contract Breach And Contract Discharge*, en *17 Journal of Legal Studies* (1987/88) 353.

71 En el *civil law*, los dos primeros pueden asimilarse al daño emergente, y el último al daño por lucro cesante.

72 En este sentido explica F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 302 ss.: "Se poi si guarda al principio che impone mitigare o comunque contenere i danni sofferti dal creditore per la mancata esecuzione della prestazione, si rileva che la probabilità che il debitore consegua la liberazione da responsabilità condiziona in maniera significativa il comportamento del primo; in breve, la tendenza al comportamento rischioso, che si indica con l'espressione *moral hazard*, verrebbe a ridursi proporzionalmente alle chances di vittoria del debitore che ricorre alla difesa dell'*impracticability*".

Un aspecto interesante y de innovación en el sistema resulta del *comment 6* a la sección 2-615 del *UCC*, que en efecto se refiere a un uso equitativo del remedio acorde con los estándares comerciales y con la buena fe⁷³. En efecto, el *UCC* no concede al juez la posibilidad de modificar los términos originales del contrato, pero este rigor admite una excepción que se encuentra precisamente en el comentario oficial, se reconoce al juez la posibilidad de adaptar el reglamento negocial para restablecer el equilibrio entre las prestaciones, cuando las circunstancias del caso concreto y razones de *justicia contractual* así lo requieran, en respeto pleno de la política general que inspira al *UCC* a emplear principios equitativos como columna de los estándares comerciales y de la buena fe. En dicho comentario la doctrina encontró ocasión para señalar un camino más flexible que la jurisprudencia interpretó como expresión de la buena fe en la ejecución del contrato, esto es, el deber de revisar el contrato para adaptarlo en caso de eventos sobrevenidos; esto explica por qué en ocasiones, cuando el acreedor se niega a modificar el contrato, las cortes han negado la ejecución específica. Pero de inmediato se afrontó el aspecto central de la cuestión, el complejo problema de legitimar o no la revisión judicial del contrato a instancia de parte⁷⁴, que en este modelo tiene relativa presencia en el § 2-716 *UCC* que permite al juez incluir en la sentencia todos los términos, condiciones, reembolsos y compensaciones que le parezcan oportunos. La doctrina señala algunos casos en los que se ha legitimado al juez para revisar el contrato, una línea jurisprudencial que se extendió a los casos de *mutual mistake* (error común) aunque después fue abandonada⁷⁵. La disciplina de la *impracticability* asume así un carácter innovador respecto del ordenamiento tradicional y se pone en línea con otros casos de revisión judicial del contrato presentes en el sistema estadounidense (p. ej. la liquidación anticipada de los daños por incumplimiento), encaminados a limitar la autonomía privada en el respeto de estándares de comportamiento inspirados en el deber de buena fe y corrección en las relaciones comerciales.

El caso sin duda más significativo relacionado con este aspecto es el mencionado *Alcoa*, donde el juez no pronunció la *discharge* del deudor sino una *reforma equitativa del precio*, pero el criterio empleado tuvo más eco en la doctrina que en jurisprudencia, los estudiosos compartieron la *ratio* de la decisión que se convirtió en el único precedente en el que una corte rechazó por primera vez la regla según la cual el

73 El *comment* dice que en situaciones en las que ni el sentido común ni la justicia se satisfacen —cuando el problema se ponga en términos de eximente o no eximente— resulta necesaria una adaptación según lo previsto por la norma, en modo especial las secciones que tratan la buena fe, la *insecurity* y la justicia. No sorprende la referencia al principio de buena fe y la relación de la *impracticability* con la teoría de la *Störung der Geschäftsgrundlage*, en efecto, el *UCC* está influenciado por la admiración del *Chief Reporter* Karl Llewellyn por el derecho alemán, en particular por la cláusula *Treu und Glauben* del § 242 BGB, lo que justifica los insistentes llamados del *UCC* a dicho principio.

74 Vide por todos WLADIS, *Impracticability as Risk Allocation*, en 22 *Georgia Law Review*, 596 (1988).

75 P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, cit., 367 ss.

juez no puede sustituir a las partes en la modificación del contrato. Sin embargo, el criterio del caso *Alcoa* no ha sido acogido por la jurisprudencia posterior y todavía suscita debate en la doctrina. En efecto, una parte de ésta, que argumenta desde el análisis económico, critica la posibilidad de intervención judicial para modificar *ex post* el contrato, señalando fundamentalmente que el juez no sería la persona más indicada para valorar los costos del evento sobrevenido ya que no estaría en capacidad de determinar el *superior risk bearer*, en particular en los casos en los que las partes no estuviesen al corriente al momento de celebrar el contrato de los costos del evento sobrevenido, de manera que la dificultad en valorar quién debe asumir los daños de la imposibilidad sobrevenida, sugiere que sería mejor liberar al deudor y dejar la distribución de los costos para tratar en una eventual renegociación del contrato⁷⁶. Nuevamente surge aquí el peligro de una reconstrucción de la hipotética distribución de los riesgos que las partes han debido prever eficazmente, sin olvidar que normalmente acontece que aquellas desconocen cuál es la gestión económica más apropiada de los riesgos, lo que permite afirmar que el concepto de *superior risk bearer*, dirigido a individualizar *ex ante* la mayor capacidad para soportar el riesgo, no parece conducir a una solución particularmente sugestiva⁷⁷.

El procedimiento lógico de esta concepción se explica en el cálculo del valor de las ganancias o de las pérdidas de vendedor y comprador. El vendedor estaría dispuesto a cumplir, incluso si sufre algunas pérdidas, sólo si éstas son inferiores a las ganancias del comprador ya que en caso de incumplimiento aquél deberá compensarle la desilusión dentro del límite del interés positivo. La contraposición es pues entre el valor del contrato para el comprador y el costo del cumplimiento para el vendedor, no obstante, la realidad práctica no siempre se presenta de esa forma⁷⁸. El análisis económico del derecho no parece pues ofrecer una solución

76 P. TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law*, en *Internacional Review of Law & Economics*, 1991, 63 ss.

77 La dificultad para dar un uso racional al remedio sería la consecuencia de la concepción que busca una eficiente distribución de los recursos, confirmada en la imposición al deudor incumplido al pago del resarcimiento del daño en la medida del interés positivo: cfr. P. TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law*, cit., 63 ss.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 306 ss.

78 Es ilustrativa la precisión que señala MACARIO, op. cit., 306 n. 108, en el sentido que, si en presencia de un contrato de suministro a precio fijo los costos aumentaran de forma excesiva e imprevista para el vendedor, y el comprador, como a menudo ocurre, estuviese en grado de asumir un aumento en el costo de adquisición mediante alza del precio del bien a revender a terceros, la preclusión de la oportunidad para el vendedor de liberarse de la obligación so pena la condena por el resarcimiento del interés positivo, no conduciría cierto a una solución eficiente. Existiría en cambio el riesgo –siempre con Macario–, tanto más inminente cuanto más la obligación de vender se prolongue en el tiempo, de la destrucción de una riqueza (quiebra del vendedor); dicha pérdida no encontraría adecuada compensación en la ventaja del comprador en cuanto éste, si bien partiendo de una ventaja inicial o inmediata, se encontraría luego con la imposibilidad de continuar la relación comercial a causa de la imposibilidad (incapacidad económica o financiera) sobrevenida del vendedor. Por el contrario, la liberación del vendedor trasladaría el aumento de cos-

adecuada a los problemas de la excesiva onerosidad de la prestación, siempre que su base sea el principio del riesgo a cargo del contratante que esté en mayor capacidad de controlarlo (*superior risk bearer*), además, se agrega el riesgo de la hipotética reconstrucción de la voluntad de las partes mediante un criterio de eficiencia⁷⁹ que se valora con datos de los acontecimientos imprevisibles al momento de celebrar el contrato, y, un riesgo adicional, que el resarcimiento del interés positivo pueda en ciertos casos resultar una ventaja extraordinaria e injustificada para la contraparte. En la lógica tradicional, la renegociación del contrato (*contract adjustment*) permanece ligada a la iniciativa de las partes y está destinada a lograr, en abstracto, la distribución más eficaz del riesgo, posicionando nuevamente a las partes de un contrato en curso de ejecución. Sin embargo, la intervención del juez debe estar dirigida a la verificación de las condiciones de buena fe y equidad de la renegociación, en esto mismo se justifica, y el llamado a los jueces de *civil* y *common law* es para que sus decisiones en el caso concreto estén siempre iluminadas por los principios de buena fe y equidad, en la máxima aspiración de un *magnus iudex*, una aspiración sin duda válida para todo sistema jurídico.

tos al comprador y, según la situación particular de mercado en que las partes actúan, el traslado del aumento de precios sobre los sucesivos adquirentes.

79 En este sentido, cabe afirmar con TRIMARCHI, *L'analisi economica: tendenze e prospettive*, en *Quadrimestre*, 1987, 571 que el análisis económico del derecho ignora las motivaciones distintas de la sola ventaja patrimonial, como por ejemplo, el deseo de poder o de prestigio, o de tranquilidad, que juegan un rol esencial en una empresa y más aun cuando ésta establece relaciones contractuales de larga duración.