

Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato

JOSÉ FÉLIX CHAMIE

SUMARIO: I. De dónde surge un deber de revisión del contrato: buena fe y deber de cooperación entre las partes.- II. Por qué corregir o adaptar el contrato mediante revisión: buena fe y equidad correctiva, la equidad de la cooperación y justicia contractual.- III. La fisonomía del desequilibrio inicial: ¿un problema de responsabilidad en la formación del contrato o de buena fe en el tratamiento de las patologías congénitas del mismo?- IV. La fisonomía del desequilibrio sobrevenido: ¿un problema de imposibilidad sobrevenida de la prestación o de dificultad en el cumplimiento de esta?- V. Cómo se efectúa la corrección y adaptación.- VI. Efectos de la revisión y poderes del juez.- VII. Conclusiones.

I. DE DÓNDE SURGE UN DEBER DE REVISIÓN DEL CONTRATO: BUENA FE Y DEBER DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES

No hay duda de que los contratantes deben respetar la buena fe en todas las etapas del *iter* negocial, tanto en la formación del contrato como luego de celebrado, durante la fase de su ejecución. De igual manera la buena fe contractual incide en el tratamiento de aquellas anomalías que en el nacimiento o durante la vida del contrato pueden presentarse como límites a su eficacia vinculante. En este sentido, durante la etapa de formación adquieren relevancia las materias de los vicios de la voluntad, de la lesión, y, en estrecha relación con estas, el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro. Por su parte, durante la ejecución presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobreviniencia contractual, y, en especial, los criterios para

la adaptación de los llamados contratos de duración. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso.

Algunas de estas patologías afectan el equilibrio contractual (equilibrio de la operación económica). En cuanto a la formación del contrato, se observa el instituto clásico de la *laesio enormis*, y recientemente el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro, todo ello en relación con la necesidad, el apremio económico, debilidad mental, ignorancia, inexperiencia, dependencia, especial relación de confianza, etc., del sujeto, eventos estos que afectan el equilibrio genético de la operación. En cuanto a la ejecución del contrato, se observa en general la materia de la sobreviniencia contractual, y los modelos para la gestión de una eventual mayor onerosidad sobrevenida de la prestación a partir de la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en el marco del llamado desequilibrio sobrevenido.

Al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (*equality in the exchange*)¹ al momento de la celebración y también durante la ejecución, en ambos casos, respecto del comportamiento de una parte que pretende la ejecución de un contrato desequilibrado. Buena fe y equilibrio contractual actúan para procurar una justicia contractual² y evitar entonces cualquier desproporción grave entre las prestaciones (*gross disparity*), que se traduzca en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra, bien sea a causa del aprovechamiento de un estado de necesidad o de peligro (*rectius*: estado de debilidad) al momento de la celebración del contrato, o, bien sea durante su ejecución, a causa del cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales que hacen más oneroso el cumplimiento, para evitar, además, cualquier abuso de la función instrumental del tipo contractual³.

Por otra parte, la obligación contractual, como *vinculum iuris*, implica una relación de cooperación entre las partes, que está basada en la buena fe y la equidad, e impone, en razón del vínculo, una *necessitas*, un *oportere* recíproco en virtud del cual ellas deben guardar siempre un comportamiento leal y

1 Cfr. J. GORDLEY, *Enforcing Promises*, en 82 *California Law Review*, 1995, 547 ss.

2 "El ordenamiento debe cumplir con un deber bien arduo y difícil: adoptar todos los instrumentos que permitan, en el curso de la relación, mantener el justo equilibrio entre las partes, no solo en términos de certeza, cuanto en términos de justicia sustancial": M. DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996, 73.

3 Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. 1. *Prolegomeni: funzione economico- sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, § 5, 102.

correcto. Ello explica la presencia de los deberes de lealtad e información, y especialmente, durante la formación del contrato, de la necesidad de un consentimiento libre de vicios, de la ilicitud del aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro, de la ausencia de cláusulas abusivas, etc.; y explica, durante la ejecución del contrato, la conducta del deudor dirigida a la satisfacción del acreedor, y la conducta de este, basada igualmente en la cooperación, encaminada a facilitar a aquel el cumplimiento, además a comportarse lealmente en caso de incumplimiento, o de no cumplimiento, e incluso de dificultad en el cumplimiento o de ruptura de la paridad a causa de circunstancias externas a la relación obligacional⁴. Así, resulta que la buena fe sustenta, respecto de aquellas patologías que afectan en estricto rigor el equilibrio del contrato (lesión y estado de necesidad o de peligro, y cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales), un deber para ambas partes en razón del cual ellas deben buscar corregir o adaptar el contrato (*debet moderari*) respectivamente si su equilibrio fue perturbado genéticamente o sucesivamente; una *Vertragskorrektur* que se basa en el principio de la buena fe contractual y en la relación de cooperación entre las partes⁵ —como manifestación de aquella—, y las obliga a mantener el equilibrio⁶ y la equivalencia de las prestaciones (*Äquivalenzförderung*) mediante un verdadero y propio deber de renegociación, independientemente de la distinta estructura interna de las mencionadas patologías que afectan al contrato en su equilibrio.

Ahora bien, en cuanto al desequilibrio inicial o congénito, una desproporción grave se produce entonces al momento de la celebración del contrato —exceptuados los contratos aleatorios— cuando una parte acepta las condiciones inicuas que la otra, aprovechándose de un particular estado de necesidad o peligro, le impone para obtener, no la celebración del contrato —lo que entraría en el ámbito de los vicios de la voluntad—, sino una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada, y reprochada por el derecho. En cuanto al

4 “El ejercicio del crédito no se agota en la pretensión, así como la obligación no se agota en la actuación de la prestación debida, sino que se enriquece, también él, de una actividad que tiene como punto de referencia un interés ajeno”: U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 149.

5 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. III. *Fonti e vicende dell’obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1954, 3. Se trata de la equidad de la cooperación que adopta la función de restablecer un equilibrio perturbado o reparar un daño injusto.

6 “No se admite, en efecto, una cooperación sino sobre un plano de paridad y reciprocidad entre los asociados, que tenga en cuenta aquella que, repetimos, era, según toda razonable previsión, la valoración comparativa del costo y del rendimiento, de aquel que era el peso, el sacrificio, la carga económica de la prestación respecto de la correspondiente ventaja, de aquella que era la total economía de lo dispuesto por las partes en el contrato”: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., § 8, 194.

desequilibrio sobrevenido, que se presenta obviamente en los contratos de ejecución sucesiva, periódica o escalonada (contratos de duración) —excluidos, también aquí, los contratos aleatorios—, la desproporción se verifica durante la ejecución del contrato cuando circunstancias ajenas a las partes y al riesgo propio del mismo, provocan un cambio tal en las condiciones que inicialmente rodeaban la relación obligacional que el cumplimiento de la prestación del deudor se hace, no imposible, sino más oneroso.

Un contrato desequilibrado congénita o sucesivamente no es aceptado por el derecho, que, conforme a la buena fe y la equidad busca corregirlo o adaptarlo (su *reductio ad aequitatem*), para radicar en las partes la obligación de hacerlo dentro del esquema de la cooperación debida; salvar el contrato antes que someterlo a la última solución prevista por el derecho (*extrema ratio*) para esa *iniq̄uitas contractus*: nulidad o rescisión en el desequilibrio inicial, resolución o terminación en el desequilibrio sobrevenido, acorde con la lógica de su respectivo tratamiento. Evidentemente, una regla para corregir o adaptar el contrato (su revisión en sentido estricto) se basa en el principio de la buena fe, que, al enfrentar la realidad fisiológica de aquel, adquiere una función de “equidad correctiva”, que así justificada, se presenta en la relación de cooperación entre las partes.

II. POR QUÉ CORREGIR O ADAPTAR EL CONTRATO MEDIANTE REVISIÓN: BUENA FE Y EQUIDAD CORRECTIVA, EQUIDAD DE LA COOPERACIÓN Y JUSTICIA CONTRACTUAL

Ciertamente en los casos de desequilibrio inicial o congénito a causa del aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro que afecta al sujeto, interesa más a las partes corregir la desproporción que rescindir el contrato, y, por su parte, en los casos de desequilibrio sobrevenido interesa más corregir la desproporción (en términos de renegociación o adaptación) que terminar el contrato, por lo que, como veremos, los ordenamientos han previsto la posibilidad de modificación. Una persona que, movida por un estado de necesidad o de peligro celebra un contrato desproporcionado (aceptando condiciones inicuas), consciente o no en ese momento de la desproporción y del aprovechamiento, y a pesar del desequilibrio inicial, tiene interés en realizarlo pues cree que es instrumento para superar la necesidad o el peligro (en cierta manera la parte afectada se encuentra bajo la influencia de una *vis* o fuerza, si se la entiende en sentido amplio⁷, pero no provocada por la

7 R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* (Parte prima), Jovene, 2006, 156.

contraparte), solo que el derecho reprocha la excesiva ventaja patrimonial y el injusto aprovechamiento o explotación (art. 4:109 PECL: *excessive benefit or unfair advantage*)⁸ de dicha situación de debilidad.

De no corregirse el desequilibrio congénito, el contrato deberá entonces rescindirse pues se trata —como ya decía BALDO⁹ respecto de la lesión— de un *intolerabile damnum*, a lo que debe agregarse, contrario a la buena fe y la equidad. A su vez, las partes afectadas por un desequilibrio sobrevenido podrían verse más perjudicadas con la terminación del contrato; el acreedor que espera el cumplimiento se ve afectado si este no se produce, precisamente por la naturaleza de los contratos de duración, ligados a procesos de producción, construcción, abastecimiento, etc., mientras que el deudor llamado a cumplir la prestación que se ha hecho posteriormente más onerosa y desproporcionada, si bien se ve afectado con el cumplimiento de la misma, no deja de tener interés en mantener el contrato que él ha querido, siempre y cuando se corrija la desproporción, esto es, si se adapta equitativamente (*equitable adjustment*) a las nuevas circunstancias. De no lograrse dicha adaptación, y precisamente porque se reprocha la ventaja excesiva de una parte respecto de la situación del afectado¹⁰, y porque se encuentra en cierta medida justificado el incumplimiento del deudor a causa de una *vis extraria* en cierto sentido *cui resisti non potest*, el contrato deberá terminarse, es decir, su resolución se abrirá paso, según la lógica irretroactiva del desequilibrio sobrevenido.

De esta manera, acorde con el principio de salvación del contrato, resulta evidente la necesidad de sanar la anomalía y tener preferencia por su conservación antes que por su ineficacia, para permitirle así alcanzar el fin práctico al que aspira en cada caso concreto. Por ello, no debe generar perplejidades un aparente contraste entre el equilibrio contractual y la regla *pacta sunt servanda*, pues esta última no es intangible dado que está gobernada también por el principio de buena fe, valga decir, de buena fe y equidad, que no solo obliga a las partes a cumplir lo pactado, sino también a mantener una conducta leal y seria en todo momento, y particularmente en caso de circunstancias especiales de desequilibrio, la equidad de la cooperación las llama a revisar el contrato y a sanar amigablemente entre ellas cualquier anomalía, antes que abrir el camino a las sanciones que el derecho prevé para estos casos.

8 Cfr. J. P. DAWSON, *Economic Duress—an Essay in Perspective*, en 45 *Michigan Law Review*, 1947, 77 ss. (Cfr. infra n. 16)

9 *Commentaria in quartum & quintum Codicis*, a *de rescindenda emptione* n. 2 [C. 4, 44, 2], Lugdvni, 1585, fol. 136: "...aut contractus debet rescindi per intolerabile damnum, aut supplendo iustificari".

10 B. D. CALDWELL, *Licence Trust and Frustration of Contract*, en *Fisberman Life* (July 2005), 2.

III. LA FISONOMÍA DEL DESEQUILIBRIO INICIAL: ¿UN PROBLEMA DE RESPONSABILIDAD EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO O DE BUENA FE EN EL TRATAMIENTO DE LAS PATOLOGÍAS CONGÉNITAS DEL MISMO?

Necesidad, peligro, apremio económico, dependencia, ignorancia, inexperiencia, debilidad mental, desigualdad de poder de negociación, confianza especial entre las partes, violencia generalizada, son los estados sobresalientes que se encuentran detrás del porqué una persona acepta contratar en términos o condiciones de desequilibrio congénito grave; estados que la otra parte aprovecha, independientemente de que los haya causado o haya contribuido a su producción (fuerza-vicio), o que simplemente haya sacado ventaja de los mismos¹¹. Si simplemente saca ventaja de esas circunstancias ya existentes, la respuesta ha sido la figura del estado de necesidad y de peligro, por la injusta ventaja a causa del aprovechamiento de uno de esos estados. Y aquí cabe entonces preguntarse, cuando una parte solo saca ventaja de una de tales circunstancias, ¿su conducta entra en el ámbito del dolo (*decipere*)? Y en cuanto al estado de necesidad o de peligro, ¿se trata acaso de una hipótesis de fuerza-vicio que no proviene de la contraparte?¹² O se trata de un específico “vicio de debilidad”, es decir, ¿está viciada la voluntad del afectado? Además, qué debe observarse entonces, ¿la voluntad viciada por dolo o por fuerza? ¿El reproche a una ventaja injusta derivada de la explotación del estado de debilidad y que se refleja en la desproporción? O la mera lesión objetiva (*ultra dimidium*). En este sentido cabe también la pregunta de si en los casos de vicios de la voluntad hay, en estricto rigor, una desproporción o desequilibrio grave de las prestaciones¹³, y si todo lo anterior es un problema de responsabilidad precontractual o más bien una cuestión de aplicación de la buena fe y la equidad correctiva ante un contrato económicamente desequilibrado.

Ciertamente, para que la fuerza vicie el consentimiento esta debe ser capaz de producir una impresión fuerte (justo temor de un mal irreparable y grave: art. 1513 C. C.) en una persona de sano juicio¹⁴, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, y debe ser ejercida por una persona (conducta humana)

11 Cfr. F. HINESTROSA, “Estado de necesidad y estado de peligro ¿vicio de debilidad?”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 8, 2005, 112, con cita de H. COLLINS, *The Law of Contract*, 2.ª ed., Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1993, 325 y s.

12 “El problema que se plantea es el de si el temor que no deriva de la violencia constituye por sí solo un vicio del consentimiento”: C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2.ª ed., Milano, 2000, n.º 357, 663.

13 Cfr. POTHIER, *Traité des Obligations*, Paris, Chez Debure, 1761, § IV, n.º 33 y 342º, para quien la equidad debe reinar en los contratos, por ello toda lesión los hace inícuos y, en consecuencia, viciados.

14 *Metus non vani hominis, sed qui in homine constantissimo cadat* [Gaius libro IV ad Edictum provinciale = D. 4, 2, 6].

sin ser necesario que la ejerza precisamente la persona que se beneficia por ella, solo que la conducta concreta de quien ejerce la fuerza debe tener como propósito obtener el consentimiento (art. 1514 C. C.)¹⁵. Sin embargo, no es igual en el estado de necesidad o de peligro, en donde está de por medio la "ocurrencia de eventos, sean naturales, sociales o políticos, e inclusive a circunstancias o condiciones, permanentes, transitorias u ocasionales, propias"¹⁶; cuya proveniencia, la mayoría de las veces, no puede ser individualizada en una persona¹⁷, y en los que, para que haya fuerza-vicio falta el requisito de la conducta humana. Además, estos no persiguen concretamente obtener el consentimiento del afectado; por el contrario, dichos eventos presionan intensamente la voluntad de estipular del sujeto¹⁸ de tal manera que a causa de la necesidad o el peligro acepta las condiciones inicuas de la contraparte que nada tiene

15 Se trata de una explícita referencia al nexo de causalidad entre la amenaza y el objeto de la determinación contractual, es decir, que dicha amenaza haya influido negativamente sobre el reglamento de intereses, vide DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, cit. 118; cfr. también el § 123 BGB. Pero no es solo relación de causalidad, lo es también de finalidad, pues no es solamente el hecho de presionar la voluntad del individuo, sino también el ejercicio de la violencia con un determinado fin: vide B. KUPISCH, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habendo. Restitution des biens à suite des persécutions subies par un groupe dans l'antiquité romaine et à l'époque actuelle*, en *Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Helbing & Lichtenhann, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, 465.

16 F. HINESTROSA, "Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?", cit., 120.

17 Es el caso de la asistencia o salvamento (el art. 1545 C. Co. define la asistencia como "el socorro prestado por una nave a otra que está en peligro de pérdida" y el salvamento como "la ayuda prestada una vez ocurrido el siniestro") –ejemplo de contrato en estado de peligro–, en el que la obligación, aunque contraída por la impresión del temor a la violencia ejercida sobre el sujeto, no deja de ser válida. Ya en el derecho romano era así, salvo que la contraparte hubiese provocado secretamente la fuerza (...*nisi ipse banc tibi vim submisi*) como lo señala ULPIANO *Libro XI ad Edictum* = D. 4, 2, 9, 1 al comentar la cláusula edictal del 'quod metus causa gestum erit' citando la opinión de POMPONIO. No obstante, el derecho romano no preveía en este caso la modificación si la prestación del afectado era excesiva, POTHIER, *Traité des Obligations*, cit., III, § II, n.º 24 se pronuncia así del fragmento mencionado: "Pufendorf exceptúa un caso en el que la obligación, aunque contraída por la impresión del temor que me causó la violencia que se ejerció sobre mí, no deja de ser válida, y es el caso en el que yo prometí alguna cosa a alguien para que viniera en mi socorro y me librara de la violencia que otro ejercía sobre mí...", y luego de citar D. 4, 2, 9, 1 concluye afirmando: "Sin embargo, si yo prometí una suma excesiva, yo podría hacer reducir mi obligación a la suma que se juzgara la recompensa justa del servicio que se me prestó". El *Codice* italiano introdujo la modificación del contrato (art. 1450) como alternativa a la rescisión por estado de necesidad y de peligro o por lesión objetiva (*ultra dimidium*). En Colombia, como señala HINESTROSA, "Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?", cit., 131, el reajuste prestacional se prevé en materia de asistencia y salvamento entre naves (arts. 1550 y 1551 C. Co.) y busca, rescate, asistencia y salvamento de aeronaves (arts. 1844 y 1845 C. Co.); no obstante, resulta necesaria una disciplina general en la materia aplicable a todos los contratos.

18 Cfr. SCOGNAMIGLIO, "Contratti in generale", en *Tratatto di diritto civile*, G. GROSSO-F. SANTORO-PASSARELLI (dir.), Milano, 1961, n.º 15, 52.

que ver con los eventos y que solo aprovecha la situación para obtener una ventaja patrimonial excesiva e injusta¹⁹. De esta manera, en los casos de fuerza o violencia provenientes de una conducta humana y que pretenden obtener el consentimiento (se beneficie o no quien las causa, y halla o no manifiesta desproporción entre las prestaciones), hay para la ley fuerza-vicio de la voluntad. A su vez, en caso de fuerza o violencia que no provienen de una conducta humana, y de ser así, la intimidación no está determinada por una amenaza singular, dicha situación no es para el ordenamiento fuerza-vicio, pues además si no hay desproporción –lo que señala la ausencia del aprovechamiento– el derecho no interviene.

Como sea, si en este último caso se llega a presentar una notable desproporción entre las prestaciones, se revelaría entonces un posible aprovechamiento de la situación que afecta al sujeto, no obstante, por fuera todavía del supuesto legal de fuerza-vicio. Es el ejemplo del contrato de salvamento que, si bien válido, puede modificarse cuando se haya celebrado en momento y bajo la influencia del peligro, y las condiciones acordadas no hayan sido equitativas (art. 1550 C. Co.).

Ahora bien, excluido que para el ordenamiento el estado de necesidad o peligro sea fuerza-vicio, no se puede desconocer la presencia de una *vis* en sentido general²⁰, y se plantea entonces la pregunta de si la conducta dirigida al aprovechamiento del estado de debilidad del sujeto para obtener una ventaja desproporcionada constituye o no un comportamiento doloso²¹. Para que

19 Se trata del papel esencial del estado de debilidad del sujeto, lo que justifica la tutela de la situación y excluye al contratante de la hipótesis de no haber cuidado mejor sus intereses al aceptar una estipulación excesivamente desproporcionada, como lo señala el comentario al art. 4:109 de los PECL (Principles of European Contract Law) = *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, C. CASTRONOVO (ed.), Milano, 2001, 290.

20 En la disposición del art. 2260 C. C. en materia de depósito necesario, se señala la presión sobre la voluntad del depositante: "El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante".

21 A este planteamiento, pero respecto de la lesión enorme si se quiere observar tras ella un "aprovechamiento", respondieron los doctores medievales –y el derecho común los siguió– con la idea de un *dolus re ipsa*, un principio de engaño (*deceptio*). Los doctores suponían la *machinatio*, pero el apelativo *laesio enormis* no se debía ciertamente a un *fraus*, éo de lo contrario el remedio hubiese sido la *actio doli*?; cfr. S. CAPRIOLI, voce <Rescissione> (storia), en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 944 ss.; P. S. LEICHT, *Laesio enormis e iustum pretium*, en *Studi in onore di C. Calisse*, I, Milano, 1984, 47. Sin embargo, en el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro, hay es una inobservancia del deber de corrección, que impone sustancialmente un deber de respeto y de conservación de la esfera de intereses ajenos: cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I., cit., 86. No obstante, múltiples fueron los remedios que ya el derecho romano concedió frente a conductas de abuso del tipo contractual, especialmente la *restitutio in integrum* y la *exceptio doli*, ligados al efecto rescisorio, en un sistema que no pensaba en 'vicios de la voluntad', categoría dogmática introducida en el sistema solo a partir de la exaltación de la voluntad privada que

el dolo vicie el consentimiento, debe ser obra de una de las partes y aparecer claramente que sin él la otra no habría contratado (art. 1515 C. C.); de manera que si una parte induce dolosamente a la otra a contratar, haya o no una desproporción grave de las prestaciones, y siempre que se pruebe el dolo (art. 1516 C. C.), no habrá duda de la presencia del vicio. Esto no ocurre en caso de estado de necesidad o de peligro puesto que una parte no induce dolosamente a la otra a contratar, tan solo se aprovecha (*exploitation*) del especial estado de debilidad (cuyas circunstancias comportan un riesgo personal propio o de alguien inmediato al sujeto afectado²²), para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada (excediendo las fronteras del *invecem se circumvenire* permitido a las partes), una conducta que, como el dolo, es contraria a la buena fe y la equidad²³.

De lo anterior, cabe también preguntarse cuál es la relación del estado de necesidad y de peligro con la clásica figura de la *laesio enormis*²⁴, si se tiene en cuenta que detrás de ella, en su origen, se sintetiza quizás un problema socio-económico (la protección de los pequeños propietarios de tierras, *humiliores*, respecto de los *potentiores*)²⁵, y en una perspectiva más amplia, una sensibilidad encaminada a tutelar de manera decisiva sujetos económicamente débiles²⁶. Ciertamente existe una proximidad conceptual y práctica entre la noción de estado de necesidad o de peligro y la lesión, puesto que la aceptación de negocios desproporcionados en medida superior al límite aritmético legal (*ultra dimidium*) resulta inexplicable de no referirla a ignorancia, necesidad o apremio del lesionado y al correspondiente aprovechamiento indebido de tal situación anómala por la otra parte²⁷. Sin embargo, la figura de la lesión concebida a partir del modelo romano encontró ardua resistencia en las

inició en el siglo XVII y se puede considerar expresa, p. ej., ya en el pensamiento de DOMAT y POTHIER.

22 F. HINESTROSA, "Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?" cit. 118.

23 Acorde —y no está de más decirlo— con la vieja regla de POMPONIO: "...succurrendum est, quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum" (POMPONIO, Libro XIV ad Sabinum = D. 23. 3. 6. 2).

24 Consagrada en nuestro código civil en materia de aceptación de la herencia (art. 1291), de partición de bienes comunes (art. 1405), de cláusula penal (art. 1601), y de compraventa de inmuebles (arts. 1946 y 1947); no obstante, la jurisprudencia extendió el supuesto de la lesión enorme a la permuta de inmuebles (art. 1958), a la dación en pago con inmueble y a la cesión a título oneroso del derecho real de herencia: v. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, 881.

25 Vide por todos R. CARDILLI, "Bona fides" Tra storia e sistema, Torino, 2004, 122 n.º 19 y bibliografía allí citada.

26 P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, en *Labeo*, 3, 2003, 423.

27 Cfr. C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 684, quien habla aquí de proximidad entre fuerza y lesión.

codificaciones: aparentemente excluida del BGB alemán²⁸ y del Código Civil argentino de 1869²⁹, generalizada solo en el ABGB austriaco de 1811 (§§ 934 y 935), restringida en el *Code* francés (arts. 887, 1118, 1674 y ss.)³⁰ y aquellos que lo siguieron (p. ej. el C. C. italiano de 1865 art. 1529), entró en una suerte de *desuetudinem* al no destacarse de ella —o al menos no directamente— el trasfondo real, que no es otro que el estado de debilidad del sujeto y el consiguiente aprovechamiento que del mismo hace la contraparte con el fin de obtener una ventaja injusta³¹. En este sentido, cabe preguntarse si la figura del estado de

- 28 Que afrontó el problema de la desproporción inicial de las prestaciones con la sanción de nulidad ante un negocio contrario a las buenas costumbres a causa del aprovechamiento de la debilidad del sujeto para obtener siempre una ventaja injusta (§ 138 BGB) y excluyó la *reductio ad aequitatem* o posibilidad de corregir el contrato, salvarlo y llevarlo al equilibrio. “Delante de las condiciones no equitativas o notablemente desproporcionadas, la mejor solución no siempre es la nulidad (como ya lo advirtió y corrigió el art. 1447, *Codice Civile*, al prevenir la rescisión) y que, cual ocurre con la lesión en materia de compraventa de inmuebles en el régimen del Código Civil (art. 1948), o con la excesiva onerosidad sobrevenida en el Código de Comercio (art. 868), puede ser preferible el reajuste prestacional, cual conviene al principio de salvación del negocio jurídico”: F. HINESTROSA, “Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?”, cit., 131.
- 29 VÉLEZ SANSFIELD en su nota al art. 943 negó que la lesión fuese vicio del consentimiento, criticó la falta de uniformidad en la materia y, fiel al pensamiento del iluminismo liberal, excluyó el instituto; no obstante, en la reforma de 1968 (L. 17.711) y luego de un largo proceso en doctrina, se introdujo la “nulidad o la modificación” de los actos jurídicos en los que exista una “notable desproporción” entre las prestaciones siempre que una parte se aproveche de un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de su contraparte obteniendo una “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”: Cfr. G. A. BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971, 136 ss.; SANTOS CIFUENTES, *Negocio jurídico*, 2.^a, Buenos Aires, 2004, 580.
- 30 Acerca de la influencia de los principios individualistas que evitaron la acogida plena de la lesión en el *Code* francés y su estado actual en la doctrina: ver por todos TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7.^a ed., Paris, 1999, 286; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Les obligations*. 1. *L’acte juridique*, Paris, 2004, 178. Sin embargo, el anteproyecto de reforma al *Code* (comisión Catala) en el art. 1122-1 plantea un concepto nuevo, el de una “*défaut d’équivalence*” entre las prestaciones convenidas en los contratos conmutativos, que, afirma el anteproyecto, no constituye causa de nulidad salvo el caso de rescisión por lesión; además, plantea la revisión o supresión de cualquier cláusula que represente un “*déséquilibre significatif*” en detrimento de una de las partes, en aquellos casos que la ley protege con disposición particular la calidad de consumidor de la parte afectada (art. 1122-2).
- 31 DEMONTÈS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, 1924, 205, criticó eficazmente la concepción objetiva de la lesión, afirmando que el fundamento último de ella no estaba en la falta de equivalencia de las prestaciones, sino en el abuso “*exploitation*”, incluso consciente, proveniente del otro contratante; la lesión no sería entonces un vicio del consentimiento, sino un atentado a la personalidad jurídica y a los derechos eminentemente a ella conexos. Esta concepción será luego acogida en la doctrina italiana en el requisito del “aprovechamiento” (art. 1447): v. B. CARPINO, *La rescissione del contratto* (comm. Schlesinger), Milano, 2000, 6 ss.

necesidad o de peligro no sea entonces un aspecto de la lesión³² y si de tal manera puede obrar una integración entre ellas³³.

IV. LA FISONOMÍA DEL DESEQUILIBRIO SOBREVENIDO: ¿UN PROBLEMA DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LAPRESTACIÓN O DE DIFICULTAD RELEVANTE EN EL CUMPLIMIENTO DE ESTA?

Toda relación humana que tiende a perdurar en el tiempo está sometida a las contingencias propias del futuro, y no siempre resulta sencillo mantener invariables las condiciones iniciales que forman su base. De igual manera, aquellos negocios cuyos efectos están llamados a prolongarse en el tiempo, son propensos a padecer anomalías que afectan el normal equilibrio entre las prestaciones. Debido precisamente a su duración³⁴ enfrentan el riesgo de eventuales acontecimientos sobrevenidos que pueden hacer absolutamente imposible la ejecución de la prestación (problema del riesgo contractual en sentido estricto y pérdida del *commodum obligationis*), o alterar en forma anómala la proporcionalidad de la operación económica produciendo un desequilibrio (sobrevenido) grave entre las prestaciones, que se refleja en una evidente mayor onerosidad del cumplimiento para una de las partes³⁵, y de allí la exigencia de equidad de

32 Por cuanto parece ser una medida arbitraria y relativa, la *dimidia pars* en la mayoría de los casos —o las 7/12 en el *Code français*, las 2/3 partes como en el C. C. peruano de 1984— siempre respecto del justo precio, estaría llamada a determinar la desproporción, pero dejaría sin tutela los casos en que una desproporción, aunque no supere la medida legal (*dimidia pars*), sea producto del aprovechamiento de un estado de debilidad del sujeto, esto es, una *laesio infradimidium*.

33 “La variedad y complejidad de las situaciones que se presentan en el mundo actual, de una parte y, de otra, la angostura y rigidez de la disciplina de la lesión que, por lo demás, nunca ha tenido amplio acogimiento, muestran a las claras que la subjetivación de la lesión no da respuesta cabal a las exigencias de tutela de la debilidad, y que la rescisión no es el remedio adecuado, o cuando menos no podría ser el único”: F. HINESTROSA, “Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?”, cit., 132.

34 “La incertidumbre política, económica, financiera del mundo actual y, en especial, de algunas regiones, sumada a la universalización de las relaciones, cada día más intensa, y a las transformaciones veloces de la ciencia y de la tecnología, despierta más inseguridad y menos confianza en la estabilidad de la base económica de los contratos de larga duración”: F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, en el *Rapport général* elaborado para las *Journées Brésilienmes* de la *Association Henri Capitant*, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 23-27 mayo 2005, 8.

35 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. 1. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, § 8, 190: “El deudor de la prestación que se ha hecho excesivamente onerosa, no se libera, sin embargo se revela un peligro: el de la ruina de su economía, debido al excesivo costo de la prestación, y que un derecho inspirado en las exigencias de la sociabilidad no puede ignorar”. Se trata de una imposibilidad en el cumplimiento de la prestación que no es de carácter absoluto, hay un cambio relevante de las circunstancias iniciales del contrato, pero no se anula del todo la prestación sino que se recorren los supuestos de la excesiva onerosidad que permiten al afectado pedir el reequilibrio de las prestaciones: v. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 1, cit., 767 ss.

la cooperación en la distribución de los riesgos que exceden el aleas normal del contrato³⁶. Este último caso, en el *Codice* italiano encuentra sustento en la disciplina de la excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1467), y en nuestro derecho, en el cambio de las bases del contrato a causa de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles (C. Co. art. 868).

Inmediatamente surge la afinidad conceptual entre la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la excesiva onerosidad sobrevenida de la misma, así como la necesidad de identificar el ámbito de un problema aparentemente similar³⁷. Ambos fenómenos implican, en un momento posterior a la celebración del contrato, la intervención de circunstancias ajenas a la esfera de control de las partes (vide *Principles Unidroit* arts. 6.2.2 (c) —sobre *hardship*—, y 7.1.7 —sobre incumplimiento y fuerza mayor—, PECL art. 8:108[1]), es decir, el carácter extraordinario de los eventos, así como la irresistibilidad e imprevisibilidad de los mismos y el cambio de las bases del negocio a causa de ello, solo que, en un caso, la imposibilidad de ejecutar la prestación es absoluta, definitiva y liberatoria justificando la resolución del contrato (p. ej. art. 1729 C. C.; arts. 1256-1257 y 1463, *Codice Civile*), y en el otro, siendo todavía posible el cumplimiento, la ejecución de la prestación representa para la parte afectada una mayor onerosidad (art. 868 C. Co.; art. 6:111[1] PECL) y por lo mismo una potencial pérdida patrimonial.

La adaptación del contrato al cambio de las circunstancias se designa con las expresiones *imprévision*, *révision du contrat*, *bouleversement du contrat*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *eccessiva onerosità*, *frustration*, *contract adaptation*, respectivamente en derecho francés, alemán, italiano y anglosajón. En el derecho del comercio internacional se usan las expresiones *hardship* o *major economic dislocation*; sin embargo, todas estas expresiones no son sinónimas y, en ocasiones, dan lugar a grandes divergencias³⁸.

Se trata de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, que no se impuso en el derecho común, siendo considerada aún demasiado vaga e inconveniente para

36 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. 1, cit., § 8, 188 ss.

37 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. 1, cit., § 8, 190 explica que en la imposibilidad sobrevenida el deudor se libera del cumplimiento de la prestación que se ha hecho imposible y se abre el camino a la determinación de cuál de las partes debe sufrir la pérdida del *commodum obligationis*, mientras que en la excesiva onerosidad sobrevenida la actuación de la relación obligatoria permanece, en abstracto, todavía posible, solo que la cooperación requerida a una de las partes se presenta para ella excesivamente onerosa.

38 Cfr. U. DRAETTA y R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et remèdes*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 178, señalan, además, que las cláusulas de adaptación de los contratos, particularmente las cláusulas de *hardship*, se utilizan con mayor frecuencia en los contratos internacionales que en los nacionales.

la certeza del derecho³⁹, no obstante, fue recibida en las primeras codificaciones iusnaturalistas, justamente en el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756) y con mayor restricción en el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794). El bavarese codificó en manera detallada la cláusula, aceptando que está tácitamente incluida en todas las obligaciones⁴⁰, siguiendo el camino trazado por el iusnaturalismo de GROCIO y LEYSER, en términos de establecer cuáles presupuestos podían ser alegados para que se reconociera el cambio de las circunstancias. Para tal fin, el código bávaro definió tres requisitos (§ 4.15.12): la ausencia de culpa, la imprevisibilidad del cambio de las circunstancias y su relevancia objetiva según el parecer de una persona neutral; fórmula que, ciertamente, tuvo difícil la aplicación⁴¹; por lo demás, se dejó al juez la elección entre la liberación de la obligación, o su modificación en proporción al cambio sobrevenido⁴².

El *Allgemeines Landrecht*, más restrictivo⁴³, disponía que “fuera del caso de una verdadera imposibilidad, el cumplimiento de un contrato no podía, por regla, ser rehusado a causa de un cambio de las circunstancias” (I. 5 § 377), pero agregaba que “sin embargo, si a causa de una variación imprevista, el fin último de ambas partes, declarado expresamente o resultante de la naturaleza misma del contrato, no puede ya ser alcanzado, cada contratante podrá desistir del contrato que no haya sido todavía cumplido” (I. 5 § 378). Posteriormente en la codificación francesa de 1804, bajo la absoluta afirmación del principio de la intangibilidad del contrato (art. 1134)⁴⁴, desaparece el instituto y solo encuentra relevancia la objetiva imposibilidad de cumplimiento debida a *force majeure* (art. 1148), que resulta considerada un límite válido a la eficacia vinculante de los contratos⁴⁵. Por otra parte, la cláusula fue rechazada por los seguidores de la escuela histórica, y en la codificación alemana de 1900 solo el primer proyecto del BGB contenía una regla similar, la cláusula quedó excluida del texto definitivo acogiendo la crítica de FÖRSTER y rechazando en últimas

39 Cfr. K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, 222.

40 R. CARDILLI, “Bona fides” *Tra storia e sistema*, cit., 160; cfr. P. TARTAGLIA, voce “onerosità eccessiva”, en *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 155.

41 K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, en *Roma e America* 8, 1999, 33.

42 Cfr. R. CARDILLI, “Bona fides” *Tra storia e sistema*, cit., 160.

43 R. CARDILLI, “Bona fides” *Tra storia e sistema*, cit., 160; por su parte K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., p. 33 habla de un paso ulterior.

44 Cfr. FLOUR, AUBERT, SAVALUX, *Les obligations*, cit., 311.

45 P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 85.

la propuesta de WINDSCHEID⁴⁶; luego de la reforma al BGB en el año 2002, se incluyó la figura en el §313.

Fue precisamente WINDSCHEID quien en el siglo XIX intentó dar explicación teórica a la cláusula y elaboró su doctrina de la "presuposición" (*Voraussetzung*), una condición no desarrollada (*unentwickelte Bedingung*), una limitación de la voluntad que no se ha desarrollado hasta ser una condición⁴⁷, a mitad de camino entre el mero motivo y la verdadera condición. Quien manifiesta su voluntad bajo una presuposición, afirma el gran jurista alemán,

quiere a la par de aquel que emite una declaración de voluntad condicionada que el efecto jurídico deseado llegue a existir solamente dado un cierto estado de cosas, pero él no llega a hacer depender la existencia del efecto de tal estado de cosas, el efecto jurídico deseado subsiste y perdura aunque desaparezca la presuposición, sin embargo ello no corresponde a la verdadera intención del autor de la declaración,

46 K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 35 y 37, según el a., FÖRSTER, (*Theorie und Praxis*, Berlin 1881, 1, 2, 593) ironizaba acerca de cómo el pasaje de Africano había podido generar una regla así de insensata como aquella en la que todo contrato va acompañado del presupuesto tácito *rebus sic stantibus*. El BGB dio relevancia solo a la imposibilidad de ejecutar la prestación como limitación a la eficacia vinculante del contrato (§§ 306 y 275); cfr. R. ZIMMERMANN, *Breach of contract and remedies under the new German law of obligations*, en *Saggi, conferenze e seminari* (dir. M.J. Bonell), 48, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma 2002, 6ss., quien se refiere al § 275 como punto de partida de la imposibilidad en general, basado en la máxima romana de *impossibilium nulla obligatio est*; la jurisprudencia alemana habría tratado la problemática del cambio de las circunstancias a la luz de la buena fe *ex § 242*: cfr. A. VON THUR, *Teoría del derecho civil alemán*, II, Marcial Pons, Madrid, 2005, 181 y ss.: "la vía correcta no es interpretar el contrato como si se fundara en un determinado supuesto, pues justamente los acontecimientos excepcionales son los que menos pueden prever las partes en sus convenios", por lo que solo en caso de modificación absolutamente excepcional, la equidad exige que se ayude al deudor. Hoy, luego de la reforma de 2002, la 'adaptación del contrato' encuentra regulación propia en el § 313; para J. GORDLEY, *Impossibility and changed and unforeseen circumstances*, en *52 American Journal of Comparative Law* (Summer 2004), 513-530, la reforma elimina la distinción entre imposibilidad inicial e imposibilidad sobrevenida; cfr. G. CORDERO MOSS, *Lectures on comparative law of contracts*, en *Publications series of the Istitute of private law University of Oslo*, n.º 166, 2004, 152.

47 B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II (trad. FADA y BENZA), Unione tipografico editrice, Torino 1904 § 97 a 100, 394 ss. Advierte Windscheid (p. 360 n. 2) que en las fuentes falta una expresión técnica precisa para lo que él llama "presuposición" y dice que se encuentran mas bien usadas las expresiones *condicio, causa, modus*. Según R. CARDILLI, "Bona fides" *Tra storia e sistema*, cit., 164, la enorme masa de fuentes romanas con que WINDSCHEID sostiene su construcción, evidencian la necesidad de una profundización de la causa de la atribución patrimonial; ella, dice CARDILLI, en la amplia polisemia con la cual la encontramos en las fuentes, es interpretada por el pandectista, en el ámbito de relevancia del presupuesto, en términos de razón determinante para la parte que manifiesta su voluntad; cfr. K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, (trad. de CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), Granada, 2002, 18; J. GORDLEY, *Impossibility and changed and unforeseen circumstances*, cit., 526.

por lo que la subsistencia del efecto jurídico, si bien formalmente justificada, no lo es sustancialmente⁴⁸.

De allí que el cumplimiento de la presuposición se hace imposible posteriormente. Dice WINDSCHEID, que tanto en las declaraciones de voluntad *mortis causa* como en aquellas *inter vivos*, la regla es la de la ineficacia de la declaración y la posibilidad para el interesado de pretender la anulación (*Aufhebung*) del contrato. Esta elaboración de WINDSCHEID se encontró con la crítica de LENEL (en *Arch. ZivPr.* 74)⁴⁹, quien sostenía que la "presuposición" no era otra cosa que un punto medio entre el motivo de una sola parte no manifestado y la condición recíprocamente convenida, de modo que entre la "presuposición" en el sentido de WINDSCHEID, y un motivo no existiría diferencia alguna, de lo que LENEL concluyó que la presuposición o bien debía configurarse como condición de validez del contrato y debía ser aceptada por el otro contratante, o bien se reducía a un motivo jurídicamente irrelevante; no habría pues un término medio entre un motivo irrelevante y la auténtica condición⁵⁰, de modo que, debido a razones de tutela del tráfico jurídico, no podía ser aceptada⁵¹.

No obstante el vacío legislativo, luego de la primera posguerra la jurisprudencia alemana se encontró a menudo frente a casos de sobreviniencia⁵², y pretender la solución a la luz del § 242 no resultaba conveniente⁵³. La

48 B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit. 396, al referirse al que llama "primer intento" de toda declaración, puntualiza: "con la designación de este primer intento se indica también necesariamente una presuposición de la declaración de voluntad, que en caso de ser frustrada, el efecto jurídico deseado no corresponde a la verdadera intención del autor de la declaración de voluntad, tanto así que ninguno emite una declaración de voluntad sin finalidad alguna".

49 Lo señala K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., 18; igualmente A. VON TUHR, *Teoría del derecho civil alemán*, cit., 181.

50 Lo explica en detalle K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., 18ss.

51 Cfr. K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 223.

52 Acerca del punto vide, K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., p. 93, que señala cómo durante la segunda posguerra en Alemania se introdujo una intervención de amparo judicial para los contratos celebrados antes de 1948; Id. *Derecho de obligaciones*, cit., 319; K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 40 ss.; K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 223 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 95 ss.

53 K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo 1 cit., 321, expresaba que la revisión judicial del contrato estaba en oposición a los principios del derecho obligacional alemán, y rechazaba las interpretaciones del § 242 en tal sentido: "según su posición en la ley y su función constitucional, no es el de una norma facultativa para el juez que le permita fijar a su arbitrio la entidad y extensión de la obligación del deudor según consideraciones de conveniencia y equidad, sino que, como todas las otras normas del derecho de obligaciones, es una norma objetiva que solamente dispone que para el enjuiciamiento de una relación obligatoria se tengan en cuenta aquellos puntos de vista generales que derivan de la naturaleza de las cosas, del sentido del contrato correspondiente y de los criterios inmanentes de la justicia".

doctrina, entonces, respondió a esa necesidad esta vez con la teoría de la "base negocial" (*Geschäftsgrundlage*), atribuida a OERTMANN (en *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921)⁵⁴, quien da los primeros pasos sobre la huella de WINDSCHEID para desarrollar la teoría de la presuposición orientada a la relevancia de circunstancias sobrevenidas que modifiquen sustancialmente las comunes previsiones de las partes determinantes para la conclusión del contrato, asumiendo por base del negocio una representación psicólogoico-real que hubiese determinado la decisión de una de las partes⁵⁵. OERTMANN se esforzaba en perfilar la distinción entre presuposición y motivo, rechazando las objeciones hechas por LENEL, sin embargo, "ello no abarcaba el fenómeno en toda su amplitud, por lo que fue necesario un ajuste adicional estableciendo el criterio autónomo de lo 'previsto' o 'previsible' relevante dentro del contenido de la teoría de la base negocial objetiva"⁵⁶. Eso precisamente se observará en las líneas de K. LARENZ al referirse a la "desaparición de la base del negocio". Todo contrato, afirma el autor, se estipula entre los que en él participan, teniendo en cuenta determinadas circunstancias de carácter general, ya sean o no conscientes de ello en el caso concreto, y si en tales circunstancias, necesarias para la subsistencia del negocio (base objetiva), se produce una alteración total e imprevista, que en forma alguna no haya sido considerada en el contrato, no resulta conforme a la buena fe someter a la parte por ello perjudicada⁵⁷.

En la reciente *Schuldrechtreform* del BGB en el año 2002 se incluyó una norma expresa referida al cambio de las circunstancias (§ 313), se admitió así la posibilidad de solicitar la adaptación del contrato si las circunstancias en las que encuentra su base han cambiado materialmente después de la celebración del mismo, en atención a las circunstancias específicas del caso, en particular a la distribución contractual o estatutaria del riesgo; se trata del cambio de la base

54 K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., 5 citando lo que por base negocial definía Oertmann: "la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial."; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 226.

55 K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., 19

56 R. CARDILLI, "Bona fides" *Tra storia e sistema*, cit., 168. Precisamente K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., 17, señalaba que la teoría de OERTMANN no indicaba de modo satisfactorio cuáles eran las circunstancias que podrían estimarse como "base" de un contrato perfeccionado, con cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada, y sugería que la teoría debía apoyarse en criterios distintos de los psicológicos empleados por OERTMANN, y ya antes por WINDSCHEID.

57 K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, cit., 314, que en la p. 321 cuestiona no el fundamentar la decisión en la buena fe, sino el realizar la interpretación a partir del § 242.

objetiva del contrato (*Störung der Geschäftsgrundlage*). La alteración del fundamento negocial da lugar a la modificación, que procede solo a petición de una de las partes, y de no ser posible ella, debe pues decretarse la terminación del contrato⁵⁸.

El criterio de la base negocial se encuentra evocado análogamente en el *Uniform Commercial Code (UCC)* en materia de *frustration*⁵⁹, particularmente de *Excuse by Failure of Presupposed Condition (Section 2-615)*, que introduce la noción de *commercial impracticability*, fundada todavía bajo el dogma de la voluntad, o sea sobre la ficción del presupuesto implícito (*basic assumption*), solo que el sistema estadounidense prevé la resolución como remedio a la *impracticability*, y únicamente en el comentario oficial de la sección 2-615 se reconoce al juez la posibilidad de adecuar el reglamento contractual y restablecer el equilibrio entre las prestaciones cuando las circunstancias del caso concreto y las razones de justicia contractual así lo requieran⁶⁰. La intervención equitativa del juez en este sistema se observa también en materia de *unforeseeability and related limitations on damages (Section 351 [3] Second Restatement of Contracts)*, al reconocer a las cortes el deber de limitar la entidad del daño resarcible cuando sea manifiestamente excesivo y desproporcionado en favor de la parte perjudicada.

En Francia, debido al primado de la voluntad y la consiguiente intangibilidad del contrato (art. 1134 *Code Civil*), inicialmente la jurisprudencia fue adversa al reconocimiento del cambio en las circunstancias iniciales; valga citar el famoso caso del *Canal de Craponne*⁶¹ en el cual la *Cour de Cassation (Cass. civ., 6 mars 1876, DP 76.1.195)* fijó firmemente su jurisprudencia en rechazo a la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, afirmando que el art. 1134 "*est un texte général et absolut*". Fue la jurisprudencia administrativa (el *Conseil d'État*) en 1916 [*CE mars 1916 D. 1916 3.25*] la que introdujo la "teoría de la imprevisión" y reconoció un "*droit à indemnité*" al afectado en el célebre caso de la suspensión del *Gaz de Bordeaux*⁶²; el *Conseil* declaró admisible la modificación del contrato en consideración al cambio de las circunstancias en el suministro de gas a la ciudad de *Bordeaux*, y dio prevalencia al criterio del interés público en la conservación de tal contrato que resultaba esencial para la vida cotidiana de los ciudadanos. Pese a esta

58 Cfr. L. MANFRED, *New law of obligations in Germany*, en *Ritsumeikan Law Review*, n.º 20/2003, 147.

59 Las cláusulas de *hardship* en el comercio internacional estarían fuertemente influenciadas por la noción de *frustration* y buscarían conciliar los distintos sistemas y principios: U. DRAETTA y R. LAKE, *Contrats Internationaux*, cit., 191.

60 E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, en *Contratto e impresa* 2, Cedam, Padova, 2006, 483.

61 Vide por todos TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., 428 ss.; FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *Les obligations*, cit., 311 ss.; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 231 ss.

62 TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., p.428 ss.; FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *Les obligations*, cit., 311 ss.; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 231 ss.

decisión en la jurisdicción administrativa, en la jurisprudencia de los tribunales civiles permaneció la prueba de la "force majeure"⁶³. Justo después de la primera posguerra se hicieron evidentes las situaciones que modificaban severamente las circunstancias iniciales del contrato, expresiones de fuerza mayor claro, pero aún no se daría el paso hacia la revisión; de esta manera se promulgó la conocida *loi Faillot* (21.1.1918), que consentía a los jueces la posibilidad de resolver los contratos de suministro celebrados antes de la guerra siempre que el cumplimiento de una de las partes determinase cargas o daños superiores a aquellos razonablemente previstos al momento de la celebración del contrato⁶⁴, pero no permitía su revisión⁶⁵. Una medida similar fue introducida luego de la segunda posguerra con una ley del 23 abril de 1949, retomando disposiciones análogas a aquellas de la ley *Faillot*⁶⁶, pero autorizando además a los jueces a determinar condiciones de pago, dilaciones e incluso disminución de precios⁶⁷; estas leyes tuvieron una vigencia limitada. Durante los años siguientes, la jurisprudencia civil continuó rechazando la revisión del contrato por cambio de las circunstancias siempre basada en el art. 1134 del *Code*, y solo en 1992 la *Cour* consideró una posición más flexible al respecto. Sin conceder aún la revisión, condenó esta vez a uno de los contratantes al pago de daños y perjuicios a la contraparte afectada, basada en la exigencia de la buena fe en la ejecución del contrato⁶⁸. No obstante, el código permanece sin modificación al respecto, por lo que recientemente el anteproyecto de reforma al Libro de las Obligaciones del código francés, propone un tratamiento (art. 1135-1)⁶⁹ para la modificación del contrato de ejecución sucesiva o escalonada cuando debido al efecto de circunstancias sobrevenidas⁷⁰ se altera o perturba el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas (*équilibre initial des prestations réciproques*)⁷¹, hasta tal

63 K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 232.

64 K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, ob. cit., cit., 233.

65 TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., 431.

66 Cfr. TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, ob. cit., cit., 431.

67 Cfr. K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, ob. cit., cit., 233.

68 FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *Les obligations*, cit., 312.

69 "Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles".

70 En el comentario del *Avant-projet de réforme* al capítulo 3 sobre el "efecto de las convenciones", A. GHOZI explica la novedad en la materia al tener consideración de la dificultad en la ejecución del contrato a causa del cambio de las 'circunstancias económicas'.

71 Se trata de la sobreviniencia de un desequilibrio grave en el curso de la ejecución del contrato, la consecuencia se explica así en el comentario del *Avant-projet* al art. 1135-1: "Le pouvoir des parties est sollicité dans un autre domaine: la prévention contractuelle des difficultés d'exécution à venir, ou, à défaut, l'organisation d'une renégociation sous l'impulsion du Juge: c'est l'apport des articles 1135-1 et suivants introduits dans

punto que el contrato pierde todo interés para una de las partes (*au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles*), ligando la posibilidad de modificación al interés de la parte en el contrato y a la gravedad del desequilibrio. Se hace un llamado entonces para que las partes prevean cláusulas de negociación o modificación del contrato en caso del advenimiento de dichas circunstancias (art. 1135-1), y a falta de una tal cláusula la parte que ha perdido el interés en el contrato podrá demandar judicialmente la negociación (art. 1135-2)⁷². De no tener éxito la negociación, siempre que no se haya debido a mala fe, se abre entonces la posibilidad a cada contratante de solicitar la rescisión del contrato (art. 1135-3)⁷³.

Otra construcción dentro del cuadro de la gestión del fenómeno de la sobreviniencia contractual en el sistema jurídico de herencia romana, es la italiana de la "excesiva onerosidad sobrevinida" (art. 1467) en el código vigente⁷⁴, que introduce la figura en el ámbito de la resolución del contrato junto al incumplimiento y a la imposibilidad sobrevinida. También en la experiencia italiana fue la crisis económica subsiguiente a la primera posguerra la que llevó a tener especial consideración del fenómeno de la sobreviniencia. De esa manera, en 1915 un *Decreto legislativo luogotenenziale* (n.º 739)⁷⁵ dio relevancia a la excesiva onerosidad sobrevinida a causa de la guerra, sin embargo, siendo una norma del todo contingente, el decreto sería luego abrogado en 1920⁷⁶; no obstante ello, una parte de la doctrina de la época, y en contraste con la jurisprudencia, recibió el principio innovador intentando una extensión aplicativa más allá del evento bélico que había determinado la emanación de la ley,

notre législation civile." En atención a la ausencia de una más apropiada regulación positiva en la materia, la Comisión afirma en el comentario al art. 1135-1: "*À ceux qui se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes.*"

72 "*A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.*"

73 "*...Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.*"

74 El código de 1865 no regulaba el fenómeno, lo hacía igual que el *Code* reconociendo solo la objetiva imposibilidad sobrevinida del cumplimiento (art. 1226 c.c. it. 1865), obviamente centrado en el pleno respeto a la voluntad de las partes y al principio *pacta sunt servanda*: vide P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 103 ss.; S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950, 267, conecta el art. 1467 con la cláusula *rebus sic stantibus* y D.46, 3, 38 pr. de AFRICANO.

75 El art. 1 del decreto decía: "*A tutti gli effetti dell'art. 1226 C.C. la guerra è considerata causa di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione.*"

76 P. TARTAGLIA, *voce "onerosità eccessiva"*, cit., 156.

en lo que sería el inicio de arduas discusiones teóricas en busca de explicar el mecanismo⁷⁷. Entre los varios autores sobresale ANDREOLI⁷⁸, quien en relación con la doctrina intermedia de la *reductio ad aequitatem*, sostenía la opinión según la cual en caso de cambio de las circunstancias el mejor modo para restablecer el equilibrio turbado entre las prestaciones fuese el de conceder la revisión del contrato. Tal posición, empero, no fue recibida por el legislador de 1942⁷⁹. El modelo del art. 1467 presenta una aplicación restringida, se trata de "contratos de prestaciones correlativas", donde las prestaciones están ligadas entre sí por un nexo de interdependencia funcional, es decir, el sinalagma, y cualquier intento de basar la figura en un principio demasiado general sería tergiversar la función asignada por la ley⁸⁰. La regla establecida en el art. 1467 de la excesiva onerosidad, supone, como afirma CARDILLI⁸¹, tener en cuenta dos presupuestos: el primero, que tal onerosidad excesiva no esté relacionada con circunstancias ordinarias o previsibles por las partes⁸²; el segundo, toda vez que la onerosidad excesiva se debe a circunstancias extraordinarias e imprevisibles, aquella no entra en el aleas normal del contrato⁸³; el presupuesto de la acción se limita al ámbito de los contratos de ejecución continuada o periódica y aquellos de ejecución diferida⁸⁴, y el remedio no procede si la parte que lo solicita ya ha ejecutado completamente su prestación⁸⁵.

77 Vide por todos, respecto de la evolución de la figura en doctrina y jurisprudencia, C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano 1995, 21 ss.; P. TARTAGLIA, *voce "onerosità eccessiva"*, cit., 156 ss. Ya antes de la entrada en vigor del código de 1942, se recorría en doctrina y jurisprudencia el principio tradicionalmente manifestado de la cláusula *rebus sic stantibus* (M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 48) así como el frecuente llamado de la jurisprudencia a la "presuposición", no obstante otras teorías se orientan en sentido claramente objetivo reclamando la causa del negocio (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 262; CARRIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1949, 593; REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 344), o también la equidad, la solidaridad, la conservación del equilibrio contractual.

78 *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, en *Riv. dir. civ.*, 1938, 309.

79 Son tan numerosos los casos en que se permite la revisión del contrato en el sistema italiano que ella pareciera ser la regla, y la posibilidad de llegar a la resolución sería la excepción: acerca del punto vide P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 105.

80 P. TARTAGLIA, *voce "onerosità eccessiva"*, cit., 158.

81 "Bona fides" *Tra storia e sistema*, cit., 170 n.º 55 y bibliografía allí citada; vide también C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 25 ss.

82 "...per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili..."

83 "...La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto..."

84 "Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita..."

85 Acerca del punto en doctrina y jurisprudencia vide C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 59 n.º 30 y 31.

Acorde con la *traditio* del sistema, la norma introduce la oferta de modificación del contrato⁸⁶ basada en la *aequitas*, con el fin de corregir el desequilibrio y evitar la resolución. La posibilidad de la oferta se concede a la parte demandada⁸⁷, recordando la similitud con la *reductio ad aequitatem* en materia de *laesio enormis* y de contrato celebrado en estado de necesidad o de peligro, elemento sobresaliente también en cuanto a la cláusula *rebus sic stantibus* en el sistema de los doctores medievales, y presente ya originariamente dentro del sistema jurídico romano en materia de sobreviniencia contractual con la *reductio* o *remissio mercedis*⁸⁸ y la adaptación del contrato en materia de *locatio conductio*⁸⁹. Esto muestra la exigencia de adecuar las prestaciones por vía de renegociar⁹⁰ o adaptar, y procurar la satisfacción del interés contractual de las partes antes que frustrarlo del todo y terminar la relación⁹¹. De esta manera, subsiste, también aquí, el deber de restablecer el equilibrio de las prestaciones conforme al espíritu de cooperación y solidaridad⁹², y solo cuando las reglas

86 En cuanto a la naturaleza jurídica de esta oferta en el derecho italiano vide F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Giuffrè, Milano, 1990, 89 ss.; V. M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 82 aclara que en la imposibilidad total de la prestación, la resolución no entra en la disponibilidad de las partes, es una imposición autoritativa del ordenamiento jurídico para una y otra parte.

87 "La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto."

88 Y que se observa en nuestro derecho en la solicitud de rebaja de la renta (*reductio mercedis*) por el deterioro o destrucción de la cosa debido a casos fortuitos extraordinarios en el arrendamiento de predios rústicos (art. 2041 C. C.).

89 Es el reclamo a un principio difuso ya entre los comentaristas medievales y consolidado por el derecho común en relación con los contratos de larga duración "*contractus quia habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*", una máxima contaminada de la interpretación medieval de D. 46, 3, 38 pr. y D. 12, 4, 8 y que no tuvo en cuenta el tratamiento del problema ya en las fuentes sobre el contrato de *locatio conductio* y su adaptación mediante la *reductio mercedis*.

90 "La fase de negociación entre las partes, en efecto, no termina con la celebración del contrato, sino que se presenta nuevamente cada vez que se determine una alteración relevante en el equilibrio de las prestaciones": E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense*, cit., 490 n.º 39; ello podría inducir a considerar sutil la distinción tradicional entre la fase de formación y la fase de ejecución del contrato; FONTAINE, *Les Clauses de Hardship*, en *Dir. prat. comm. int.*, 1976, 279 habla de un contrato "evolutivo" que se abre paso respecto del contrato intangible.

91 Además, "la revisión realizada no es óbice para impetrar o acordar una nueva": F. HINESTROSA, *La revisión del contrato*, cit., 7. III.; cfr. C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 193.

92 Cfr. CAMPBELL y HARRIS, *Flexibility in Long-Term Contractual Relationships: The Rule of Co-operation*, en 20 *J. Law & Soc.*, 1993, 167. Sobre la idea de dar fuerza a una moralidad intersubjetiva o alentar un comportamiento virtuoso en los contratos (una concepción alternativa) vide S. V. SCHIFFRIN, *The divergence of contract and promise*, en *Harvard Law Review*, vol. 120:708 / 2007, 752.

no resulten idóneas para atender la excesiva onerosidad sobrevenida, se podrá recorrer el campo de la resolución del contrato⁹³.

V. CÓMO SE EFECTÚA LA CORRECCIÓN Y ADAPTACIÓN

La cuestión acá es determinar, en cuanto a la desproporción, no ya qué la produce sino cuándo se está en presencia de ella para saber cómo proceder al reajuste de las prestaciones; y surgen entonces entre los dos tipos de desequilibrio planteados, ciertas afinidades dogmáticas: la desproporción grave de las prestaciones, la posibilidad de modificar el contrato (su revisión) para corregirla⁹⁴, y la exclusión del remedio para los contratos aleatorios⁹⁵. La ley establece en ciertas ocasiones límites expresos de proporcionalidad que superados dan lugar al reajuste, como en los casos del art. 1291 C. C. (rescisión de la aceptación): *la disminución en más de la mitad del valor total de la asignación*; art. 1405 C. C. (rescisión de la partición): *más de la mitad de la cuota*; art. 1601 C. C. (cláusula penal enorme): *el duplo del valor de la obligación principal*; art. 1947 C. C. (lesión en compraventa de inmuebles): *la mitad del justo precio*; art. 2231 C. C. (interés convencional excesivo): *más de la mitad del interés corriente*; art. 1844 C. Co.: *el valor de la cosa salvada*; art. 1845 C. Co.: *5 mil gramos de oro puro por persona salvada sin exceder de 25 mil, 5 mil gramos si ninguna persona ha sido salvada*. En otras ocasiones, la ley se refiere solamente a una *notable desproporción* (art. 1550 C. Co.) o a una *excesiva onerosidad* (art. 868 C. Co.), sin fijar una pauta al exceso o indicar un lindero preciso entre lo equitativo y lo excesivo, de manera que, cuando las partes no logran ellas mismas la modificación equitativa o por

93 Sobre el punto R. CARDILLI, *"Bona fides" Tra storia e sistema*, cit., 171, afirma que esta interpretación se introduce coherentemente en el sistema jurídico al cual pertenece el ordenamiento italiano; cfr. P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 106: "la concepción acogida en el código peca por defecto, pues si bien tiene en cuenta el cambio de las circunstancias en los casos de ruptura del equilibrio sinalagmático entre las prestaciones, deja fuera otro supuesto quizás también relevante, el de la llamada 'frustración de la finalidad contractual' o 'frustración del contrato'". Pero, cabe preguntarse, ¿caso la frustración de la finalidad contractual no entraría entonces en la hipótesis de imposibilidad sobrevenida de la prestación ex art. 1256 del Codice? En cuanto al efecto de la *non adaptation* en las cláusulas de *hardship*, vide U. DRAETTA y R. LAKE, *Contrats Internationaux*, cit., 195 ss.

94 Esta afinidad fue aceptada ya durante el derecho común, valiéndose de la distinción atribuida a Baldo entre contratos *qui unico momento perficitur* y contratos *qui habent tractum successivum* se pensaba en una *laesio enormis ab initio* y una *laesio enormis superveniens* o *ex postfacto*. "*Sed advertet, quod quando contractus non continet enormem laesionem ab initio sed ex postfacto, proptem mutationem temporum, debet moderari, si contractus habeat tractum successivum et futurum tempus recipiat*"; F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros XXVII dispertitae*, Genevae, Chouët M., 1681, lib. III, tit. 15, n.º 25.

95 Pero se aplica, en el C. C. peruano (arts. 1441-1 y 1447) y en el C. C. argentino (art. 1198), siempre que la desproporción se deba a causas extrañas al riesgo propio del contrato.

su parte no exista criterio legal para determinar la desproporción, tocará al juez valorar las circunstancias del caso y la naturaleza y finalidad del contrato (art. 3.10 (b) Unidroit) para determinar dicha desproporción y procurar el equilibrio de las prestaciones. En unos casos la ley establece directamente las reglas de la adaptación (art. 1882 inc. 2, C. Co.) o la sola reducción equitativa (arts. 1990, 2041, 2231 C. C.), en otros, son las partes las que prevén cláusulas de adaptación (o de *hardship*).

En los casos de desequilibrio inicial o congénito resulta ciertamente determinar el precio justo que debió tener el contrato al tiempo de su celebración (art. 1947 inc. 2, C. C.) y entonces ese habrá de establecerse para corregir la desproporción. En los distintos ordenamientos y proyectos de unificación del derecho contractual la parte afectada puede: 1) dirigirse al juez y solicitar directamente la modificación del contrato (art. 1550 C. Co.; art. 954 C. C. argent.; art. 17 C. C. mexic.; art. 1122-2 del *Avant projet*); 2) solicitar directamente su rescisión, que podrá ser evitada con oferta de modificación equitativa por parte del demandado (art. 1948 C. C.; arts. 1447-1450 C. C. ital.; arts. 560-556 C. C. boliv.; art. 310 Unidroit; art. 4: 109 PECL); 3) solicitar la nulidad sin posibilidad de modificación (§ 138 BGB).

Por su parte, en los casos de desequilibrio sobrevenido resulta de mayor complejidad el instrumento revisorio puesto que los eventos sobrevenidos han alterado profundamente la economía de la operación siendo así que el valor inicial de las prestaciones, si bien correcto, no resulta equitativo frente a las nuevas circunstancias que rodean la ejecución, de manera que la revisión del contrato asume aquí más bien la forma de adaptación al cambio sobrevenido de las bases del negocio. En estos casos la parte afectada puede: 1) pedir directamente la revisión del contrato (art. 868 C. Co.) o la forma de renegociación o adecuación (§ 313 (1) BGB; art. 6. 2. 3 Unidroit); 2) o de reducción o aumento de la prestación (art. 1440 C. C. Perú); 3) o puede pedir directamente la resolución, que podrá ser evitada, también aquí, con oferta de modificación equitativa por parte del demandado (art. 1467 C. C. ital.; arts. 581 C. C. boliv.; arts. 478 y 479 C. C. bras.).

Es claro que el ambiente ideal para la revisión del contrato debe ser el de la cooperación entre las partes, para evitar así poner en acción el mecanismo judicial y mejor componer entre ellas las anomalías, acorde siempre con la buena fe y la equidad correctiva. No obstante este deber jurídico de las partes, el derecho concede la posibilidad al afectado por el desequilibrio —o a cualquiera de las partes— (art. 1550 C. Co.; art. 3.10 Unidroit; art. 1135-1 *Avant projet* francés) de trasladar al plano procesal los alcances correctivos de la revisión del contrato, y solicitar el auxilio del juez para determinar dichos alcances, o en caso de no ser posible, establecer la solución última prevista por el derecho. A esta solución última antecede, como se ha señalado, la posibilidad de

la oferta equitativa que restablezca el equilibrio entre las prestaciones, como representación procesal del deber primario de cooperación⁹⁶.

VI. EFECTOS DE LA REVISIÓN Y PODERES DEL JUEZ

Acá la cuestión es la de confiar en el buen arbitrio del juez, y que este se esmere por aplicar la equidad entendida como valoración del caso particular, en relación con los elementos singulares de la relación obligatoria, es decir, las prestaciones y su equilibrada correlatividad.

La revisión pone en práctica una modificación en sentido estricto y técnico en la relación obligatoria, que permanece siempre la misma en sus rasgos esenciales⁹⁷. Así, en el desequilibrio inicial el juez tendrá en cuenta las condiciones económicas que rodeaban la relación al momento de la celebración del contrato, el entorno comercial del momento, el precio que razonablemente debió tener la operación en el caso concreto y respecto del valor del bien de que se trata, a la vez que habrá de verificar el estado de debilidad de la parte afectada y la consiguiente explotación que de tal estado hizo la otra parte. A su vez, en el desequilibrio sobrevenido el juez debe ante todo determinar el terreno del *periculum* en sentido técnico, excluir que se trate de un riesgo propio del contrato del caso, o de incidencia de la mora, excluir que exista disposición de las partes relativa a la asunción convencional del riesgo y, en especial, que la ejecución de la prestación —si bien gravosa— sea todavía posible y las partes tengan aún interés en la misma.

En todo esto, de no llegar las partes a un acuerdo, frente a tal frustración se plantean las preguntas: ¿Cuáles son, entonces, las atribuciones del juez⁹⁸? ¿Qué puede hacer antes de aplicar la *extrema ratio* para los casos de desequilibrio contractual?

96 Particularmente, en cuanto al desequilibrio sobrevenido, una perspectiva que va más allá y tiene en cuenta el deber primario de cooperación acá mencionado, se encuentra en los PECL (art. 6:111 (2)) y en el *Avant projet* francés (art. 1135-1), que invitan a las partes a entablar negociaciones para modificar el contrato, debido al cambio de las circunstancias.

97 Cfr. F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Giuffrè, Milano, 1990, 140, para quien el ordenamiento tiende a reconstruir, mediante la intervención del juez que sustituye a los contratantes, la conformidad entre función abstracta y función de intercambio, procurando así la tutela jurídica.

98 Cfr. T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1929, 314; F. SANTORO PASSARELLI, *Neozio e giudizio*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1160; Id. *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrato del terzo*, en *Riv. dir. priv.*, 1932, I, 272; M. VASETTI, *Arbitraggio*, en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1958, 823.

De no haber acuerdo u oferta de modificación aceptada por ambas partes, el juez puede, en los distintos ordenamientos y proyectos de unificación: 1) modificar directamente el contrato⁹⁹ o una de sus cláusulas, es decir, corregirlo o adaptarlo equitativamente si todavía es posible según las circunstancias, o por el contrario, pronunciar su rescisión o su resolución según el caso (arts. 868, 1550 y 1845 C. Co.; art. 1440 C. C. per.; § 313 BGB; arts. 4:109 (2) y 6:111 (3)(a) y (b) PECL; art. 3.10 Unidroit); 2) siendo todavía posible modificar el contrato, no se confiere facultad al juez para hacerlo, de modo que no podrá entonces sino pronunciarse sobre la rescisión o la resolución; son los casos en los que la intervención del juez se limita solo a determinar las condiciones equitativas de la oferta de modificación siempre que esta haya sido ofrecida (art. 1946 C. C.; arts. 561 y 581 C. C. Bolivia.; art. 1198 C. C. Argentina.; art. 157 § 2º C. C. Brasil.); 3) cuando la ley no prevé –particularmente en el desequilibrio inicial– el instrumento revisorio y mucho menos oferta de modificación, el juez apenas está habilitado para pronunciar la nulidad del contrato (§ 138 BGB).

VII. CONCLUSIONES

Luego de estas breves consideraciones alrededor de mecanismos ya tratados en profundidad y con vasta extensión por la más aguda doctrina, resulta claro que pueden ser innumerables los comentarios al respecto, no obstante, me permito enunciar algunas conclusiones que, si bien son evidentes, no está de más recordarlas.

En primer lugar, que la tendencia de los ordenamientos hacia la revisión-conservación del contrato más que a su rescisión o resolución, es muestra de la existencia de un prodrómico deber de cooperación fundado en la buena fe y la equidad correctiva, que llama a las partes a mantener el equilibrio entre las prestaciones y sanar entre ellas las anomalías.

En segundo lugar, que el desequilibrio originario se refiere a un aspecto patológico del contrato. A su vez, que el desequilibrio sobrevenido se refiere a un aspecto fisiológico del mismo, por lo que, si bien la primera solución aplicable en los dos casos debe ser la modificación, la última deberá ciertamente ser distinta en uno u otro caso (rescisión o resolución), acorde con los aspectos de cada uno.

En tercer lugar, que evidentemente deben distinguirse las hipótesis de rescisión de las de resolución, pero debe aceptarse que en ciertos casos ellas se identifican en la función, no ya de corregir (ámbito de la modificación), sino

99 Que no ciertamente novarlo, pues falta en las partes toda intención o *animus novandi*.

de eliminar (ámbito de la sanción) un desequilibrio contractual respectivamente originario o sobrevenido¹⁰⁰.

En cuarto lugar, que en nuestro ordenamiento, si bien están previstos mecanismos para la revisión y modificación equitativa del contrato, plenamente en caso de desequilibrio sobrevenido (art. 868 C. Co.), y restrictivamente en caso de desequilibrio congénito (arts. 1251, 1405, 1601, 1947 y 2231 C. C.; arts. 1551 y 1845 C. Co.), particularmente faltan, en este último caso, reglas para una protección contractual general de los estados de debilidad¹⁰¹, sin olvidar que, para justificar todo ello, se tiene una enorme base constitucional: es fin del Estado, entre otros, mantener "la vigencia de un orden justo" (art. 2 Constitución Política), y tiene además el deber de "proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan" (art. 13 inc. 3 C.).

100 Cfr. DISTASO, *Azione generale di rescissione per lesione, offerta di reductio ad aequitatem e svalutazione monetaria*, en *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, 176.

101 "...y se daría entrada a una institución autónoma que respondería a fenómenos propios de nuestra época, en el ánimo de asegurar una equivalencia justa de las prestaciones correlativas. Lo que ha de preguntarse en el estado actual de la cuestión es si cabe dar ese paso mediante una creación pretoriana, si la jurisprudencia estaría dispuesta a darlo o, en fin, si será menester una intervención legislativa": HINESTROSA, "Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?", cit., 134.