

Las nuevas tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana

(Continuación)

CAPITULO QUINTO

LA INTERVENCION JUDICIAL Y LEGISLATIVA EN LA EJECUCION DE LOS CONTRATOS Y LA TEORIA DE LA IMPREVISION

SUMARIO: 1.—La intervención del juez y del legislador en la ejecución de los contratos. 2.—Origen y formulación de la teoría de la imprevisión. 3.—Textos del Código Civil que regulan el cambio de circunstancias en los contratos. 4.—Concepciones y procedimientos técnicos invocados para justificar la revisión de los contratos: I.—Teoría de la fuerza mayor y de la imposibilidad económica; II.—Teoría basada sobre la idea de enriquecimiento indebido; III.—Teoría basada sobre el abuso del derecho contractual; IV.—Teoría basada sobre la idea de lesión; V.—Teorías basadas sobre la interpretación de la voluntad presumida de las partes; VI.—Teoría basada sobre los principios de buena fe y de equidad. 5.—Generalización en el espacio de la teoría de la imprevisión: I.—Países anti-revisionistas (grupo latino): A. Francia: a) el Código Civil de 1804; b) doctrina y jurisprudencia civil y administrativa; c) legislación especial y de circunstancia; d) medidas deflacionistas. B. Italia. C. Otros países. D. Argentina: a) obligaciones pecuniarias; b) legislación de emergencia; c) el proyecto de reforma del Código Civil. II.—Sistema revisionistas: A. Alemania: a) el Código Civil; b) legislación sobre obligaciones pecuniarias y criterio originario de la jurisprudencia; c) admisión por la jurisprudencia del concepto de imposibilidad económica en los con-

tratos, frente a la desvaluación monetaria; d) revalorización jurisprudencial de los créditos provenientes de mutuos en dinero; e) legislación revaloriccionista; f) revisión judicial de los contratos afectados por la crisis de 1930; g) legislación de emergencia motivada por la misma crisis. B. Suiza: a) los códigos; b) actitud de la jurisprudencia; c) orientación de la jurisprudencia a partir de 1933. C. Inglaterra: a) evolución histórica del concepto de fuerza mayor; b) excepciones al rigor de la ley contractual y admisión de la imprevisión; c) la jurisprudencia y la guerra de 1914-1918; d) alcance de la evolución en el concepto de la fuerza mayor; e) jurisprudencia en materia de obligaciones pecuniarias; f) legislación de emergencia. D. Estados Unidos de Norte-América: a) imposibilidad de ejecución; b) la revisión de los contratos por el juez; c) legislación de emergencia; d) obligaciones pecuniarias. III.—Posición del Perú. 6.—Recapitulación y directivas de las teorías formuladas para justificar la revisión de los contratos y de sus aplicaciones en el derecho comparado.

I.—LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ Y DEL LEGISLADOR EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.—En el Capítulo Segundo hemos presentado, en sus términos más generales, el fenómeno del dirigismo o intervencionismo judicial y legislativo en el campo contractual, señalando las causas de su aparición y sus principales manifestaciones. Luego hemos desenvuelto de un modo particular, en el Capítulo Cuarto, los caracteres del intervencionismo o “dirigismo” en la génesis de los contratos. Siguiendo el desarrollo de nuestro plan, tócanos estudiar ahora, un poco más de cerca, las intervenciones del legislador y del juez en los contratos en curso, examinando, aunque sea brevemente, las teorías invocadas para justificarlas, sus principales manifestaciones en el derecho comparado, así como la actitud asumida por la doctrina.

No hay quizás, en la teoría del contrato, cuestión más grave que la de saber si el juez o el legislador pueden intervenir en la ejecución del contrato para impedir, modificar o retardar el cumplimiento de las obligaciones, sin quebrantar con ello bases esenciales del derecho privado.

Los juristas que defienden el postulado de la fuerza obligatoria del contrato en todo su rigor, denuncian esas intervenciones como funestas derogaciones a los principios fundamentales del derecho contractual. El juez, dicen debe respetar la ley privada que es el contrato. Las partes mismas no pueden desligarse. La rescisión convencional es un nuevo contrato que no produce efectos sino para el porvenir; la rescisión unilateral

no se explica sino como una estipulación subentendida; la nulidad de la condición potestativa de parte del deudor, prueba bien la irrevocabilidad del contrato. Aparte del caso en que se tropieza con una imposibilidad, el deudor debe ejecutar sus obligaciones, por pesadas que hayan llegado a ser bajo la influencia de modificaciones económicas y sociales. El deudor —dice Planiol, expresando una concepción heroica del contrato— debe consagrar la totalidad de sus recursos y arruinarse si fuere necesario, para respetar sus compromisos. Es esto lo que requiere un régimen que quiera mantener la seguridad de los negocios (49).

Estos principios prevalecieron sin dificultad hasta la anterior guerra mundial; nada exigió, hasta entonces, la necesidad urgente de autorizar en los contratos celebrados otras intervenciones que no fueran las taxativamente marcadas por la ley. Mas a partir de esa etapa histórica, no han cesado de recibir aquellos postulados, formales desmentidos. La inestabilidad económica en que se debate el mundo, hace que en los contratos de ejecución diferida o de larga duración, sobrevengan cambios en la situación de las cosas que vuelven su ejecución totalmente diferentes de lo que las partes pudieron haber descontado. De allí que se haya formado una *corriente de opinión* que, juzgando inicu que la ejecución pueda traer la ruina de una de las partes, reclama medidas del juez, encaminadas a *rescindir, revisar o modificar* las convenciones. Esta corriente de opinión ha tomado cuerpo en la *teoría de la imprevisión*.

Y cuando el juez ha dudado en reformar los contratos en los casos en que el deudor, aplastado por sus obligaciones, no podía ejecutar sin grave sacrificio, el legislador no ha vacilado en intervenir en mayor o menor grado, dictando un cúmulo de leyes que ora suspenden, ora modifican o retardan la ejecución de los contratos.

Durante mucho tiempo se creyó que una ley no podía afectar a los contratos en curso a menos que se tratara de una ley meramente interpretativa. Pero hoy es una cuestión admitida, que ya casi nadie discute, que las leyes pueden aplicarse a convenciones antiguas, válidamente concluidas y alterar los efectos de los cambios de voluntades anteriores. Cuando se ha estimado que las prohibiciones o que el orden establecido por la ley podría verse comprometido si se dejara subsistir, al margen de ella,

(49) Planiol et Ripert. — *Traité de droit civil français*. 1930, t. VI, p. 532.

situaciones derivadas de contratos anteriormente concluidos, se ha ido a la anulación de las cláusulas contractuales cuya regularidad era incontestable en la época en que fueron aceptadas por las partes. De acuerdo con esta doctrina, el proyecto de reforma del Código Civil argentino sienta, en el art 3.º del Tit. Preliminar, el siguiente principio: "*Nadie podrá alegar derechos irrevocables contra una ley de orden público*".

Ripert y Demogue admiten que el legislador puede imponer que una ley se aplique a los contratos en curso, siempre que haya sido declarada de orden público. "Pero el legislador —dice Demogue— debe manifestar netamente su voluntad. Así, las nulidades existentes en virtud de una ley antigua subsisten, a pesar de que una nueva ley ya no las considera, si es que guarda silencio". (50).

Las intervenciones judiciales y legislativas, aun cuando no hayan estado informadas en una regla jurídica determinada, se presentan como consagraciones más o menos precisas, de la teoría de la imprevisión.

En torno de esta teoría se concentra lo que hay de más esencial en el movimiento de ideas que mantiene en agitación al derecho contractual contemporáneo. Ella constituye, por lo mismo, el aspecto más interesante de la cuestión general de la rigidez o de la flexibilidad del contrato.

La teoría se ha generalizado en el espacio. Casi todos los países afectados por el desequilibrio económico resultante de la pasada guerra mundial, han debido admitirla bajo diversos títulos. Creemos indispensable, por eso, tratar aquí con algún detenimiento del origen de la teoría, de las principales concepciones en que se apoya y de sus aplicaciones en el derecho comparado.

2.—ORIGEN Y FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.—La imprevisión contempla no la imposibilidad de la prestación, que trae consigo la extinción de la obligación cuando esa imposibilidad no es imputable al deudor, sino el resultado del cambio de circunstancias después del nacimiento de la obligación; una situación en la cual el deudor no puede ejecutar la prestación sino con gran esfuerzo o exponiéndose a pérdidas considerables. También puede ocurrir que a consecuencia de una baja importante en el valor de la prestación —que puede ser la mo-

(50) René Demogue. — *Traité des obligations en général.* — Effets des obligations. Tome VI. — Paris Lib. A. Rousseau 1931, pág. 71.

neda— no sea el deudor sino el *acreedor* quien se vea en el caso de sufrir pérdidas considerables con la ejecución estricta del contrato.

La teoría de la imprevisión conduce, *sea a rescindir* el contrato sea a *modificar* la prestación cuando, entre el momento del acuerdo de voluntades y el de la ejecución sobreviene un acontecimiento imprevisto que, sin hacer la ejecución materialmente imposible, la torna más difícil o más onerosa.

El cambio de circunstancias basta, para unos, con que sea imprevisto por los contratantes; para otro, debe ser imprevisible, esto es, imposible de prever. En realidad, si se redujera la teoría a la segunda hipótesis, quedarían fuera de ella la mayor parte de las situaciones que trata de remediar, ya que muy pocas veces podría sostenerse que un acontecimiento o cambio de circunstancias ha sido imposible de prever por la inteligencia humana.

Según la concepción más generalizada de la teoría de la imprevisión, las partes, cuando contratan por un período más o menos largo, lo hacen bajo la condición implícita de que, durante el período contemplado, las circunstancias no cambiarán hasta el punto de falsear o trastornar la economía del contrato. La teoría parte, entonces, de la aceptación, en principio, de la validez del contrato y de su respeto, aun cuando las condiciones hayan cambiado. Pero si el cambio ha sido muy grande, se produce una situación extracontractual que no debe continuar comprometiendo a los contratantes.

La teoría de la imprevisión tuvo sus orígenes en el derecho canónico. Los glosadores del derecho romano notaron que en los textos del Digesto se consagraba la existencia de una *condición tácita que permitía, en ciertos casos, la liberación del deudor*, y desprendieron de allí la idea de que si las partes no han previsto las modificaciones posteriores al contrato que hacen su ejecución tan onerosa que sería desastrosa para el deudor, los tribunales, sirviéndose del mismo contrato e *interpretándolo*, pueden desligar en tal caso al deudor.

Después de los glosadores, los canonistas, guiados por sus ideales de moral y justicia, sostuvieron que un acreedor no podía exigir la ejecución literal de una obligación si las condiciones habían cambiado considerablemente desde el momento de la promesa y admitieron en los contratos una condición implícita *rebus sic stantibus*. Fundamentaban los canonistas su tesis en que

las partes habían subordinado implícitamente la ejecución de sus compromisos a la persistencia de la situación de hecho existente al día del contrato. Se ocuparon en particular, en razón de la gran diversidad de monedas en esa época y de sus frecuentes alteraciones, de la ejecución de los contratos a raíz de una depreciación monetaria y de la noción del valor intrínseco de la moneda en el momento del contrato.

La cláusula *rebus sic stantibus* pasó a las obras de derecho canónico de los siglos XIV y XV y se difundió mucho. Los postglosadores Baldo, Bartolo, Alciato y otros, admitían, sin reservas, que en virtud de esa cláusula tácita debían rescindirse los contratos, cuando no se cumplían las condiciones que se tuvieron en vista al celebrarlos. A Bartolo pertenecer la afirmación de que en todo contrato hay que suponer la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, admitir que las partes no han entendido mantener el contrato sino en el caso de que las circunstancias no cambiaran.

La doctrina canonista se propagó considerablemente por Alemania e Italia. Algunos códigos modernos como el bávaro de 1756 y el austriaco de... llegaron a consignar preceptos que significaban el reconocimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*.

No llegó, sin embargo, a enunciarse con precisión la teoría de la cláusula tácita de rescisión. Variaban mucho los casos de su aplicación y se la confundía con nociones jurídicas análogas, como el error, la lesión y la condición.

Esta imprecisión de la teoría canonista, así como la inseguridad que su generalización estaba introduciendo en las transacciones, provocaron una reacción que toma cuerpo en el siglo XVIII a pesar de que, desde principios del siglo XVII, Grocio y los naturalistas habían combatido la idea como contraria al valor del contrato. Decía Grocio que la teoría, tal como se venía formulando, estaba dando por resultado de que ningún convenio resultaba ya obligatorio y que el deudor podía pedir en cualquier momento la exoneración de su obligación, bajo pretexto de que las condiciones habían cambiado.

Por efecto de esa reacción, hacia la postrimerías del siglo XVIII, la teoría de los canonistas y la cláusula *rebus sic stantibus* habían caído en completo desuso. El Código Prusiano de 1794 la ignoró. El Código Napoleón de 1804 tampoco consideró la cláusula tácita de rescisión ni consignó ningún precepto que significara su admisión. Los pocos preceptos que contemplan el

cambio de circunstancias sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato no permitían erigir una teoría de alcance general (art. 1613 que exonera al vendedor que no ha recibido el precio, de la obligación de entregar, si después de celebrado el contrato el comprador se torna insolvente; art. 953 que permite la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario o sobrevenirle hijos al donante; art. 1443 que autoriza a la mujer a pedir la separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido; art. 1889 que faculta al comodante que necesita con urgencia la cosa prestada, a pedir que se le devuelva antes de cumplido el plazo, etc.).

El Código peruano de 1852, a semejanza de su modelo, previó también modificaciones contractuales por cambio de circunstancias, en ciertos casos particulares análogos a los del Código francés. Pero se trataba de disposiciones aisladas, que si bien reconocían el pensamiento fundamental de la cláusula, permitían a lo sumo una analogía singular, pero de ninguna manera su extensión para elevarla a principio general (analogía *juris*).

De los códigos contemporáneos el alemán y el suizo, sin llegar a admitir la cláusula *rebus sic stantibus*, han previsto el cambio de circunstancias en preceptos de alcance más general que constituyen, en cierto modo, aplicaciones del principio. Según el art. 321 del Código alemán, "*aquel que en virtud de un contrato sinalagmático está obligado a ejecutar primero, puede, cuando después de la conclusión del contrato se ha producido una disminución de valor esencial en la situación patrimonial de la otra parte, susceptible de poner en peligro su pretensión relativa a la contraprestación, rehusar la prestación que le incumbe hasta que la contraprestación haya sido efectuada o se le suministre una seguridad en lo que le concierne*". Y con relación al préstamo al consumo, dice el art. 610 del mismo Código: "*Quienquiera haya prometido realizar un préstamo de consumo puede, en la duda, revocar su promesa, cuando la situación de fortuna de la otra parte sufre una agravación que ponga en peligro la pretensión al reembolso*".

Las reglas del Código suizo de obligaciones (art. 83 y 316) similares a las del alemán, no solamente autorizan la inejecución, en caso de insolvencia, en los contratos bilaterales: van hasta permitir la rescisión unilateral. Dice así el art. 83: "*Si, en un contrato bilateral, los derechos de una de las partes son puestos en peligro, porque la otra ha devenido insolvente y, particularmente, en caso de quiebra o de embargo infructuoso, la*

parte así amenazada puede negarse a ejecutar hasta que la ejecución de la obligación contraída a su favor haya sido garantizada. Ella puede apartarse del contrato si esta garantía no llega a serle prestada, a pedido suyo, en un plazo razonable".

De los códigos contemporáneos ninguno ha dado una solución más precisa a esta cuestión del cambio de circunstancias, que la que ofrece el art. 269 del *Código polaco*: "*Cuando, por efecto de acontecimientos excepcionales tales como la guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otros cataclismos naturales, la ejecución de la prestación tropezara con dificultades excesivas o amenazara a una de las partes de una pérdida exorbitante que las partes no han podido prever al tiempo de la celebración del contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario según los principios de la buena fe y después de haber tomado en consideración los intereses de las dos partes, fijar el monto de la prestación o también pronunciar la resolución de la convención*". Permite este texto al juez, cambiar el contenido y aún anular la obligación a causa del cambio de circunstancias; pero sujetando su arbitrio a las siguientes restricciones 1.º el cambio de circunstancias debe ser provocado por acontecimientos extraordinarios como la guerra, la epidemia, una cosecha completamente malograda u otros flagelos naturales; 2.º la prestación debe resultar, en razón de ese cambio, extremadamente difícil para el deudor, o amenazar a una de las partes (deudor o acreedor) con una pérdida excesiva; 3.º es necesario que no haya podido preverse tales consecuencias al momento de la conclusión del contrato; 4.º el juez no puede proceder sino a las modificaciones exigidas por la *buena fe*; y 5.º no puede decidir sino después de haber pesado los intereses de las dos partes.

Sobrepasando al Código polaco, el recentísimo Código Civil italiano admite la teoría de la imprevisión con fórmulas mucho más atrevidas y generales, colocadas bajo el rubro "de la excesiva onerosidad", figura nueva y distinta de la *imposibilidad* sobrevenida. Autorizan esas reglas al juez, con menos taxativas que en la ley polaca, a resolver el contrato o a modificar las prestaciones, en las convenciones bilaterales o unilaterales no aleatorias y de ejecución periódica o diferida, cuando por circunstancias extraordinarias e imprevisibles se torna una prestación *excesivamente onerosa* (art. 1457 a 1469).

3.—TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL QUE REGULAN EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LOS CONTRATOS.—El Código peruano de 1936

ha dado un paso de gran significación en esta materia incorporando, en la parte general de los contratos, en el art. 1343, la regla del art. 321 del Código alemán y del art. 83 del Código suizo de obligaciones. *"Si después de concluido un contrato bilateral —dice el art. 1343— sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar la prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé garantía bastante"*. Aparte de esta hipótesis general que concierne a los contratos antes de la ejecución de las prestaciones, el Código vigente contempla el cambio de circunstancias en los mismos casos particulares que el derogado, con ligeras modificaciones que mejoran la redacción de los textos. Los artículos pertinentes del Libro Quinto, son los siguientes: el art. 1021 que autoriza al acreedor hipotecario a pedir el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido su plazo, si los bienes hipotecados se deterioran de modo que resulten insuficientes; el art. 1114, inciso 1.º según el cual pierde el deudor el derecho a utilizar el plazo cuando después de contraída la obligación resulta insolvente, salvo que garantiza la deuda; el art. 1318, que declara extinguida la obligación cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor; los arts. 1477 y 1480 relativos a la revocación de las donaciones, por resultar vivo el hijo que el donante reputaba muerto o por incurrir el donatario en causas de indignidad para suceder; el art. 1502, que reconoce el derecho al conductor de predios rústicos de pedir rebaja de la renta a causa de calamidades que menoscaban la cosecha; el art. 1533, que reconoce al arrendatario el derecho de pedir, o que rebaje la renta, o que se rescinda la locación, en los casos de pérdida o destrucción, por caso fortuito, de una parte de la cosa; el art. 1593 que faculta al comodante que necesita con urgencia imprevista la cosa prestada a pedir que se devuelva antes del plazo estipulado; y, por último, el art. 1719, que permite a los socios pedir la disolución de la sociedad antes del plazo convenido por haber sobrevenido causas graves cuya apreciación se deja al prudente arbitrio del juez.

Demuestra este conjunto de disposiciones que el contrato no es cosa absolutamente rígida. En los supuestos de los arts. 1502 y 1533 el contrato continúa, pero bajo nuevas condiciones, con una revisión de los valores primitivos, del mismo modo que

en la hipótesis del art. 1390, que reconoce al comprador el derecho de pedir una rebaja proporcionada al precio, si cuando se hizo la venta había perecido una parte de la cosa, y la del art. 1441, que autoriza al comprador a poner término al juicio de rescisión por lesión y a mantener el contrato, pagando al vendedor la parte del precio que dió de menos.

La indeterminación por el Código de la noción de imposibilidad liberatoria admitida por el art. 1318 plantea, de otro lado, el alcance que debe dársele al concepto, el que ya se extiende en Alemania a la imposibilidad económica y a la dificultad excesiva. Refiriéndose Capitant al texto correspondiente del Código polaco (art. 267) lo critica, porque encuentra que acoge la cláusula *rebus sic stantibus*, en la que él ve un peligro para la estabilidad de las convenciones. (51). Pero es lo cierto que ni el art. 1318 ni ningún otro de los que prevén el cambio de circunstancias en los contratos, permiten elevar a principio general de nuestro Código la revisión por imprevisión.

Se ha presentado también como una aplicación de la teoría de la imprevisión la regla del art. 1323 que dice: "*Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, y los que se hubiesen podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato*". Pero por más que se quiera, no puede encontrarse en este artículo sino una aplicación bastante limitada de la teoría. Sin embargo, un autor francés, Fyot, en una importante tesis sobre la imprevisión, publicada en el año 1921, (52) le da al art. 1150 del Código Napoleón, al que corresponde el art. 1323 del Código peruano, un alcance insospechado, conforme al siguiente razonamiento: "¿No es inicuo que un deudor no culpable, cuya obligación ha devenido ruinosa, esté obligado a entregar toda la cosa, con una plusvalía extracontractual y cuya cantidad ha sobrepasado todas las previsiones, mientras que el deudor en falta, responsable por el equivalente pecuniario de la cosa, no estaría obligado a este equivalente sino en la medida en que habría podido preverse su valor?" Esta solución la juzga tan ilógica Fyot, que afirma que se hace difícil no sacar de la regla legal la solución contraria. "Al acreedor que beneficia

(51) Capitant. — Prefacio al C. de obligs. de Polonia. Paris, 1935.

(52) Fyot. — L'imprévision. — Thèse, Dijon, 1921.

de la plus valía de la *res debita* ¿no le impone el art. 1150 (1323 C. Perú) la obligación de entregarle un suplemento de precio al deudor inocente y desgraciado?”. Para Fyot esto no ofrece duda. Mas ello sería darle al texto un alcance desmesurado y que sobrepasaría, ciertamente, la intención del legislador. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han admitido, por eso, el razonamiento de Fyot.

4.—CONCEPCIONES Y PROCEDIMIENTOS TÉCNICOS INVOCADOS PARA JUSTIFICAR LA REVISIÓN DE LOS CONTRATOS.—Los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia para justificar la revisión de los contratos por el juez, y las controversias que el asunto suscita, son un índice de que la concepción tradicional del contrato no corresponde a la conciencia social contemporánea. He aquí por qué—anota Aurny Bennetot—ninguna consideración ética o jurídica ha podido prevalecer contra la teoría de la imprevisión. Ella ha encontrado aplicación bajo nombres diferentes y con técnicas variadas, en todo el conjunto del derecho y, al mismo tiempo, se ha generalizado en el espacio, ya que todos los países afectados en su economía por la gran guerra, se han visto obligados a introducirla, por acción de la jurisprudencia o del legislador. (53).

Paralelamente a la teoría de la imprevisión, se ha desarrollado la práctica de insertar en los contratos cláusulas de salvaguardia, destinadas a contrarrestar los trastornos económicos y, sobre todo, a adaptar las condiciones de ejecución de las obligaciones de las partes al cambio de circunstancias. Es esto lo que algunos llaman “la previsión de la imprevisión”.

Las soluciones propuestas al problema de la adaptación del contrato al cambio de circunstancias son muy numerosas. Todas tratan de encontrar un fundamento al poder de revisión del juez. Unas teorías lo han intentado haciendo del problema una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes; otras, aplicándole las reglas de la fuerza mayor, del enriquecimiento indebido, de la causa, de la lesión, del abuso del derecho, de la buena fé y de la equidad.

Tomando de esas teorías a las más representativas, podemos reducirlas a las siguientes:

- I) teoría de la fuerza mayor y de la imposibilidad económica;

(53) J. Aurny-Bennetot. — La théorie de l'imprévision, pág. 156.

- II) teoría basada sobre la idea de enriquecimiento indebido;
- III) teoría basada sobre el abuso del derecho contractual;
- IV) teoría basada sobre la idea de lesión;
- V) teorías basadas sobre la interpretación de la voluntad presumida de las partes (cláusula *rebus sic stantibus*) y sobre la distinción de lo contractual y de lo extracontractual;
- VI) teoría basada sobre los principios de buena fe y de equidad.

Procederemos a examinarlas separadamente.

I) *Teoría de la fuerza mayor y de la imposibilidad económica.*— Los deudores invocaron este medio técnico durante la guerra para escapar al cumplimiento del contrato. La jurisprudencia se mostró, casi en todas partes, particularmente difícil para admitirlo, no obstante la imprecisión del concepto de fuerza mayor. Las soluciones flexibles de la jurisprudencia inglesa, que se inspiraba en la llamada "commercial impossibility", no eran practicables en el derecho codificado de los países del continente europeo. Se admitía en éstos que si bien la guerra era causa de dificultades, no constituía en sí misma, fuerza mayor.

El juez francés, después de algunas decisiones benévolas, exageró su severidad, tal vez por temor a que una flexibilización de la regla quebrantara todos los contratos, y estableció que por fuerza mayor se entiende el acontecimiento que impide por imposibilidad la ejecución de la obligación, no el que la hace simplemente más difícil u onerosa. El obstáculo inimputable al obligado debe ser de naturaleza insuperable. Se negó a admitir, en nombre de estas razones, que tuvieran ese carácter insuperable la rarefacción de las mercaderías, la crisis de la mano de obra, las medidas legales que reducían la producción, los impuestos nuevos o el aumento de precio derivado de la depreciación monetaria.

Fué menester en Francia de la intervención del legislador y de una ley especial, la ley Failliot, para que se asimilara a la imposibilidad de ejecución la dificultad extrema o la carga muy pesada, tal cual no podría razonablemente haberse previsto en la época de la convención.

Las construcciones jurídicas alemanas, desenvueltas a partir de *Windscheid*, que amplían el concepto de la fuerza mayor

a la *imposibilidad relativa o económica*, tuvieron un alcance limitado y no han adquirido suficiente desarrollo.

La teoría de la imprevisión puede pues decirse que no se ha abierto camino en la jurisprudencia, con la teoría de la fuerza mayor.

Hay que considerar, por lo demás, que la fuerza mayor no puede conducir, en principio, sino a un resultado: la rescisión del contrato, puesto que la ejecución se ha tornado, en hipótesis, imposible. Ahora bien: en los casos de imprevisión, la rescisión puede ser un remedio muchas veces peor que el mal que se propone curar, si es que trae la interrupción de los negocios. De allí que se presente a la revisión y no a la rescisión, como el mejor remedio de la imprevisión.

II) *Teoría basada sobre la idea de enriquecimiento indebido*.—La teoría del enriquecimiento indebido, o sin causa, contiene en germen, según expresión de Esmein, "la corrección de todas las desigualdades resultantes de los contratos". De allí que se les haya ocurrido a algunos autores la idea de basar en la acción de *in rem verso*, que es una acción de equidad, la teoría de la imprevisión. Ripert, sin llegar a adherirse a la teoría de la imprevisión, propone una fórmula vaga —a la que luego haremos referencia— que, en cierto modo, autorizaría la revisión de los contratos fundándose en el enriquecimiento sin causa de uno de los contratantes.

Pero el enriquecimiento no puede decirse que sea sin causa o indebido cuando es la consecuencia de la ejecución de un contrato. En rigor, pues, la teoría no es capaz de aportar una solución al punto de vista de la imprevisión, a menos que se dé al principio de que nadie debe enriquecerse a expensas de otro, un alcance desusado.

III) *Teoría basada sobre el abuso del derecho contractual*.—Para obtener la ejecución del contrato dentro de un equitativo equilibrio, se ha utilizado también la noción del abuso del derecho. Sistematizado a comienzos del presente siglo, se ha desenvuelto esta teoría de un modo extraordinario. Hemos dicho ya que la sutileza y la flexibilidad de la jurisprudencia francesa la han desprendido del art. 1382 del viejo Código, y que en las más modernas codificaciones (Alemania, Suiza, México, Brasil) ha adquirido carta de ciudadanía. Nuestros codificadores la incorporan en el art. II del Tit. Preliminar.

La teoría rige el campo entero de los contratos, ya se trate

de su formación, de su ejecución, de su interpretación y aún, a veces, de su disolución. Se presenta bajo dos formas:

Según una primera concepción, adoptada por el Código alemán y seguida por la jurisprudencia francesa, se abusa de su derecho cuando se le usa con la *sola intención de dañar a otro*. Pero en vista de la imposibilidad de descender a la conciencia, precisará inducir la intención maligna de la *inutilidad* del acto. Este solo enunciado demuestra que la teoría de la imprevisión no puede ser fundada en semejante concepción del abuso del derecho; pues en los casos de imprevisión *se supone que el acreedor retira ventaja* pecuniaria de la ejecución del contrato.

La segunda concepción es la de la *relatividad de los derechos subjetivos*, sostenida por *Josserand*. Para el civilista francés, los derechos, conferidos a los hombres para fines determinados, no son absolutos y deben doblegarse ante los intereses superiores. Es la idea del art. 1.º del Código soviético.

Ripert, que rechaza según sabemos, el procedimiento de la imprevisión, porque llega a substituir, dice al contrato primitivo que es, precisamente, un seguro contra la imprevisión, una situación extracontractual que va contra el mismo fin y utilidad del contrato, admite, sin embargo, como un mal menor, a la teoría del abuso de los derechos así entendida, como el medio técnico más adecuado para llegar a la revisión del contrato. "El acreedor que trata de retirar de su contrato todas las ventajas que comporta —escribe— puede hacerse culpable de una verdadera injusticia hacia su deudor. Abusa de su derecho si encuentra en el ejercicio de su crédito un enriquecimiento injusto, porque es para él el resultado del azar y para el deudor una fuente de ruina". (54).

Este planteamiento de *Ripert* es generalmente rechazado por el sector clásico de la doctrina francesa, que estima que implica una transformación o socialización del derecho, en contradicción con los principios de libertad y de autonomía de la voluntad. No ha sido aplicado tampoco de manera clara por ninguna jurisprudencia, y la legislación en ayuda de los deudores no puede decirse que se haya producido bajo la influencia de tal concepción jurídica.

Debemos reconocer, empero, que la teoría de *Ripert* es de

(54) G. *Ripert*. — *La règle morale*, etc., pág. 158.

las más ingeniosas y que encierra en sí una buena dosis de verdad.

En otra parte de su conocido libro "La règle morale dans les obligations civiles" precisa su pensamiento el ilustre profesor de París, en los términos siguientes: "La teoría no escamotea la dificultad muy grande, hay que reconocerlo, de encontrar una fórmula que no deje lugar a la arbitrariedad del juez. Es preciso, en efecto, manejar el poder de revisión con prudencia: es preciso respetar en el contrato lo que es un acto de previsión legítima: el abuso comienza en el momento en que el desequilibrio de las prestaciones es tal que el contratante no podía normalmente prever que iba a retirar del contrato tal ventaja. Del mismo modo que la nulidad por lesión no puede comprenderse si no se ve en la lesión la injusta explotación del deudor por el acreedor, así también la nulidad, prórroga o revisión del contrato por imprevisión es inadmisibile, si no se le justifica en la idea de que el contratante no puede usar hasta la injusticia del derecho que, jurídicamente, le da el contrato. El deudor no puede faltar a su palabra empeñada bajo el pretexto de que no había previsto la importancia de la deuda o de que pagaría mas de lo que recibiría; no tiene el derecho de faltar a su compromiso sino en el caso de que, en conciencia, pueda ser descargado, porque el acreedor reclama a sus expensas, un enriquecimiento injusto. El abuso comienza en el momento en que el desequilibrio de las prestaciones es tal que el contratante no podía normalmente prever que iba a retirar de ese contrato tal ventaja. Es preciso, pues, para admitir la revisión, un acontecimiento extraordinario, fuera de la previsión humana, y ese era el sentido de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es menester, además, que el acontecimiento haga la ejecución para el deudor tan difícil y onerosa que ella constituya una lesión fuera de toda proporción con la ventaja prevista por él en el contrato. Forzoso es, en fin, que el acreedor no haya pagado de antemano el alea excepcional de contrato, por la naturaleza de la operación hecha o por las estipulaciones particulares del contrato". (55).

Tal es la fórmula prudente y digna de ser retenida aunque algo imprecisa, a que llega el eminente civilista francés. El riesgo de la arbitrariedad judicial sigue latente en ella. Advirtiéndolo

(55) G. Ripert. — La règle morale, etc., pág. 158.

lo así el mismo Ripert, enuncia, a manera de directivas, las siguientes reglas que deberían observarse en caso de revisión:

1.—El carácter imprevisible del acontecimiento no debe depender de su naturaleza misma, sino de que era imposible prever que sobrevendría y trastornaría la situación.

2.—La ejecución difícil u onerosa del contrato resultará, lo más amenudo, del trastorno de los precios. Pero si el contrato debe funcionar en una serie de años, hay que ver si las buenas posibilidades no compensan a las malas.

3.—Si el contrato no tiene carácter aleatorio o especulativo, o si no contiene cláusula previendo los acontecimientos posibles.

4.—Finalmente, la ley del contrato debe ser sufrida cuando la desproporción de las prestaciones proviene del hecho general de la depreciación monetaria.

IV) *Teoría basada sobre la idea de lesión.*—La teoría de la lesión se plantea aquí bajo un aspecto nuevo. No se trata ya de la desproporción de obligaciones en el momento de la formación del contrato, sino de una desproporción nacida posteriormente, de lo que algunos autores alemanes denominan *lesión subsiguiente*. Mas no puede admitirse esta concepción sin aceptar una deformación completa de la teoría de la lesión.

Desde un punto de vista técnico, la lesión se presenta como la consecuencia de un vicio de consentimiento presumido (lesión subjetiva), o como una injusticia que por razones objetivas, conviene reprimir (lesión objetiva). La doctrina y la legislación contemporáneas acusan una tendencia a adoptar la concepción subjetiva de la lesión, y a erigirla en causa de anulación de los contratos en general (sistema germánico: art. 138 C. alemán, art. 21 C. suizo de obligaciones, art. 156 proyecto argentino). Y si a pesar de ello se mantiene a la lesión como causa especial de rescisión de ciertos contratos, es porque constituye un vicio presumido del consentimiento.

Sería absurdo tratar de la imprevisión como vicio del consentimiento, desde que en el momento del contrato el cambio de voluntades era perfectamente normal.

Tampoco se puede comparar a la imprevisión con la lesión desde el punto de vista objetiva, puesto que el desequilibrio no existe el día del contrato; sobreviene durante su ejecución.

No obstante estas discrepancias, el auge moderno de la teoría de la lesión, y el fin común de la lesión y de la imprevisión,

de buscar la justicia contractual asegurando una cierta igualdad en el valor de las prestaciones, han aproximado a una y otra construcción jurídica. Es así como la jurisprudencia suiza, en un fallo citado por Thilo, (56) ha declarado que del mismo modo que la explotación de la penuria del deudor en el momento del contrato trae la posibilidad de una rescisión, la explotación de una penuria resultante de acontecimientos imprevisibles sobrevenidos después de la conclusión, debe permitir la revisión del contrato. Razonamiento falaz, como observa Simonius. Si hay apuro del deudor en el segundo caso, éste no es la causa de la desproporción, sino el efecto. El acreedor que invoca el contrato no extrae su ventaja o provecho sino del contrato mismo. Si ese provecho es ilegítimo, habrá explotación de la obligación del deudor, más nó de su penuria. Y queda por saber cuándo debe reputarse ilegítimo a ese provecho.

V) *Teorías basadas sobre la interpretación de la voluntad presumida de las partes.*—Las construcciones que buscan fundamentar la imprevisión en la interpretación de la voluntad de las partes, han dado lugar a dos sistemas afines: uno hace revivir la antigua teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*; el otro se basa en una distinción de lo contractual y de lo extracontractual. Los examinaremos sucesivamente.

A. *Sistema de la cláusula implícita.*—Wahl justifica la teoría de la imprevisión en derecho civil por un estudio de la voluntad de las partes. Deriva su tesis del art. 1156 del Código Napoleón, al que corresponde la última parte del art. 1328 de nuestro Código. El juez —dice— debe buscar cuál ha sido “la común intención de las partes. Nada impide al juez apreciar la intención de las partes declarando que *ellas han subentendido la cláusula rebus sic stantibus*”. (57). La buena fe impone respetarla si las partes la han querido, aún sin mencionarla; debiendo los jueces usar con moderación de su facultad de subentender la cláusula sin suprimir todo alea en los contratos.

Capitant, opuesto al criterio de Wahl, encuentra que el texto del art. 1156 del Código francés no permite subentender la cláusula. Para Capitant no puede tratarse de la común intención de las partes cuando *los intereses de éstas se encuentran en oposición*; siendo evidente que un acontecimiento que hace más pe-

(56) Regenmoser c/ Tiefendrund, 10 oct. 1933. — Informe de Thilo a la Semana Internacional de Derecho, pág. 129.

(57) Citado por Auverny-Bennetot. — Ob. cit., pág. 10.

sada la carga del deudor, provoca entre las partes una divergencia de intereses. (58).

No parece, en verdad, posible hacer revivir en el derecho civil la antigua teoría de la cláusula para asentar sobre ella la teoría de la imprevisión. Caída en el más completo desuso hasta el comienzo de la guerra pasada, apenas sosteníase en el campo de los tratados internacionales. Originariamente, la cláusula *rebus sic stantibus* fué una regla de limitación moral del derecho del acreedor. Desprovista de su soporte moral y reducida a una interpretación de voluntad presumida, pierde toda su fuerza e implica un peligro para la estabilidad del orden contractual. "Admitir —dice Simonius— que los contratantes se habrían comprometido tácitamente a hacer depender la validez de su contrato de circunstancias indeterminadas y de que no se produzca un transtorno imprevisto o imprevisible, es puramente arbitrario. La teoría de la cláusula no ha sido en realidad sino un medio de fortuna para poner coto a la intransigencia de la ley que gobierna los contratos". (59).

En Alemania se ha querido también desenvolver la teoría de las cláusula *rebus sic stantibus*. La GESCHAFTSGRUNDLAGENTHEORIE de Oertmann, informada en la VORAUSSETZUNGSEHRE de Windscheid, es una continuación de la teoría de la cláusula. Según Oertmann, en todo contrato es tácitamente querido por las partes y forma la base del contrato, un cierto equilibrio entre la prestación y la contraprestación (Geschäftsgrundlage). Cuando, por efecto de las circunstancias sobrevénidas después de la conclusión del contrato, este equilibrio resulta profundamente perturbado, de suerte que hay desproporción excesiva entre las prestaciones, el contrato no corresponde más a la voluntad de las partes y el juez debe, por su intervención, readaptarlo a esta voluntad, sea rescindiéndolo sea modificándolo, para que sea tal que las partes lo hubiesen concluido si ellas hubiesen previsto los acontecimientos.

Se descubre en esta argumentación la misma dosis de arbitrariedad que hemos encontrado en la antigua teoría de la cláusula. Supónese en las partes una voluntad que no han tenido, pues ellas no podían pensar en las circunstancias excepcionales e

(58) H. Capitaint. — Le régime de la violation des contrats. — Dalloz Hebd. 1934, pág. 1.

(59) A. Simonius. — Rapport — Travaux de la Semaine Internationale de Droit. — Paris, 1932, pág. 174.

imprevisibles que debían perturbar el equilibrio de su contrato. Además, ¿cómo puede saberse lo que las partes hubiesen querido si hubiesen previsto todo? Ellas no habrían querido, a buen seguro, la misma cosa. Lo perjudicial para la una resulta ventajoso para la otra. Además, Oertmann no dice con precisión en qué momento el equilibrio se encuentra lo suficientemente perturbado para justificar la intervención del juez. Se ve uno colocado ante el viejo problema cuya solución ha sido buscada en vano por cuántas teorías parten de la *cláusula*, a saber: cuándo el desequilibrio es lo bastante importante para permitir la anulación o la modificación del contrato. La teoría de Oertmann, por último, no se aplica fácilmente sino a los contratos bilaterales.

B. *Sistema de la distinción entre lo contractual y lo extracontractual.*—Lo sustenta Bruzin en una tesis suya, (60) con el siguiente raciocinio: las partes han previsto, al concluir el contrato, un cierto *alea que puede llamarse ordinario*, pero no han previsto los *aleas extraordinarios* (guerra, terremoto, crisis extraordinaria como la de 1930). El daño que estos riesgos causan es un daño extracontractual. *No puede quererse sino lo que se puede prever*. El juez que interviniera a propósito de estos acontecimientos no interpretaría el contrato si no sancionara la carencia de contrato para tales situaciones.

Estos razonamientos ingeniosos hallan cierto apoyo en los textos. Por ejemplo, en el art. 1503 del Código Civil sobre renuncia del *derecho a pedir rebaja por los casos fortuitos comunes*. Un conductor que asumiera voluntariamente las consecuencias de los casos fortuitos, no se presumiría encargado sino del *alea ordinario*.

De un alcance mucho mayor, el art. 1323 del Código Civil (al que corresponde el art. 1150 del C. N. citado por Bruzin), distingue lo previsible y lo imprevisible, en cuanto a los *daños y perjuicios*. De los imprevisibles no responde el deudor, salvo en caso de dolo de su parte.

Pero aun admitiendo que el art. 1323 presentara una aplicación de la teoría de la imprevisión, se trataría, ya lo hemos dicho, de una aplicación bastante limitada, sobre la que no podría erigirse un sistema. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han aceptado, por eso, la construcción patrocinada por Bruzin.

(60) Bruzin. — *La notion d'imprévision*, Bordeaux, 1922, p. 32.

Solamente la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado en Francia, ha introducido la teoría de la imprevisión por el razonamiento que consiste en considerar como extracontractual toda carga que venga a trastornar el contrato, amenazando arruinar al deudor, aunque sin hacer la prestación imposible.

El razonamiento extremadamente simple del Consejo de Estado, formulado por primera vez en el año 1916 *en el célebre "affaire"* de la Compañía de Gas de Burdeos, fué el siguiente: "Las condiciones de aplicación del contrato se encuentran absolutamente trastornadas por el alza considerable del precio del carbón. La posibilidad de esta alza no existía, no había entrado en las previsiones de las partes al concluirse el contrato. La carga que hace pesar sobre el concesionario resulta pues, una carga *extracontractual*. Para compensar esta carga extracontractual, el concesionario tendrá el derecho a una indemnización".

La distinción entre lo contractual y lo extracontractual es bastante artificial, hay que reconocerlo, y la jurisprudencia administrativa francesa no ha llegado a aislar una cosa de otra. *Las partes al contratar saben que las circunstancias pueden cambiar y tornarse para una de ellas muy desfavorables. La cuestión está en saber si el riesgo imprevisible debe considerarse fuera de la voluntad y de su función.*

VI) *Teoría basada sobre los principios de buena fe y de equidad.*—Para fundamentar la teoría de la imprevisión se opone también, a la rigidez del vínculo contractual, la noción de la buena fe.

Nuestro Código exige en el art. 1328 que la ejecución de los contratos se cumpla "según las reglas de la buena fe". Inspirados en el mismo propósito, otros artículos sancionan las faltas a los principios de lealtad, de buena fe, de equidad, que han de observarse en la ejecución de los contratos (art. 1355 vicios ocultos, art. 1718 disolución de sociedad, art. 1001 prenda).

La *bona fides* romana era un remedio contra el formalismo. Al lado de los contratos y acciones de derecho estricto existían los contratos y acciones *bonae fidei*. Hoy es interpretado de distinta manera el sentido de la exigencia legal de la buena fe en la ejecución de los contratos.

Para los autores clásicos, por ejecución de buena fe se entiende una ejecución leal y honesta, conforme a la intención de las partes y al fin en vista del cual se han formado las conven-

ciones. La buena fe para Planiol y Ripert, es la obligación de conducirse como hombre honesto y de conciencia, no solamente en la formación sino en la ejecución del contrato, y no ateniéndose a la letra de éste. (61). Análoga opinión profesan Aubry y Rau: "Las convenciones deben ejecutarse de buena fe, es decir, conforme a la intención de las partes y al fin en vista del cual han sido formuladas"; y Baudry-Lacantinerie: "De buena fe, es decir, conforme a la intención de las partes y al fin que se han propuesto al contratar". Según estos conceptos, la exigencia de la buena fe en la ejecución de los contratos, lejos de contrariar, complementa el alcance obligatorio del vínculo contractual.

Vélez Sarsfiel, desconfiando del manejo de la norma de la buena fe y previendo que se daría un alcance eximente del compromiso, suprimió en el Código argentino el aditamento que tenía el Código francés. Y no anduvo errado Vélez Sarsfield en sus previsiones. Se quiere hoy investir, en efecto a la buena fe del carácter de una regla general, capaz de contrarrestar la fuerza obligatoria del vínculo contractual. La jurisprudencia revisionista de Alemania, Hungría, Noruega, Polonia y Suiza se ha basado fundamentalmente en la noción de buena fe, promoviendo así la *transformación del concepto*.

La doctrina alemana es la que más se ha esforzado en precisar la noción, siempre vaga, de la buena fe. El art. 242 del Código alemán, sin necesidad de emplear las palabras "buena fe", expresa su necesidad en los siguientes términos: "*El deudor está obligado a efectuar la prestación como lo exigen la lealtad y la confianza recíproca, en correlación con los usos admitidos en los negocios*". De este precepto, que regula la manera cómo ha de realizarse la prestación y del art. 157 que establece el *qué* de la misma, la doctrina dominante y en particular la jurisprudencia han deducido —nos dice Ennecerus— "*como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados*". (62).

(61) Planiol et Ripert. — *Traité de Droit Civil Français*. — T. VI, No. 379 y sigts.

(62) Ennecerus. — *Ob. cit.* T. II, I, pág. 19.

La jurisprudencia alemana tiene establecido que la buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas, y que la buena fe debe presidir la ejecución de las obligaciones del deudor y, en reciprocidad, regir el derecho del acreedor a la ejecución. En determinadas circunstancias ha derivado de la buena fe un deber de prestación más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley. En virtud de la buena fe también se ha atenuado el deber de prestación e incluso se ha hecho brotar un derecho del deudor a ser liberado de aquel deber, o un derecho a que se transforme la relación contractual. La jurisprudencia ha levantado, en fin, sobre el art. 242 la llamada revalorización de las pretensiones afectadas por la desvalorización sufrida por el dinero a consecuencia de la guerra y de la inflación (Ennecerus).

El *Código polaco*, de inspiración germánica e influenciado igualmente por el Código suizo, ha permitido también el desenvolvimiento de la revisión de los contratos basada en el concepto de la buena fe, con su art. 269, que volvemos a transcribir: "Cuando, por efecto de acontecimientos excepcionales tales como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otros cataclismos naturales, la ejecución de la prestación tropezara con dificultades excesivas o amenazara a una de las partes de un pérdida exorbitante que las partes no han podido prever al tiempo de la celebración del contrato, el Tribunal puede, *si lo juzga necesario según los principios de la buena fe* y después de haber tomado en consideración los intereses de las dos partes, fijar el monto de la prestación o también pronunciar la resolución de la convención".

En las fórmulas ya citadas del nuevo Código italiano, que autorizan la resolución o la revisión por el juez de los contratos no aleatorios y de ejecución periódica o diferida, afectados por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, no se alude a la buena fe, sino a la noción sinónima de la equidad, la que deberá presidir la modificación de los contratos con obligaciones unilaterales. Pero, con todo, *la buena fe se instituye por el propio Código en norma reguladora y general, de la interpretación de los contratos y de su ejecución* (arts. 1366 y 1375).

A la luz de estas directivas, el autor argentino Alsina Atienza llega a la conclusión de que el principio de la buena fe cons-

tituye el único fundamento posible de la teoría de la imprevisión. (63).

En el derecho francés no podía erigirse una teoría de la imprevisión sobre un concepto de la buena fe que impone el análisis de la voluntad de las partes. Con todo, Roussel señala algunos fallos que han resuelto cuestiones de daños y perjuicios y de rescisión bajo el signo de la buena fe, en litigios concernientes a los más variados contratos sinalagmáticos. Así, la Corte de Caen en un fallo del 25 de julio de 1929, dice: "la simple buena fe justifica que el propietario constreñido a conservar locatarios *prorrogados* y a precio reducido, rechace consentir en la totalidad de las reparaciones que la ley o el contrato le imponían". (64).

En la base de todas estas construcciones revisionistas informadas en la buena fe, se encuentra siempre el cuidado de respetar aquel viejo sentimiento de justicia y equidad, tan caro a los canonistas, y que también fuera tenido en cuenta por los romanos. "Es en la equidad, es en la conciencia —expresaba Bigot Preameneu al presentar el Título de las obligaciones— donde los romanos han encontrado ese cuerpo de doctrina que hará inmortal su legislación". Joubert enunciaba el mismo ideal ante el Tribunado cuando decía que "el derecho no es sino el análisis de lo que es equitativo y bueno". (65).

Para Simoniús la modificación del contrato, si se admite, debe realizarse conforme a reglas de equidad, y nó según lo que las partes hubiesen querido, si ellas hubiesen previsto los acontecimientos.

La dificultad reside en la aplicación práctica de estas nociones sinónimas y de contenido flotante: la equidad y la buena fe. Los términos en que el Código polaco le confiere al juez la misión de tomar en consideración las dificultades excesivas en el cumplimiento de los contratos, según los principios de la buena fe, constituyen el intento más preciso de confiar la solución del problema a la discreción judicial.

Al querer hacer reinar la equidad en el contrato se presenta, además, un obstáculo de hecho y preliminar: la casi imposibilidad de saber si la posición del deudor, en la infinita variedad

(63) Citado por E. O. Cardini. — La teoría de la imprevisión. — Buenos Aires. 1937, pág. 197.

(64) Gaston Roussel. — Ob. cit., pág. 77.

(65) Gaston Roussel. — Ob. cit., pág. 88.

de casos que se presentan, es de las que necesitan una intervención en su favor. Existe el riesgo de acudir en ayuda de deudores de mala fe.

5.—GENERALIZACIÓN EN EL ESPACIO DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.—La cuestión de la revisión o de la rescisión de los contratos por hechos ulteriores a su conclusión, se actualizó en todas partes con los profundos desequilibrios que en la economía de los contratos de ejecución diferida o de larga duración, trajo la guerra de 1914.

En aquellos países en los que la ley no confiere al juez un poder de orden general para revisar los contratos, la jurisprudencia rehusó revisarlos o rescindirlos, cualesquiera que fueran las circunstancias invocadas. Los contratantes afectados hubieron de acudir al legislador que, en cambio, prodigó sus intervenciones.

Al contrario, allí donde se conceptuó que el juez tenía recibido de la ley, de manera permanente, el poder de revisar los contratos, el legislador tuvo poca necesidad de habilitar especialmente a los tribunales desde que éstos tenían la facultad de enmendar ciertas situaciones.

En el año 1937 la "Sociedad de Legislación Comparada" celebró en París su conferencia anual denominada "La Semaine Internationale de Droit", sobre este palpitante tema de la revisión de los contratos por el juez. Concurrieron a ella eminentes jurisconsultos de Alemania, Francia, Hungría, Inglaterra, Italia, Japón, Líbano, Noruega, Polonia, Rumanía, Suiza, Turquía y Yugoslavia, quienes presentaron sendos informes sobre la actitud de la jurisprudencia y de la legislación, en sus respectivos países, ante el problema de la imprevisión y de los trastornos contractuales. El libro en el que se han agrupado esos informes junto con su discusión en el seno de la reunión de París, constituye una de las más preciosas fuentes de información sobre las tendencias del derecho contractual contemporáneo.

El profesor Niboyet, en su informe de recapitulación general, clasifica las concepciones expuestas o discutidas en la conferencia, en dos grupos, a saber: el anti-revisionista o "grupo latino", y el de los países en que existe el poder de revisión del juez. Considera en el primero a Francia, Bélgica, Italia, Rumanía, Siria, Líbano y Japón, países éstos cuyas legislaciones permanecen adheridas a la fe del contrato y en los que la regla *pacta sunt servanda* continúa siendo un baluarte inexpugnable, salvo

frente a las intromisiones del legislador omnipotente, que puede siempre atenuar su rigor.

En el grupo revisionista comprende Niboyet a *Alemania, Hungría, Inglaterra, Noruega, Polonia y Suiza*. "A decir verdad —expresa en su informe— todas las legislaciones parten de esta regla (*pacto-sunt-servanda*), pero el desacuerdo proviene de la extensión que se la debe reconocer. ¿Debe ser o nó limitada en sus efectos, o bien sufrirá el asalto victorioso de la famosa cláusula *rebus-sic-stantibus*? Para el grupo latino —agrega— la limitación no existe todavía. Los individuos deben sufrir por sus compromisos y si es necesario desaparecer si son insuficientes. La ley del honor así lo quiere, sin que haya que buscar si es o nó culpable aquel que sucumbe". (66). Esta concepción absoluta no ha podido, sin embargo, mantenerse intangible. Ya sea por obra del juez o del legislador, la teoría de la imprevisión se ha abierto paso en los propios sistemas anti-revisionistas los que, cuando no han sido quebrantados por la jurisprudencia, han debido consentir en derogaciones impuestas por leyes especiales o de circunstancia, que suspenden, modifican o rescinden ciertos contratos, o autorizan al juez a hacerlo.

A base de los informes presentados a la Semana Internacional de Derecho, creemos útil exponer aquí, en forma sintética y como la mejor demostración de las corrientes modernas en el derecho contractual, la actitud de la jurisprudencia y de la legislación, en algunos de los países más representativos, frente a los cambios sobrevenidos en la economía de los contratos, citando los fallos judiciales y las intervenciones legislativas más expresivas de la evolución de los conceptos y de las instituciones jurídicas. El análisis que así hagamos del derecho comparado nos facilitará la apreciación de los problemas suscitados alrededor de la cuestión de la imprevisión y nos ayudará a emitir un juicio sobre nuestra realidad jurídica en esta materia.

Del grupo anti-revisionista consideraremos a Francia e Italia y acudiendo a otras fuentes de información, también a la Argentina, por presentar su régimen jurídico situaciones particularmente interesantes.

De los países del grupo revisionista elegimos, para nuestro análisis del derecho comparado, a Alemania, Inglaterra y

(66) Travaux de la Semaine Internationale de Droit (Rapport général de J. P. Niboyet). — Paris, 1937, pág. 4.

Suiza y agregamos, así mismo, a los Estados Unidos cuyo sistema, si bien no fué expuesto en los trabajos de la Semana Internacional de Derecho, merece ser incluido en este estudio, por su significación en la economía universal.

Finalmente y por separado, nos ocuparemos de la posición peruana ante la cuestión general de la revisión por imprevisión.

I.—Países anti-revisionistas (Grupo latino)

A.—Francia.

a) *El Código Civil de 1804.*—Este cuerpo legal, con el fin de asegurar la estabilidad de los contratos y aun cuando pudiera sufrir la equidad, *restringió el arbitrio que el juez tenía en el antiguo derecho*. Prohíbe formalmente a los jueces *reducir la cláusula penal*, a menos que la obligación principal haya sido parcialmente ejecutada (arts. 1152 y 1231). No admite la lesión sino en la venta de inmueble, en provecho del vendedor y cuando la lesión es de más de $7/12$ (art. 1674) y, en las particiones, por lesión de más de $1/4$ (art. 887). En lo que concierne a la hipótesis de la desvaluación de la moneda, el art. 1895 consagra la tesis nominalista. El deudor lo es por la suma numérica prestada y no debe reembolsar sino esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago. El Código, en suma, se atiene a la rigidez del contrato proclamada por el art. 1134: "*Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre los que las han celebrado*". Sólo excepcionalmente algunos textos contemplan el cambio de circunstancias y permiten una revisión de los contratos a consecuencia de acontecimientos que puedan modificar su economía. Se puede citar los textos siguientes: el art. 1244 —sin paralelo en nuestro Código— que permite a los jueces acordar a los deudores plazos de gracia; el art. 1188 (1114 C. Perú) que declara el vencimiento del término, en caso de quiebra del deudor o de disminución por su hecho de las seguridades dadas al acreedor; el art. 1613, que dispensa al vendedor de la obligación de entregar, en caso de quiebra o insolvencia del comprador (1343 C. Perú); los arts. 1769 y 1773 (1502 C. Perú), que autorizan al locatario a pedir rebaja de la renta en caso de calamidades que menoscaben la cosecha; y el art. 2131 (1021 C. Perú) que reconoce al acreedor hipotecario el derecho de pedir el reembolso o un suplemento de hipoteca cuando los inmuebles hipote-

cados han perecido o sufrido degradaciones. Salvo estas hipótesis, es bien claro que el Código francés no quiso admitir la revisión de los contratos por el juez.

b) *Doctrina y Jurisprudencia civil y administrativa* (67).— La doctrina francesa, con la notable excepción de Larombière, se ha manifestado opuesta, por lo general, a la admisión de la imprevisión para la interpretación de las voluntades. La jurisprudencia del siglo pasado le dió, sin embargo, cierta acogida hasta que la Corte de Casación, con su célebre fallo del 6 de marzo de 1876 en el caso del canal de Craponne, se alineó con la doctrina y declaró que el art. 1134 del Código Civil tiene un alcance absoluto y rige los contratos que se extienden a épocas sucesivas, tanto como los de otra naturaleza.

El asunto materia de la famosa ejecutoria fué el siguiente: en el año 1597 un particular construyó un canal que lleva desde entonces el nombre del ingeniero Craponne que lo llevó a cabo, y contrató con los propietarios limítrofes el pago de un canon fijo y periódico por el agua. Con el trascurso del tiempo y por efecto de las transformaciones monetarias, ese canon llegó a ser irrisorio e insuficiente para cubrir los simples gastos de conservación del canal. Esto dió lugar a que el propietario del canal en el año 1874, reclamara judicialmente un aumento de la cuota estipulada. La Corte de Aix declaró viable la demanda; pero la Corte de Casación revocó en 1876 la sentencia de la Corte de Aix, sentando el principio mencionado.

Después de este fallo y durante el período de estabilidad económica que le siguió, se agitó poco la cuestión de la imprevisión. Pero al trastornar la guerra y la depreciación monetaria subsiguiente todas las previsiones de las partes, se ensayó sostener, otra vez, que los contratos eran susceptibles de revisión por causa de imprevisión. La jurisprudencia civil francesa, permaneciendo fiel a la ejecutoria de 1876 rehusó admitir, como se le proponía, la teoría de la imprevisión en aplicación del principio de interpretación de los contratos. "En ningún caso, dijo la Corte de Casación, corresponde a los Tribunales, por más equitativa que pueda paracerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir cláusulas nuevas a aquellas que han sido libremente acep-

(67) v. G. Roussell y Auverny-Bennetot, obs. cits.

tadas". Capitant elogia esta fórmula al citarla (68). La encuentra bella y noble y digna de ser inscrita en el frontispicio del templo de la justicia. "El juez —expresa— no debe dejarse llevar por un vago sentimiento de equidad, porque la equidad sería aquí contraria a la justicia. La justicia, la moral, el orden social quieren que el hombre mantenga su palabra dada. Que el legislador intervenga, llegado el caso, en los períodos extraordinarios de crisis. El juez no debe conocer sino una regla: el respeto a la fe prometida".

La teoría de la imprevisión ha sido admitida, sin embargo, según hemos visto anteriormente, por la atrevida jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado, más realista y cargada de equidad que la jurisprudencia común y menos sometida a los principios del Código Civil. En presencia de concesiones a largo plazo para la explotación de servicios públicos o de la realización de trabajos públicos que no podían ser normalmente ejecutados por el cambio de circunstancias, la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado, sin hacer abstracción de la situación contractual ha admitido, con amplitud, que se abría un período extracontractual en el que la explotación debía hacerse bajo nuevas condiciones.

Importa anotar que las soluciones del Consejo de Estado no se han justificado por la desigualdad entre las prestaciones sino, más bien, en la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos, los que se paralizarían si el que había contratado con la administración se arruinara. Tal es el sentido del célebre fallo llamado del Gaz de Burdeos, del 30 de marzo de 1916, con el que se inició esta jurisprudencia del Consejo de Estado. Pero apartándose de su primitiva justificación del carácter público de la necesidad, el Consejo de Estado llegó a admitir, en el caso Pecho, la revalorización de un crédito en favor del Estado sin que estuviera de por medio la necesidad de asegurar un servicio público. (69). La teoría pareció haber perdido su particularismo administrativo a partir de este fallo, y encontrarse lista a aplicarse a las relaciones contractuales de derecho privado. Los tribunales civiles, se negaron, sin embargo, obstinadamente, a seguir el ejemplo de la jurisprudencia administrativa y sin desconocer que el juego

(68) Revue Trimestrielle de Droit Civil. — Comentario de Capitant. — Año 1932, pág. 21.

(69) Citado por J. Auverny-Bennetot. — La théorie de l'imprévision. — Paris, 1938, pág. 86.

de la libertad contractual podía hacer víctimas, mantuvieron la ejecución regular de los contratos. El juez francés, que tenía a su disposición el art. 1244 del Código Civil que permite acordar términos de gracia, se limitó a suspender o a retardar la ejecución de los contratos, rehusando afectar la esencia misma de la convención, ya fuera descargando de su ejecución o revisando sus cláusulas. Un ejemplo de la aplicación de esta tesis rigurosa la ofrece un fallo del 8 de julio de 1920, referente a un contrato de arrendamiento de ganado. El contrato de "cheptel" es, conforme al derecho francés (art. 1821 C. C.), aquel por el cual el propietario de un predio rústico entrega a su locatario ganado para la explotación del fundo, con cargo de que el locatario le devuelva, a la expiración del plazo, ganado por un valor igual al precio en que se estimó el recibido. En el caso materia del juicio, un propietario había entregado a su locatario, en 1910, ganado por un valor de 5.425 francos. Al expirar el contrato en 1919, el mismo ganado fué estimado en 24.500 francos. La justicia decidió que la integridad del excedente debía ser retenida por el locatario, deudor solamente del valor que había recibido. El propietario resultó así despojado de 4/5 de su ganado. (70).

Si uno se coloca sobre el terreno estrictamente jurídico, la solución de la Corte Suprema de Francia parece imponerse, pues es conforme a las exigencias del derecho positivo; pero ella vulnera la equidad, opera desplazamientos brutales de la propiedad y resulta chocante a la luz de todo principio de justicia superior.

No variaron su posición los tribunales con los defectos subsiguientes de la desvaluación del franco, tan ventajosa para los deudores de sumas de dinero y a menudo ruinosa para los acreedores; ni tampoco en vista de aquellos contratos cuya ejecución se había tornado muy onerosa para el deudor y muy ventajosa para el acreedor que aprovechaba de precios sobrepasados desde hacía mucho tiempo. Y no solamente afirmó la jurisprudencia francesa la fuerza obligatoria de los contratos, sino que negó, al mismo tiempo, esa fuerza obligatoria a las cláusulas contractuales de salvaguardia contra la depreciación monetaria. Consagró así la antinomia—observa Morin—de que los contratos de los particulares imprevisores era intangibles, los de los previsores, ineficaces.

c) *Legislación especial y de circunstancia.*—Fué cuando se

(70) Cit. por G. Morin. — Ob. cit. (La loi et le contrat.), pág. 76.

vió que los tribunales no harían nada por las víctimas del juego de la libertad contractual, que aquellas se dirigieron al legislador para que las protegiese de las consecuencias rigurosas de la jurisprudencia. Con la ley Failliot, del 21 de enero de 1918, se insinúa en la legislación francesa lo que André Toulemon califica de "perniciosa teoría de la imprevisión" (71). El legislador autorizaba la rescisión de ciertos contratos de carácter comercial celebrados antes de la guerra. No llegaba a hablar de revisión, pero en los hechos condujo a ella, cuando las partes no tenían interés en rescindir el contrato, sino en mantenerlo bajo nuevas condiciones.

La ley Failliot afectaba directamente a la antigua y firme jurisprudencia de la Corte de Casación, que no admitía como excusa de inejecución a la fuerza mayor, sino en el caso de un obstáculo absolutamente imprevisible e insuperable y que no atribuía este carácter al solo hecho de la guerra. A la imposibilidad de ejecución, exigida hasta entonces, asimila la ley la dificultad extrema o la carga muy pesada, tal cual no podía razonablemente preverse en la época de la convención.

Una vez admitida por el legislador la idea de la revisión, no tardó en extenderse. A la ley Failliot han seguido un sinnúmero de leyes que revisan, de pleno derecho, los contratos en curso de ejecución o que facultan a los jueces para esa revisión a efecto de desligar a ciertos contratantes de sus obligaciones. Ha intentado el legislador adaptar los contratos a los cambios de circunstancias, a la baja y alza de los precios, inspirado en la idea de que a una situación económica nueva debe corresponder una modificación del contrato. La teoría de la imprevisión, rechazada por los jueces comunes, encontró, por esta vía, un vasto campo de aplicación en el conjunto del derecho privado, civil y comercial. El legislador, por lo demás, no siempre ha tenido conciencia de aplicar la teoría. Los medios técnicos fueron poco o mal precisados en las discusiones y, en todo caso, muy diversos: fuerza mayor, imprevisión, lesión, enriquecimiento indebido, ejecución de buena fé, etc.

El legislador fracasó no dictó tampoco una disposición general para todos los contratos desequilibrados. Prefirió regular las situaciones una a una: tomar disposiciones para cada contra-

(71) A. Toulemon. — *Le mépris des contrats et la crise*. — Paris, 1937.

to o categoría de contratantes; de donde ha resultado el número verdaderamente impresionante de textos, que no tienen la unidad, la cohesión ni la armonía deseable y que, sobrepasados pronto por los acontecimientos, ha sido preciso, a menudo, interpretar, rectificar o reemplazar.

Dos categorías de contratos se han visto especialmente sometidos a la intervención del legislador: a) las ventas de ejecución diferida; y b) los contratos de locación conducción.

Ventas de ejecución diferida.—La ley Failliot se refería a esta clase de contratos y preveía su rescisión o suspensión. Sentado el principio no fué difícil, en 1932, venir en ayuda de los adquirentes de establecimientos comerciales (*fonds de commerce*) al crédito, afectados por la crisis. La ley del 5 de julio de 1933, derogando los artículos 157 y 158 del Código de Comercio, autorizó la prórroga por un año, mediante un nuevo giro, de los efectos de comercio a la orden, dados en pago del precio. Otra ley referente a esos mismos contratos, la llamada ley Lamoreux del 29 de junio de 1935, acordó la remisión de intereses a los compradores que acreditaran una disminución del 33 % en la cifra de sus negocios, en relación con la de los dos años anteriores a la adquisición del establecimiento. Avanzando aun más por este camino, la ley del 9 de enero de 1936 dió la posibilidad a los compradores de establecimientos comerciales de obtener una reducción en el precio de venta por causa de lesión. Se admitió así la lesión en materia comercial y en beneficio del comprador, lo que implica el rechazo de la lesión como vicio del consentimiento, desde que no se concibe un comprador obligado a comprar en condiciones desastrosas. El legislador quiso la equivalencia objetiva; amparar al comprador que se había equivocado en sus previsiones de obtener pingües beneficios. Finalmente, en este mismo orden de relaciones, la ley del 17 de julio de 1937 acordó directamente y sin subterfugios, una reducción sobre el capital y los intereses vencidos antes de su promulgación, al comprador que no había obtenido los beneficios que esperaba.

Leyes relativas a los contratos de arrendamiento.—La legislación relativa a los contratos de arrendamiento ha sido abundantísima en Francia y es la que mejor revela el auge del dirigismo contractual. Se habían dictado hasta el año 1939 no menos de 40 a 50 leyes, de las cuales 3 o 4 favorecieron a los propietarios en vista de las devaluaciones monetarias. A consecuencia del

régimen de prórrogas y suspensiones iniciado a raíz de la declaratoria de guerra en 1914, existían en 1939 locales que permanecían ocupados, contra la voluntad de sus propietarios, por locatarios que habían celebrado contratos por tres años en 1913 o 1914. La restricción de la libertad y derechos de los propietarios, la modificación por vía de autoridad, de los contratos libremente consentidos, son sistemas que ya parecen definitivamente instalados en la legislación francesa.

Las medidas dictadas en relación con los contratos de locación conducción se refieren unas a los arrendamientos rústicos (*bail à ferme, bail à cheptel*), otras a los arrendamientos de casas-habitación y de locales para profesionales (*bail à loyer*), o a los de establecimientos comerciales e industriales. Ellas se dirigen a imponer prórrogas y renovaciones; a acordar acciones a los locatarios para obtener reducción de los alquileres o a los locadores para obtener un aumento, a autorizar la revisión por el magistrado, en favor de los propietarios, pero reservando el derecho de rescisión de los arrendatarios. Intentaban, algunas de estas medidas, ajustar los precios de las locaciones al nuevo valor de la moneda. Pero luego ya ni se invocó la imprevisión. Se tuvo en cuenta crisis eventuales, las dificultades o la "capacidad de pago" de determinada categoría de contratantes.

d) *Medidas deflacionistas*.—El intervencionismo estatal afirmado por toda esa legislación asumió un carácter mucho más brutal y descarnado a partir del año 1935 con la política deflacionista intentada por el Gabinete Laval. Ya no se pensó en medidas de conciliación. Las que entonces se adoptaron fueron verdaderas medidas de salud pública, que no repararon en ningún atentado. El Gobierno se hizo acordar poderes excepcionales para defender al franco y luchar contra la especulación. En tre el 16 de junio y el 26 de octubre de ese año se dictaron más de mil decretos leyes. Un decreto ley del 16 de junio de 1935 afectó con una rebaja del 10 % el monto de los alquileres. Otro, del 16 de julio, ordenó una reducción general del 10 % en todas las obligaciones públicas, incluso los títulos de rentas del Estado. Uno más, de la misma fecha, autorizaba el pago anticipado de las deudas anteriormente contraídas.

Por vía de consecuencia de la rebaja en los alquileres, se acordó también una reducción del 10 % sobre los intereses de toda deuda hipotecaria, al propietario que hubiese sufrido una

reducción igual en sus alquileres. Como contrapartida de esto último, el "Crédit Foncier" obtuvo una reducción del interés que pagaba a sus obligatarios.

Se autorizó también a los distribuidores de gas y de energía eléctrica, a pedir rebaja a sus proveedores y transportadores; y la renovación, a título provisorio y por no más de un año, de los plazos de gracia concedidos con arreglo al art. 1244 del Código Civil (decreto-ley del 25 de agosto de 1937).

En esta anómala situación jurídica se encontraba Francia al estallar, en septiembre de 1939, la actual guerra. La posición tradicional de la jurisprudencia civil parecía cada vez menos firme frente a la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado y a las intervenciones legislativas que consagran la teoría de la imprevisión. Al lado de esto, la política de los sindicatos, que imponía incesantes readaptaciones de los contratos de trabajo a los cambios de circunstancias, y las medidas cada día más frecuentes en favor de los deudores, estaban habituando las conciencias a ver neutralizada la máxima *pacta sunt servanda*. La ley monetaria del 1.º de octubre de 1936 había dado carácter legislativo a la revisión de los salarios en los contratos colectivos, en razón del alza del costo de la vida; precisándose el alcance de esa revisión por la ley del 4 de marzo de 1938, en cuanto dispone que una variación en el costo de la vida de cuando menos 5 %, reflejada por los números indicadores, trae consigo un procedimiento de revisión por medio de árbitros.

Los mismos tribunales parecen haber llegado a admitir, en casos excepcionales, la imprevisión. Demogue cita el caso de un locatario que, por haber aumentado el riesgo de incendio del inmueble, debió reembolsarle al locador la sobre-prima de seguro (72).

Apartándose también de su tendencia general, los tribunales franceses se han reconocido —según hemos dicho ya— el derecho de revisar la cifra de honorarios convenidos entre mandantes y mandatarios. La Corte de Casación sanciona, en efecto, desde hace mucho tiempo, ese derecho de intervención y control.

(72) René Demogue. — *Traité*, t. VI, pág. 700.

Esta jurisprudencia, que hace sentir su acción no solamente en el dominio del mandato propiamente dicho, sino también en el de retribuciones de médicos, arquitectos, etc., reduce el salario a la justa remuneración del servicio prestado cuando está fuera de proporción con la naturaleza del negocio y los cuidados que comporta, y ha buscado su fundamento en el principio de la gratuidad del mandato inscrito en el art. 1926, habiendo hablado, otras veces, de lesión, de razones de equidad y de vicios del consentimiento.

Demuestran estos ejemplos excepcionales, que se abre paso, paulatinamente, en la jurisprudencia francesa, la idea de juzgar según la equidad, aunque para justificar las soluciones se busquen siempre los medios técnicos adecuados.

El régimen de la estabilidad de los contratos, el principio de que las convenciones son ley para las partes, el respecto a la palabra empeñada, tan celosamente mantenidos por la Corte de Casación se batan, pues, en retirada.

B.—*Italia.*

En Italia los autores han persistido en la dirección indicada por Alciato, admitiendo con gran amplitud la cláusula *rebus sic stantibus*, a pesar de que el Código Civil de 1865 no la consagraba.

La jurisprudencia, menos terminante que la francesa, manifestó claras tendencias, antes y después de la pasada guerra, a aplicar la cláusula en los contratos que tienen por objeto prestaciones sucesivas, habiendo llegado a sostener que la imposibilidad objetiva debe juzgarse con un criterio humano y que no hay que exigir el heroísmo del deudor. (73). Pero solamente podrían mencionarse algunos casos excepcionales. En un sentido general, los tribunales se han pronunciado por el mantenimiento del principio *pacta sunt servanda*.

Diversas leyes de circunstancia asimilaron con frecuencia la prestación devenida muy onerosa, a la imposible. Un decreto del 27 de mayo de 1915, consideró a la guerra como una fuerza mayor, no sólo cuando se había hecho imposible una prestación dada, sino simplemente más difícil u onerosa, y siempre que la

(73) Véase: A. Montel. — La révision des contrats par le juge en Italie. — Travaux de la Semaine Internationale de Droit.

obligación se hubiese asumido antes del decreto de la movilización.

La forma corporativa adoptada por el Estado italiano con la revolución fascista debía tender, normalmente, a una política de revisión de los contratos por el juez, dados sus propósitos de atenuar las impulsiones egoístas de los contratantes y de garantizar a los particulares contra la presión de los grupos económicamente más fuertes. El concepto fué primeramente admitido en materia de contratos de trabajo, individuales y colectivos, en lo que se refiere a la adecuación de los salarios a las necesidades de la vida. La Carta del Trabajo —aprobada por el Gran Consejo Fascista en el año 1927 e incorporada formalmente al ordenamiento jurídico del Estado por real decreto del 30 de enero de 1941— reconoce a los sindicatos la facultad de estipular contratos colectivos de trabajo, obligatorios para todos los individuos pertenecientes a las correspondientes categorías de empleadores o asalariados, y organiza la regulación del salario en función de las condiciones de la producción y del trabajo, de la situación del mercado monetario y de las variaciones del costo de la vida; y preceptúa su revisión si varían los elementos tomados en consideración. Por la misma razón de cambios notables en los estados de hecho, quedan sujetas a revisión, las sentencias de la Magistratura del Trabajo que resuelven los conflictos colectivos.

La reforma de la codificación civil, llevada a cabo en medio de este ambiente ya habituado a la idea de revisión, y con el horizonte cargado de incertidumbre, debía conducir, fácilmente, a admitir en los contratos la teoría de la imprevisión. Y así ha sido en efecto, según hemos visto anteriormente. En el novísimo Código Civil, puesto en vigor a partir del 21 de abril del presente año de 1942, aparece a primera vista, entre sus mas trascendentales innovaciones en materia contractual, la revisión de los contratos por imprevisión. El art. 1372 del capítulo "De los efectos de los contratos", afirma la eficacia y fuerza obligatoria de los convenios, de acuerdo con la concepción tradicional, cuando dice: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes"; mas a continuación agrega: "No puede ser disuelto sino por mutuo disenso o por *causa admitida por la ley*." Entre tales causas considérase a la imprevisión.

Se encuentran instalados los preceptos pertinentes en la Sección III del Capítulo "De la resolución de los contratos"— a la

que se distingue de la *rescisión* —y bajo el epígrafe “De la excesiva onerosidad”, diferenciándose así, netamente, al nuevo instituto, de la *imposibilidad* sobrevenida, materia de otra Sección del mismo Capítulo.

Contempla el Código el cambio de circunstancias extraordinario e imprevisible, tanto en los contratos bilaterales como en los unilaterales. Dice el art. 1467, relativo a los contratos con prestaciones bilaterales: “*En los contratos de ejecución continuada o periódica, o bien de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa, por haber sobrevenido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede pedir la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el art. 1458. (74). La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida entra en el alea normal del contrato. La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato*”

Respecto a los contratos con obligaciones unilaterales, el art. 1468 da la regla siguiente: “*En la hipótesis prevista en el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede reclamar una reducción de su prestación o bien una modificación en la modalidad de la ejecución, suficiente para restablecerla en la equidad*”

Finalmente, el art. 1469 dispone que “*Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por la voluntad de las partes*”.

Ofrecen estos textos la solución legislativa más amplia y general que se ha dado, hasta el día, a la cuestión del cambio de circunstancias y de imprevisión en los contratos. La fórmula del Código polaco, que ya conocemos (art. 269), con ser muy avanzada, aparece tasada al lado de la del Código italiano. Según el Código polaco solamente dan lugar a la revisión o resolución de los contratos, la guerra y los flagelos de la naturaleza debiendo el juez proceder únicamente a las modificaciones exigidas por la buena fe, y después de pesar los intereses de las dos partes. En cambio,

(74) Art. 1458 (Efecto de la resolución) “La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada y periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se entiende con las prestaciones ya ejecutadas. La resolución, aunque haya sido expresamente pactada, no perjudica los derechos adquiridos por tercero, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución”.

en los textos del Código italiano no se puntualizan más exigencias que la de haber devenido la prestación excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y la de que el contrato no tenga carácter aleatorio. Sin más restricciones que éstas y la de la *equidad*, que debe informar la restauración del equilibrio en los contratos con obligaciones unilaterales, funciona el prudente arbitrio del juez. No debe verse en esto, sin embargo, que la norma de la buena fe pueda estar ausente del ánimo del juez, desde que el mismo Código la estatuye en regla de interpretación de la voluntad de las partes y de ejecución de los contratos (art. 1575).

Por virtud del referido instituto de la "excesiva onerosidad", la autoridad del juez, a la par que su responsabilidad resultan, pues, acrecentadas sobremanera. También se le faculta para reducir la cláusula penal, en los términos del art. 1384: "*La pena puede ser disminuída equitativamente por el juez, si la obligación principal ha sido ejecutada en parte, o bien si el monto de la pena es manifiestamente excesivo, atendiendo siempre al interés que el acreedor tenía en el cumplimiento*".

El ordenamiento corporativo del Estado italiano es responsable, por otra parte —según lo hemos dicho— de la introducción en el Código de los nuevos conceptos *de orden y solidaridad corporativa*, complementarios del de orden público, y que se erigen en límites de los derechos subjetivos, en normas de conducta en las relaciones jurídicas y en reglas para interpretar la voluntad de los contratantes. Se encuentran expresados aquellos conceptos en los arts. 31, 1175 y 1371. En el primero, perteneciente al Título Preliminar, se estatuye que es parte integrante del orden público el *ordenamiento corporativo*. El art. 1175, del Título de las disposiciones generales sobre las obligaciones, dice: "El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección, en relación con los *principios de solidaridad corporativa*". Por último, el art. 1371, del Capítulo relativo a la interpretación de los contratos, da, en su parte final, la regla siguiente: "La común intención de las partes debe interpretarse en el sentido más conforme a los *principios del orden corporativo*".

Las deudas pecuniarias, causa de tantos conflictos en los contratos de ejecución diferida o periódica, cuando sobrevienen fluctuaciones en el valor de la moneda, son reguladas en una Sección especial del Capítulo "De algunas especies de obligaciones".

En ellas se sienta al nominalismo como principio general que debe regir el cumplimiento de esa clase de obligaciones, pero se consienten al mismo tiempo y se determinan los efectos y modo de ejecución, de las estipulaciones encaminadas a asegurar el valor de las prestaciones, a las que se reconoce plena eficacia mientras no sean contrariadas por leyes especiales.

Los textos pertinentes son los siguientes:

“Art. 1277. (Deudas de sumas de dinero). Las deudas pecuniaras se extinguen con moneda de curso legal en el Estado al tiempo del pago y por su valor nominal. Si la suma adeudada se determinó en una moneda que ya no tiene curso legal al tiempo del pago, éste debe satisfacerse en moneda legal que equivalga al valor de la primera”.

“Art. 1278 (Deudas de sumas de dinero que no tiene curso legal). Si la suma debida se determinó en moneda que no tiene curso legal en el Estado, el deudor tiene la facultad de pagar en moneda legal al curso del cambio en el día del vencimiento y en el lugar establecido para el pago”.

“Art. 1279 (Cláusula de pago efectivo en moneda que no tiene curso legal.) La disposición del artículo precedente no se aplica si la moneda que carece de curso legal en el Estado es indicada con la cláusula “efectivo” u otra equivalente, salvo que al vencimiento de la obligación no sea posible procurarse esta moneda”.

“Art. 1280 (Deuda de especies monetarias que tienen valor intrínseco). El pago debe hacerse con una especie de moneda que tenga valor intrínseco si así se ha establecido en el título constitutivo de la deuda, siempre que la moneda tuviese curso legal en el momento en que la obligación fué asumida. Empero, si la moneda no puede conseguirse, o no tiene más curso, o se ha alterado el valor intrínseco, el pago se efectuará con moneda corriente que represente el valor intrínseco que la especie monetaria debida tenía en el tiempo en que se contrajo la obligación”.

“Art. 1281 (Leyes especiales). Las normas que preceden se observarán en cuanto no sean contrarias a los principios derivados de leyes especiales. Quedan a salvo las disposiciones particulares concernientes a los pagos que deban hacerse fuera del territorio del Estado”.

Resulta de los textos citados, que la recentísima codificación italiana refleja, claramente, las tendencias que favorecen la flexibilización del contrato y su adaptación a las situaciones esencial-

mente inestables y cambiantes de la época. El formal reconocimiento del poder del juez para modificar los contratos sitúa a Italia, en adelante, dentro del grupo de los países revisionistas. Al mismo tiempo, la amplitud conferida a la norma de orden público, con la incorporación de conceptos tales como los de orden y solidaridad corporativa, implica una mayor limitación al ejercicio de los derechos subjetivos.

Denotan igual preocupación de nivelar las impulsiones egoístas de los contratantes y de garantizar a los particulares contra la presión de los grupos económicamente más fuertes, otros textos a los que ya nos hemos referido, como los relativos a los contratos de adhesión (art. 1342) y a las condiciones generales que deben observarse en la celebración de los contratos (art. 1341).

C.—*Otros países.*

En los demás países del grupo latino o anti-revisionista, considerados en los informes de la Semana Internacional de Derecho (Bélgica, Rumania, Siria, Líbano, Japón), el rechazo de la imprevisión comenzaba a mostrar signos de desfallecimiento, al iniciarse la actual conflagración. No obstante reconocerse en todos ellos que solamente el legislador podía intervenir, de tiempo en tiempo, para favorecer a una de las partes, empezaba a tomar cuerpo la idea de que el contrato debe reposar no sólo sobre un equilibrio jurídico, sino también sobre un equilibrio económico.

Sin embargo, el proyecto franco-italiano de un Código de obligaciones —cuyo propósito ha quedado frustrado desde el momento en que Italia se ha dado un nuevo Código Civil— mantiene la posición tradicional, limitándose a considerar la lesión inicial, sin prever la lesión subsiguiente.

D.—*Argentina.*

Aun cuando la Argentina no concurrió a la Semana Internacional de Derecho, la incluimos en esta clasificación por el particular interés que ofrecen los debates jurisprudenciales y doctrinarios suscitados en ese país alrededor de la cuestión de la imprevisión, así como por la circunstancia de que exista terminado, desde el año 1936, un proyecto de reforma del Código Civil.

Los tribunales argentinos mantienen con estrictez el princi-

pio tradicional que enuncia con particular rigor el art. 1197 del Código Civil que rige desde 1871: "*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*". El juez argentino no ha transgredido esta norma ni ha intentado revisar ni modificar los contratos. No contaba para ello, por lo demás, con ningún texto que se lo permitiera. Nada prevé el Código acerca de la lesión subsiguiente. Sólo confiere al juez poderes limitados en hipótesis particulares. Los tribunales se han negado, por eso a admitir la teoría de la imprevisión y han mantenido la intangibilidad de los contratos.

Como una expresión de la conducta observada puede citarse el fallo de la Cámara Federal en los autos seguidos por la Sociedad F. M. Schmidt c/ Obras Sanitarias de la Nación, (75), en que se declaró sin lugar la indemnización que solicitaba la Sociedad constructora fundada en el mayor gasto verificado con motivo de una excavación en terreno de composición no prevista. De nada valió que se dijera que en Francia, frente a un caso análogo, el Consejo de Estado había revisado el contrato acordando una mejora en los precios pactados, ni que el art. 373 del Código suizo de obligaciones autoriza la revisión.

En apoyo de la revisión o modificación de los contratos no se encuentran sino fallos de instancias inferiores y votos aislados en los que en vista de la insuficiencia de la legislación, se construyen teorías más acordes con las exigencias del momento. Eugenio O. Cardini —a quien principalmente seguimos en esta exposición, menciona en su libro ya citado "La teoría de la imprevisión", un fallo excepcional del año 1922 que rescindió un contrato de locación por prohibición sobreviniente de efectuar juegos en el local alquilado.,

a) *Obligaciones pecuniarias*.—En materia de obligaciones pecuniarias, la legislación y la jurisprudencia argentinas presentan caracteres propios, que se apartan de la doctrina nominalista prevaleciente en otros países americanos.

Dentro de la economía del Código Civil, la obligación de dar sumas de dinero es una especie de las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas (art. 616). Mas son perfectamente válidas las convenciones de pago en moneda que no sea de curso legal, así como las de entregar una suma de determina-

(75) E. O. Cardini. — ob. cit., pág. 154.

da especie o calidad de moneda corriente nacional (arts. 617 y 619).

El Código no resuelve expresamente la debatida cuestión acerca de la naturaleza de la obligación del deudor, cuando ha sufrido alteración la moneda. Su autor, Vélez Sarsfield, en una nota al art. 619, declaró que correspondía al legislador determinar lo conveniente al tiempo de introducir alteraciones en la moneda. Pero, como quiera que fuera, se ha entendido siempre que las convenciones simplemente estipuladas en moneda nacional, sin referencia a su especie o calidad específica, pueden pagarse en papel moneda por su valor nominal.

La situación varía si se ha pactado entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional y, puede decirse que, a este respecto, la posición de la legislación y de la jurisprudencia argentinas presenta caracteres singulares, en cuanto a los efectos reconocidos a esa clase de pactos. El art. 619 del Código, cuya importancia resulta fundamental, resuelve que la obligación se cumple, entonces, entregando el mismo valor monetario convenido, o la de otra moneda que represente un valor igual a aquella. En las disposiciones referentes al mutuo, se reproduce la misma regla: *"El mutuuario debe devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad que las recibidas"* (art. 2250). *"Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido, el mutuuario deberá pagar el precio de la cosa o cantidad recibida, regulada por el que tenía la cose prestada en el lugar y tiempo que debe hacerse la restitución"*. (art. 2251).

Al reglamentar así el pago de las deudas contraídas en una clase especial de moneda, Vélez Sarsfield se apartó, abiertamente, de los principios tradicionales de la doctrina nominalista que informan al art. 1895 del Código francés y que reconocen su antecedente en las Pandectas de Justiniano, y se acogió, siguiendo tal vez a Savigny, al texto del Código austriaco, cuyos arts. 988 y 990 que cita en su nota, disponían que *"si se ha alterado el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo"*.

Estos principios del Código argentino, en lo referente a la forma de pago de las obligaciones en moneda especial, han arraigado de tal manera en la conciencia jurídica del país, que la ley

de inconversión de 1885 reconoció expresamente la validez de las convenciones que excluyen el papel moneda nacional, creado o por crear, aún cuando sea de curso forzoso, referida esta última estipulación, naturalmente, al valor nominal del billete, pero no a su valor corriente en plaza. Posteriormente, las leyes de emergencia que se dictaron en el año 1914 a raíz del estallido de la guerra europea, previeron y solucionaron los casos de obligaciones con cláusula oro. Por último, el proyecto de Código Civil, en el art. 624, que sustituye al 619 del Código vigente, regula también el pago de obligaciones en moneda nacional de especie o calidad determinada, aunque frustra, en cierto modo, la finalidad de esos pactos en cuanto establece que el deudor puede entregar moneda de la especie pactada "o de cualquier otra con curso legal en el territorio de la Nación, al cambio que corresponda según las leyes monetarias vigentes"

La interesante jurisprudencia de la Corte Suprema y demás tribunales, ha reconocido invariablemente la *validez de la cláusula oro, y otras estipulaciones en moneda especial*, durante los periodos de curso forzoso. Las leyes de emergencia dictadas en 1914, con motivo de la guerra anterior, plantearon bajo un nuevo aspecto el modo de ejecución de aquellas convenciones.

La ley 9481 del 8 de agosto de 1914, decretó la inconvertibilidad de los billetes por la Caja de Conversión, medida que se mantuvo, mediante prórrogas sucesivas, hasta el restablecimiento de la convertibilidad por decreto del 25 de agosto de 1927. Otra ley, la N.º 9478 sancionada el mismo 8 de Agosto de 1914, acordó una prórroga de treinta días para el cumplimiento de todas las obligaciones de dar sumas de dinero; y autorizó, al mismo tiempo, de una modo especial, la prórroga de las obligaciones vencidas o que vencieran en el mes de agosto de 1914, en las que se había estipulado el pago en oro, mientras estuviera suspendida la conversión de los billetes, a menos que el acreedor estuviera dispuesto a percibir su crédito en moneda papel al tipo de conversión oficial que había fijado la antigua ley N.º 3871, que estableció que el peso papel sería canjeable por 0.44 centavos oro y viceversa.

Ninguna de las leyes de emergencia anuló, pues, ni prohibió, las obligaciones en oro. Simplemente facultaban al deudor para que prorogase ese pago. Presentábanse, de tal suerte, tres soluciones para el pago de las obligaciones oro: a) la prórroga del pago hasta el restablecimiento de la conversión; b) la aceptación

por el acreedor de moneda papel al tipo de conversión establecido por la Caja de Conversión; y c) el pago por el deudor en oro o su equivalente real, sin acogerse a la facultad de prórroga.

Pero la cláusula oro, autorizada por el Código Civil, y considerada eficaz por la legislación de emergencia y por los tribunales, con la reserva de su prórroga para las estipuladas con anterioridad a esa legislación, sufrió, sin embargo, un revés, según decisiones de las Cámaras Civiles en pleno (76) en las convenciones en que se estipulaban alternativamente dos formas de pago, a opción del acreedor. El Banco Hipotecario Franco-Argentino tenía celebrados préstamos con cláusulas en las que se establecía que la devolución del capital y la de los réditos sería efectuada por el deudor en moneda metálica de oro sellado efectivo, o en giros sobre París a la vista y a satisfacción del acreedor, con exclusión expresa de todo papel u otra moneda creada o por crearse, aún cuando fuera de curso legal o forzoso. Pues bien, un fallo del 20 de abril de 1917 de las Cámaras Civiles reunidas en Tribunal Plenario, declaró que tratándose de obligaciones alternativas y ante la imposibilidad de efectuar el pago en oro, había desaparecido el derecho de opción en favor del acreedor hipotecario y que, en tal virtud, era válido el pago en giros, doctrina afirmada en ejecutorias subsiguientes y extendida a un caso en que los acreedores eligieron como prestación el oro específico, dada la posibilidad de adquirir, con premio, oro físico en plaza (77). Posteriormente se evolucionó, y a partir de un fallo de las Cámaras Plenarias del 21 de octubre de 1921, admitióse que los contratos celebrados con posterioridad a las leyes de emergencia escapaban a la doctrina anteriormente sustentada por el Tribunal. Se dijo que tales convenciones debían cumplirse en la forma estipulada porque las partes habían contratado con pleno conocimiento de las circunstancias y que el acreedor conservaba, en consecuencia, su derecho de opción y podía exigir en papel la suma equivalente al importe oro de la obligación, conforme a los principios del derecho común (art. 619 C. C.). (78) Comentando estas decisiones, dice Schoo que son muy plausibles, porque con una visión clara de la realidad "han sabido apartarse de absur-

(76) Se emplea este procedimiento en el derecho argentino, para evitar jurisprudencias contradictorias entre las Cámaras de Apelación.

(77) Alberto D. Schoo.—La cláusula oro.—Bs. Aires, 1937, pág. 369.

(78) Alberto D. Schoo.—Ob. cit., págs. 370 y 391.

das ficciones antijurídicas y antieconómicas, para dar a los contratos su juego regular". (79).

El régimen de libre conversión restablecido en 1927, duró poco más de dos años, pues un decreto del Presidente Irigoyen del 26 de diciembre de 1929, suspendió nuevamente la conversión de los billetes. Planteada otra vez, a partir de entonces, la cuestión del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias en oro, se reabrió el debate judicial. Schoo cita tres casos, fallados en primera instancia entre los años 1933 a 1935, en dos de los cuales se rechazó la consignación hecha por el deudor, al tipo de conversión oficial, de obligaciones contraídas en pesos oro. (80). Ampararon esas dos resoluciones judiciales la tesis de los acreedores, quienes sostenían su derecho a ser pagados específicamente en oro, o en su equivalente en moneda corriente al tipo del día del pago. Esta tesis da a la cláusula oro, en concepto de Schoo, su verdadero juego y significado, "impidiendo, en consecuencia, que se libere una obligación con moneda depreciada en relación al standar pactado" (81).

Las leyes bancarias y monetarias argentinas sancionadas en 1935 no han variado, en concepto del mismo autor, el régimen jurídico para las obligaciones oro, desde que no se habría establecido una equivalencia legal del valor real del oro con el papel. Dictada que fuera esa ley (prevista en el art. 41 de la ley 12155) "es evidente —concluye Schoo— que los pagos deberán efectuarse de acuerdo a la equivalencia que se establezca, siempre, naturalmente, que no se introduzca con posterioridad el curso forzoso. Así lo dispone el Código Civil en su art. 619, tales son los principios que enseñan Salvat, Llerena, Colmo y tal es también la doctrina aplicada en la jurisprudencia uniforme y constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los numerosos casos fallados" (81a).

b) *Legislación de emergencia.*—La actitud firme de la

(79) Alberto D. Schoo.—Ob. cit., pág. 390.

(80) A. D. Schoo.—Ob. cit., págs. 395 y sigts.

(81) Debemos a la gentileza y benevolencia del doctor Schoo una información última, según la cual la sentencia de Primera Instancia favorable a la cláusula oro, dictada el 27 de noviembre de 1935 en los autos Gómez Pombo c/ Banco Hipotecario Franco Argentino, fué confirmada por la Cámara de Apelaciones el 5 de octubre de 1940 y por la Corte Suprema de la Nación Argentina el 29 de septiembre de 1941 (La Ley Tº 24, p. 88); con lo que la cuestión puede considerarse definitivamente resuelta, conforme a la tesis que sostiene el versadísimo autor de "La Cláusula Oro".

(81 a) A. D. Schoo.—Ob. cit., pág. 415.

jurisprudencia argentina provocó en ese país, lo mismo que en otras partes, el nacimiento de una abundante legislación transitoria en materia de *alquileres*, de *obligaciones hipotecarias*, etc., que derogó a los principios del derecho común y a la intangibilidad del contrato.

Alquileres.—La ley 11157 del año 1920, dispuso que desde su promulgación y por dos años, la renta de casas y piezas destinadas a la habitación, comercio o industria, no sería mayor de la vigente el 1.º de enero de 1920. Esta restricción de carácter temporal al derecho de propiedad fué tachada de anticonstitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que, como la Corte Suprema de los Estados Unidos, tiene facultad para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se resolvió en favor de la ley discutida, en su fallo del 28 de abril de 1922 porque, así lo afirma, “ninguno de los derechos que consagra la Constitución nacional es absoluto, y uno ilimitado entrañaría una concepción antisocial”. Habla también de la necesidad del Estado de perseguir la utilidad colectiva y menciona a la jurisdicción norteamericana. (82).

Moratorias.—La ley 11741 del año 1933, prorrogó por el término de tres años, a partir de su vigencia, las obligaciones garantizadas con hipoteca; y dispuso que durante la vigencia de la ley no podrían cobrarse intereses que excedieran del 6 %. Exceptuaba de sus disposiciones a las hipotecas efectuadas por el Banco Hipotecario Nacional. Se declara la ley de orden público y, en consecuencia, fulmina con la nulidad las renunciaciones a sus beneficios consignadas en las convenciones particulares. Esta ley, que muchos juzgaron revolucionaria, fué prorrogada.

Para los deudores del Banco Hipotecario Nacional se había dictado otra especial, la N.º 11720, el 26 de setiembre de 1933, que suspendía por el término de tres años el servicio del 1 % de comisión que cobra el Banco, eximiendo mientras tanto a éste de la obligación de rescatar las cédulas. Eximía la ley igualmente, a los deudores del pago de intereses penales y autorizaba al Directorio del Banco a celebrar arreglos especiales con los deudores atrasados, pudiendo otorgar plazos que no excedieran de diez años.

La ley de moratoria N.º 11741, fué también tachada de anticonstitucional. Un acreedor impugnó la consignación de inte-

(82) E. O. Cardini. — Ob. cit., pág. 161.

reses a razón del 6 %, alegando la tacha mencionada y solicitó, en consecuencia, el rechazo con costas de la consignación efectuada. La Corte Suprema de Justicia, en su fallo del 7 de diciembre de 1934, declaró constitucional a la ley de moratoria que alteraba los contratos de préstamo hipotecario regularmente concluidos. El Procurador General del Alto Tribunal, en su dictamen favorable a la validez constitucional de la ley 11741 decía, entre otras cosas, lo siguiente: "La cuestión gira alrededor de la modificación que introduce la ley cuestionada en los contratos celebrados entre particulares, sosteniéndose que el Congreso no ha podido alterar las convenciones privadas que forman la ley que las mismas partes se han dado. El problema consiste en determinar si frente a la ley que las partes se han creado cesa el poder de legislación del Congreso... y la solución está en el art. 67, inc. 28 de la Constitución Nacional, al facultar al Congreso para dictar todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno Nacional... La ley controvertida ha tendido a evitar consecuencias de fenómenos económicos que han repercutido hondamente sobre la propiedad privada...; en el momento actual las circunstancias han impuesto la necesidad de crear restricciones a la voluntad individual... Una ley de moratoria no ataca la propiedad, sólo dilata los medios de ejecución... El fundamento sobre que reposan las leyes de moratoria es la necesidad de amparar situaciones que asumen una gravedad, que coloca a los poderes públicos en el caso de tomar ingerencia en las relaciones contractuales".

En el fallo de la Suprema Corte argentina, se recuerda que la constitución no reconoce derechos absolutos, y se cita una ley sobre moratoria del Estado de Minnesota, declarada constitucional por la Corte Suprema de los Estados Unidos, a pesar de que en la carta norteamericana existe una cláusula sobre inalterabilidad de los contratos. Cita también en su apoyo la sentencia de la Corte Suprema argentina, las palabras de un juez de los Estados Unidos sobre la función del jurista contemporáneo: "No hay jurista moderno —dicen— que no se preocupe de poner su interpretación en armonía con las necesidades actuales y con las ideas ambientes y circundantes".

"La prórroga del plazo y la reducción del interés,—agrega el vocal Pera en su voto ampliatorio—son medidas generales que vienen a suplir las consecuencias de la fuerza mayor...

desde que las circunstancias normales en que se contrajo el préstamo se han alterado fuera de toda medida de previsión de las partes". (83).

Palpita en estos argumentos y fundamentaciones una honda preocupación social, clara expresión del influjo de las nuevas corrientes jurídicas en la ilustrada magistratura argentina.

c) *El proyecto de reforma del Código Civil*.—El proyecto para un nuevo Código Civil, (84) presentado en 1936 por la Comisión Reformadora, recoge algunas aplicaciones particulares de la teoría de la imprevisión aunque sin incorporar ninguna regla de orden general. *Se contempla la resolución del contrato por imposibilidad sobreviniente no imputable a ninguno de los contratantes* (art. 829, inc. 3.º); pero no hay nada que se asemeje al concepto de "excesiva onerosidad" del novísimo Código italiano.

Los codificadores han procedido, pues, con evidente prudencia en esta materia. *La no admisión del instituto del abuso del derecho*, al cual era contrario Bibiloni; la regla general de los contratos contenida en el art. 788 (tomada del art. 305 del Código alemán), de que, "salvo precepto expreso de la ley, la constitución o modificación de obligaciones por actos jurídicos entre vivos, sólo puede tener lugar mediante contrato", parecen indicar un propósito de afirmar la autonomía de la voluntad y la soberanía de los contratos. Sin embargo, el Proyecto acepta múltiples aplicaciones particulares de las nuevas corrientes. La buena fe parece ser su preocupación dominante. *Las convenciones incluidas en los contratos —dice el art. 820— son obligatorias para las partes y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas, teniendo en cuenta los usos del lugar*". La función judicial asume, al mismo tiempo, considerable amplitud, autorizándose al juez, por lo menos en dos casos concretos, para modificar los contratos, reduciendo la retribución excesiva convenida en el corretaje (art. 1098) y las deudas provenientes de juegos (art. 1286).

A juicio de Cardini, el Proyecto, si bien no menciona expresamente la teoría de la imprevisión, la ha aceptado en innumerables aplicaciones concretas. "Esto —escribe— y la circuns-

(83) E. O. Cardini. — Ob. cit., pág. 171.

(84) Reforma del Código Civil (Antecedentes, Informe, Proyecto). Buenos Aires, 1936.

tancia de que consagre la teoría moderna de la buena fe contractual y sus vinculaciones con la moderna tendencia moralizadora de los actos jurídicos, y las demás concepciones anti-individualistas, como la lesión y el enriquecimiento sin causa permiten, recogiendo esas aplicaciones, elaborar una construcción jurídica a la que sin duda llegará la jurisprudencia una vez en vigencia este magnífico Código". (85).

II.—*Sistemas revisionistas*

Hemos dicho que dentro de este grupo comprende el informe de la Semana Internacional de Derecho, a Alemania, Hungría, Noruega, Polonia, Suiza y Turquía, y además, aunque en lugar aparte, a Inglaterra. Reduciremos nuestro examen a los sistemas jurídicos de Alemania, Suiza e Inglaterra y agregaremos algunas notas acerca del sistema de los Estados Unidos, frente a la grave cuestión del poder de intervención del juez y del legislador en los contratos.

A.—*Alemania.*

Las nuevas concepciones del derecho contractual se disciernen en Alemania más que en ninguna otra parte. La intensidad con que se manifestaron en ese país las crisis económicas de la post-guerra, así como el movimiento nacional-socialista han determinado una evolución profunda en el curso de la jurisprudencia, la que ha dado a varios textos del Código un sentido y un alcance insospechados.

a) *El Código Civil*.—El Código alemán de 1900 permanece fiel al principio de que el contrato constituye un hecho definitivo, pero amplía, al mismo tiempo, el campo del arbitrio judicial en una medida considerable que ha hecho posible el desenvolvimiento mencionado. A pesar de su tendencia objetiva, condena el Código el abuso del derecho y permite al juez buscar la intención o sancionar la culpa en la ejecución de los contratos (art. 226); obliga al deudor a efectuar la prestación como lo exigen la lealtad y la confianza recíprocas en correlación con los usos admitidos en los negocios y da al juez estas mismas directivas para interpretar los contratos (art. 157 y 242); libera al deudor de efectuar la presta-

(85) E. O. Cardini. — Ob. cit., pág. 185.

ción desde que ésta deviene imposible por efecto de alguna circunstancia sobrevenida después del nacimiento de la relación obligacional y de la que el deudor no debe responder (art. 275); da acceso a la anulación por lesión en todos los contratos cuando, además de la desproporción chocante, existe la explotación de uno de los contratantes por el otro (art. 138); permite al juez, finalmente, reducir la cláusula penal a una tasa conveniente (art. 134).

b) *Legislación sobre obligaciones pecuniarias y criterio originario de la jurisprudencia.*—En lo referente a las obligaciones pecuniarias la legislación alemana, de acuerdo con la tradición germánica que siempre ha favorecido el reconocimiento de las deudas de dinero como deudas de valor y no de cantidades abstractas, consagra el derecho de pactar moneda especial en los contratos, tanto civiles como mercantiles. El Código Civil establece en dos artículos las reglas aplicables. El art. 244 dispone que si una deuda de dinero expresada en moneda extranjera debe pagarse en Alemania, el pago *puede* hacerse en moneda alemana, a no ser que el pago en moneda extranjera se haya establecido expresamente; y que la conversión se hará según el valor del curso que rija en el lugar al tiempo del pago. El art. 245 establece, a continuación, que si una deuda de dinero debe pagarse en una especie determinada de moneda que a la época del pago ya no se encuentra en circulación, el pago se hará *como si la especie no se hubiere fijado*.

El principio general del art. 244 no se presta a confusiones. Puede pactarse moneda especial y el pacto es válido siempre que resulte, en forma expresa, de la voluntad de las partes. Ha provocado, en cambio, interpretaciones opuestas, lo dispuesto en el art. 245. Según la opinión concorde de Werner, de Nussbaum y de Ennecerus, estipulado que una deuda pecuniaria se pague en determinada especie, añadiendo la palabra "efectivo", el objeto de la deuda es *el valor* de la cantidad. De tal suerte que si al tiempo del pago esa determinada especie monetaria ya no se halla en circulación, la obligación no se extingue, en su esencia, por imposibilidad de cumplimiento; sólo se extingue una parte accesorio, y sobrevive como una obligación de valor que debe pagarse en dinero actualmente en curso (v. Ennecerus, Tratado de Derecho Civil. t. II, vol. I, pág. 36; y Alberto Schöo, La Cláusula Oro, Buenos Aires, 1937, pág. 281).

Como semejante interpretación doctrinaria del art. 245 po-

dría haber conducido a que los tribunales reconocieran eficacia a la cláusula oro, a pesar de la guerra y del curso forzoso instaurado a partir del 4 de agosto de 1914, el legislador intervino para prevenir ese resultado. En virtud del Decreto del Bundesrat del 28 de septiembre de 1914, los convenios anteriores al 31 de julio de 1914, a cuyo tenor el pago hubiera de hacerse en oro (cláusula oro) se declararon no obligatorios hasta nueva orden. Esta medida permitió a los tribunales, mientras duró la guerra, permanecer, fieles al principio *pacta sunt servanda* y acogerse a la ficción "Mark gleich Mark" (Marco igual Marco). La práctica judicial no reveló, de otro lado, la necesidad urgente de autorizar en los contratos otras intervenciones que las expresamente permitidas por la ley. Se estimó que la consagración de una solución diferente habría equivalido a admitir que en los contratos de larga duración los riesgos de un cambio de circunstancias económicas son de cargo del deudor.

c) *Admisión por la jurisprudencia del concepto de "imposibilidad económica" en los contratos, frente a la desvaluación monetaria.*—El criterio anotado de los tribunales alemanes se mantuvo invariable aún después de terminada la guerra, sin atender a la desvaluación creciente del marco, ni a la inflación. Hacia el año 1920 se señaló ya, sin embargo, un cambio de rumbo con una célebre decisión del Reichsgericht, del 21 de septiembre de ese año, que desvinculó a una de las partes de sus obligaciones contractuales, teniendo en consideración que la ejecución del contrato no podía serle impuesta, *económicamente*, en una situación enteramente modificada. Se trataba de un contrato de ejecución sucesiva, escalonada en un tiempo largo. El Tribunal se refirió a los arts. 242 y 325 del Código Civil. Según los términos del primero, la buena fe debe presidir la ejecución de las obligaciones del deudor. En reciprocidad, se dijo, *la misma buena fe debe regir el derecho del acreedor a la ejecución*. "Por esto —agregaba el Tribunal— la ejecución de un contrato no puede ser debida ni exigida cuando, en razón de la modificación total de las circunstancias la prestación contractual se ha vuelto completamente diferente de la que las partes habían primitivamente pensado y querido. Además, se expresó, si el art. 325 considera la imposibilidad de la prestación como una causa de liberación, *esta imposibilidad puede ser no solamente material, sino también económica*". Introdújose así, en la jurisprudencia a-

lemana, el concepto de la *imposibilidad económica*, llamado a adquirir ulteriores desenvolvimientos.

El razonamiento del Reichsgericht no puede justificar, en principio—como observa Volkmar—(86) sino la rescisión del contrato inejecutable en la forma convenida. Sin embargo, el Tribunal del Reich yendo más lejos en su decisión precitada, admitió que si las partes continuaban la ejecución del contrato a pesar de la desvaluación, el juez tendría el derecho de modificar las contra-prestaciones, teniendo en cuenta las circunstancias nuevas.

Estos conceptos, desprendidos al comienzo en vista de contratos sinalagmáticos y especialmente de entregas de mercaderías, fueron extendiéndose poco a poco por la jurisprudencia a otros contratos y, por último, a actos unilaterales, particularmente al reembolso de los préstamos en marcos desvaluados. La evolución operada en la actitud de la jurisprudencia respecto de este último punto, es particularmente elocuente de las nuevas concepciones jurídicas alemanas.

d) *Revaluación jurisprudencial de los créditos provenientes de mutuos en dinero.*—Hemos dicho que el Decreto del Bundesrat del 28 de septiembre de 1914, decidió que las estipulaciones de pago en oro, anteriores al 31 de julio de 1914, quedaban sin efecto hasta nueva orden. Nada decía el decreto acerca de la validez de las cláusulas estipuladas después del 31 de julio de 1914. Mientras duró la guerra no se planteó ante los tribunales la validez de esas estipulaciones. Tampoco en el período inmediato de la post guerra, hasta que, en el año 1921, un acreedor hipotecario sostuvo la eficacia de una estipulación de ese género. El Reichsgericht puso término al debate provocado por esa acción, con una sentencia del 11 de enero de 1922, que subvertía la interpretación tradicional del art. 245 del Código Civil. Invocando este precepto, se pronunció por la nulidad de la cláusula oro estipulada después del 31 de julio de 1914, a pesar de que el Decreto del Bundesrat del 28 de septiembre de 1914 no la prohibía.

Indescriptible transtorno provocó dicha resolución judicial, que sostenía la doctrina de la nominalidad del crédito frente a la cláusula oro. Algunos autores, como Schkaff, observaron que era insensato sostener el principio "Mark gleich Mark" ante la

(86) M. Volkmar. — La révision des contrats par le juge en Allemagne. La Semaine Internationale de Droit. Paris, 1937, pág. 18.

caída vertiginosa del marco. Los acreedores hipotecarios damnificados buscaron por su parte, atraer la opinión pública en su favor. Al mismo tiempo, empezaron a idearse nuevas cláusulas de garantía, en las que se estipulaban *standards*, como ciertas mercaderías de valor constante, dejando de lado el marco papel como unidad de cuenta.

La acentuación de la crisis, la depreciación inverosímil de la moneda alemana y el clamor de los acreedores hipotecarios, hicieron al fin imperioso un cambio en la actitud de la jurisprudencia, e impusieron el principio de la revaloración. Como quiera que el legislador no intervenía, intervino al fin la jurisprudencia. Siguiendo el precedente de las decisiones del Tribunal territorial superior de Darmstadt, que tomaban una nueva posición frente a la regla "marco igual marco", el Tribunal del Reich se pronunció en la sentencia del 28 de noviembre de 1923, en favor de la procedencia en derecho, de la revaloración de los créditos derivados de contratos de mutuo garantizados con hipoteca, en atención a la profunda desvaloración del dinero papel alemán (v. Ennecerus, Tratado de Derecho Civil, t. II vol. 1, pág. 40). Se basó jurídicamente la revaloración de los créditos así admitida, en el art. 242 del B. G. B. "El deudor —dijo el Tribunal— debe cumplir la prestación conformándose a la costumbre, con exactitud y buena fe. *El pago de un préstamo efectuado en moneda sana, con papel moneda sin valor, es manifiestamente contrario a la equidad y a la buena fe*; si el acreedor ha consentido un préstamo en hipoteca, ha sido con la certeza del reembolso; pertenece en consecuencia al juez, fijar la "Aufgeld" que debe pagar el deudor, para lo cual se tendrá en cuenta la situación de fortuna de las partes, el aumento de valor del inmueble gravado y los beneficios que el deudor ha realizado con el préstamo". (87).

En fin de cuentas, la evolución jurisprudencial emanada de las transformaciones económicas consecutivas a la inflación, ha conducido en Alemania a concederle al juez el derecho de intervenir en los contratos en la medida en que esa intervención es imperativamente impuesta por la noción de buena fe.

e) *Legislación revalorista*. La liberalidad con que empezaron a acogerse las demandas de revaloración a partir de la sentencia aludida del Tribunal del Reich y la falta de uniformidad en el criterio de los distintos Tribunales, llegaron a consti-

(87) A. D. Schoo.—Ob. cit., pág. 288.

tuir pronto un peligro para la estabilidad económica del país e hicieron ver la necesidad de una interpretación legislativa que encauzara la política revalorista e impidiera la anarquía judicial. Se había establecido en Alemania, el año 1924, en ejecución del plan Dawes, un nuevo sistema monetario, con la adopción del *Reichsmark* como unidad, cuyo valor fué fijado en tres millares de los precedentes marcos depreciados. A partir de entonces el Gobierno, en uso de sus plenos poderes, empezó a promulgar algunas ordenanzas fijando tasas para la revaloración de las diversas clases de créditos hasta que expidió, el 16 de julio de 1925, una ley general que reglamentaba la revaloración de las deudas hipotecarias y de los seguros, en un 25 % del valor de los antiguos créditos, fijando su monto en marcos oro (*Goldmark*) — moneda de cuenta de 1/2790 kilo de oro fino— y no en reichsmarks, a fin de proteger a los acreedores contra cualquier nueva depreciación. Los créditos no contemplados en la ley quedaron sometidos a los principios generales desprendidos por la jurisprudencia. Otra ley del 18 de agosto de 1925 reguló el derecho de los jueces para fijar la tasa de revaloración de las deudas alimenticias.

La doctrina de la revaloración impuesta así por la jurisprudencia y reconocida más tarde por la ley, "ha quedado tan arraigada en Alemania, que años más tarde acordó a los acreedores de moneda extranjera depreciada, una compensación de acuerdo a las circunstancias y exigencias de la equidad, solución criticable según Nussbaum, por la gran cantidad de conflictos dudosos que puede ocasionar" (88).

f) *Revisión judicial de los contratos afectados por la crisis de 1930.* La crisis económica de 1930 planteó nuevamente la cuestión de la revisión de los contratos, ya no por razones de orden monetario, sino del desequilibrio general de las condiciones económicas. Las empresas solicitaron la reducción judicial de los salarios pactados en contratos de locación de servicios en épocas de prosperidad, así como la de las pensiones pagadas conforme a esos mismos contratos. El Tribunal del Reich, en una decisión del 30 de abril de 1935, reconoció el derecho del juez de modificar las retribuciones contractuales. Esta decisión, que deja aparecer distintamente las recientes concepciones jurídicas a-

(88) A. D. Schoo.—Ob. cit., pág. 289.

lemanas, remarca que el viejo principio *pacta sunt servanda* no vale sino con la restricción natural que se desprende del art. 242 del B. G. B. a saber, que el contenido de la prestación, en su género y en su extensión, es función de las nociones de *buenafé y de costumbres*. Desprende también el Tribunal esta facultad de reducir salarios y pensiones en contratos de larga duración de la naturaleza especial del contrato y del deber especial del empleado de no llevar a la empresa a la ruina o de comprometer su existencia.

Debe tenerse presente, por lo demás, que la jurisprudencia al apoyar las *modificaciones de las prestaciones contractuales* sobre el art. 242, no procede por sí misma, aparentemente al menos, a la modificación del contrato. Determina sólo cómo debe ser fijado el contenido del convenio atendiendo a la noción de buena fe. Pero es manifiesto que se trata de una manera de presentar las cosas, nacida del deseo de encuadrar el poder de revisión del juez con la ley escrita. Práctica y económicamente, esta jurisprudencia equivale al reconocimiento del derecho del juez para revisar el contrato, bajo ciertas condiciones, apartándose de la convención de las partes.

En otra serie de casos la jurisprudencia ha sentado un nuevo concepto de la lesión al estímulo —según Volkmar— de las concepciones nacional-socialistas, que han acrecentado considerablemente la importancia de la noción de buenas costumbres. El nacional-socialismo ha hecho de la regla según la cual el interés general prima sobre el particular, la norma fundamental de la vida en sociedad. De ahí la importancia particular que ha tomado en Alemania recientemente la cuestión de saber en qué medida la inmoralidad de ciertas especulaciones repercute sobre el contrato entero. La redacción del art. 138 hizo nacer la cuestión de si en los contratos sinalagmáticos era suficiente para hacer aparecer un contrato como inmoral, la sola desproporción entre las prestaciones o si, en razón de lo dispuesto en la segunda parte del mismo artículo, semejante acto jurídico no era nulo sino a condición de comprobarse previamente la explotación de la penuria, de la ligereza o de la inexperiencia de la parte lesionada. Esta dificultad ha dado lugar a una decisión de principio del gran Senado civil del Reichsgericht del 13 de marzo de 1936, que formula el interesante principio: "Cuando en un acto jurídico, la prestación y la contra-prestación son manifiestamente desproporcionadas, pero hacen falta las otras condiciones de la

lesión, este acto es nulo en virtud del art. 138 párrafo primero, *si se comprueba, además de la desproporción de las prestaciones, sentimientos tales en la parte que pretende ventajas exageradas, que el acto según su contenido, sus motivos y su fin, es contrario al buen sentido popular (gesunde Volksempfinden)*” Ya no hace pues falta para que exista lesión, la explotación consciente de la penuria de otro. Basta, según este fallo, para incurrir en nulidad, que el contratante haya podido darse cuenta, de haber prestado alguna atención, que su co-contratante no ha concluido un contrato tan desventajoso para él, sino bajo la presión de los acontecimientos. Algunas veces no se ha considerado nulo el convenio íntegro y el juez se ha limitado a suprimir las estipulaciones contrarias a las buenas costumbres o a modificarlas inspirándose en la noción de buena fe.

En materia de *intereses usurarios* se han apreciado las situaciones, en aplicación del art. 139 del B. G. B. —con el que concuerda el art. 1127 de nuestro Código— preguntándose lo que habrían hecho en tal caso contratantes honestos y razonables. Cuando desde este punto de vista parecía razonable imponerle al acreedor el mantenimiento del préstamo a pesar de la reducción de intereses, en vez de anular el acto entero como contrario a las buenas costumbres, el juez ha procedido a una reducción apropiada de la tasa de intereses.

La cuestión de la revisión se ha planteado también a propósito de préstamos contraídos durante el período de prosperidad que precedió a la crisis de 1930, a una tasa de interés apropiado en esa época, pero que a consecuencia de la crisis económica aparecía como muy pesada para el deudor.

El Tribunal Regional de Saarbrücken, en una decisión del 30 de marzo de 1936, ha estimado como contrario a la buena fe el mantenimiento por el acreedor de la antigua tasa sin tener en cuenta la situación económica nueva (art. 242 B. G. B.). “Todo derecho, dijo el Tribunal, encuentra su límite en la noción de buena fe. *El ejercicio de un derecho, aún contractual, deviene inadmisibile cuando se persigue en una época en que las concepciones y las circunstancias sociales y económicas han cambiado completamente*”. En nombre de estas ideas el interés pactado al 12 % en 1928, se redujo al 6 % a partir de 1934.

g) *Legislación de emergencia motivada por la crisis de 1930.*—Las leyes de emergencia han contribuido en Alemania,

a la afirmación de la teoría de la imprevisión y de los principios revisionistas amparados por la jurisprudencia.

Un decreto del 6 de octubre de 1931 reglamentó la disminución de los salarios, que ya venían determinando los tribunales, a consecuencia de la crisis económica. A partir del año 1932 una serie de leyes y ordenanzas abrieron nuevo campo a la revisión de los contratos por el juez, en materia de prórroga de créditos hipotecarios, de reducción de intereses en estos mismos créditos y de modificación de las obligaciones en los contratos de locación rústica y urbana.

La ley de protección del trabajo nacional, del 20 de enero de 1934 permite, bajo ciertas circunstancias, a los obreros o empleados oponerse a ser despedidos, aún cuando la despedida sea en sí lícita. En semejante caso la jurisdicción del trabajo puede condenar al patrón a revocar la despedida o a entregar una indemnización no prevista, cuando esa despedida hiera la equidad por su rigor y no se encuentre impuesta por la situación de la empresa.

h) *Consideraciones generales.*—Se discierne, a través del cuadro general descrito, la trascendental evolución del derecho de obligaciones que se opera en Alemania. El juez ya no tiene por misión, solamente, aplicar, por vía de razonamiento, la ley positiva a cada caso. Le incumbe una *función activa* en los contratos, con la posibilidad de intervenir atendiendo a consideraciones económicas y colectivas.

El profesor Volkmar, en su precitado informe presentado a la Sociedad de Legislación Comparada, juzga las cosas de la siguiente manera: "La nueva Alemania ha substituído a las ideas liberales la noción de la colectividad nacional socialista. Las partes no aparecen ya como adversarios que dentro de los límites trazados por la ley, pueden dar libre curso a su egoísmo, sino como compañeros asociados en vista de la realización de un fin fijado de común acuerdo. De semejante acuerdo resulta un *deber de fidelidad* (Treupflicht), acrecentado para ciertos contratos, tales como el de locación de servicios... *El futuro derecho de las obligaciones estará fundado sobre el deber de fidelidad recíproco de las partes*... Es bien entendido que el deber de fidelidad recíproca impone, en primer término, un respeto riguroso a las convenciones. No sería conforme al espíritu nacional-socialista admitir, en regla general, la cláusula *rebus-sic-stantibus*. Incumbe a las partes, como regla general, reflexio-

nar de antemano en las dificultades que podrían oponerse a la ejecución del contrato; y la mayor parte de las veces será justo y conforme al fin del contrato hacer soportar la modificación de la coyuntura a aquel que está obligado a hacer la prestación... El Estado no puede descargar a las partes de este riesgo... Resulta del deber de fidelidad que cada parte, en semejante caso, debe realizar sacrificios, aún importantes, para llegar a la ejecución integral del contrato. *Pero el deber de fidelidad es recíproco.* El acreedor debe también miramientos a su deudor. Si la modificación de la situación es profunda e imprevisible —como fué el caso con la inflación y la desvaluación de las monedas— podrá ocurrir que los sacrificios impuestos al deudor sean tales, que el respeto absoluto a la letra del contrato contravenga el deber de fidelidad debido al acreedor por el deudor. Para semejantes casos, el futuro derecho de obligaciones deberá contemplar, a título de regla de principio, el derecho para el juez de intervenir en los contratos y, al mismo tiempo, delimitar con nitidez esa prerrogativa". (89).

Vislumbra Volkmar la aparición de una nueva concepción, que él llama *dinámica*, en el derecho contractual. "La concepción del Código Civil —escribe— era ante todo estática: ella tomaba la situación acabada como punto de partida y la consideraba como definitiva; al contrario, la concepción dinámica no se funda sobre la substancia, sino sobre la fuerza; ella contempla las relaciones jurídicas bajo el ángulo del devenir y no de lo estancado".

Así planteada, la cuestión de la revisión judicial de los contratos resulta extraña a la de saber si conviene abandonar o restringir el principio *pacta-sunt-servanda*. Porque si se admite que la relación contractual es susceptible de modificarse en nombre del deber de fidelidad y bajo el imperio de circunstancias excepcionales, el que le pidiera al juez que tuviera en cuenta estas circunstancias no contravendría al contrato, sino que estaría pidiendo, al contrario, su ejecución normal.

En su esbozo del derecho futuro, va aún más lejos el profesor Volkmar. Ese derecho deberá conferir al juez el poder de revisión no sólo en los casos excepcionales en que está en juego el interés económico de las partes, sino también *cuando la convención parezca dudosa frente a los intereses de la colectividad*. "La eficacia de un contrato —concluye Volkmar— no debe ser

(89) M. Volkmar. — Ob. cit., pág. 29.

puesta en duda solamente en los raros casos de contravenciones groseras a las buenas costumbres, sino también cuando, al tiempo de la conclusión del contrato, una voluntad individual haya afectado el *sentimiento popular*, de suerte que la generalización de tal actitud pudiera comprometer las bases de la vida colectiva alemana (intereses exagerados, imposición por la parte económica más poderosa de cláusulas injustas y antisociales). Y para alcanzar el fin de renovación moral que persiguiría el nacional-socialismo, debería autorizarse al juez a suprimir únicamente aquellas cláusulas infectadas de inmoralidad, o a moderar su contenido. La nulidad del contrato no debería ser sino excepcional". (90)

Hay en estas enjundiosas ideas del profesor Volkmar —que aquí no podemos sino bosquejar— ricos elementos para un nuevo cuerpo de doctrina, a la vez que una elocuente demostración de los atrevidos senderos por los que se encaminaba en Alemania el derecho de obligaciones, al estallar la guerra en Europa en septiembre de 1939.

B.—Suiza.

a) *Los códigos*.—El Código Civil Suizo de 1907 y el Código Federal de las Obligaciones de 1911 —puestos ambos en vigor a partir del 1.º de enero de 1912— contienen algunas disposiciones que sin llegar a quebrantar el valor de la palabra empeñada, manifiestan una *tendencia a flexibilizar la ley del contrato* y a dotar al juez de extraordinarias facultades.

Se destaca, en primer término, el art. 2.º del Código Civil, concebido en estos términos: "*Cada uno debe ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fé. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley*". El art. 4.º del mismo Código prescribe al juez, cuando la ley somete algún punto a su poder de apreciación, aplicar las reglas del derecho y *de la equidad*.

En el Código de Obligaciones llama la atención, ante todo, el art. 2.º que atribuye al juez la función —no reconocida en términos generales por ninguna otra legislación— de regular los puntos secundarios de los contratos, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, cuando las partes se han puesto de acuerdo

(90) M. Volkmar. — Ob. cit., pág. 30.

sobre todos los puntos esenciales pero no llegan a ponerse de acuerdo sobre los secundarios.

El art. 21 del C. de O. manifiestamente inspirado en el art. 138 del Código alemán, admite la rescisión por lesión en los contratos bilaterales, en caso de "*desproporción evidente*" entre la prestación y la contraprestación y cuando ha habido explotación de la penuria, de la ligereza o de la inexperiencia del contratante lesionado. Hay pues, a la vez, una condición objetiva y otra subjetiva para la lesión.

El art. 163 del C. de O. prescribe que el juez debe reducir las penas estipuladas para el caso de la inejecución del contrato, cuando las estime excesivas.

El art. 269 del C. de O. permite rescindir las locaciones de inmuebles a término fijo antes de su expiración, si sobrevienen circunstancias graves que hacen a uno otro contratante la ejecución "*intolerable*"; debiendo observarse los plazos previstos por la ley y ofrecerse a la otra parte un resarcimiento completo.

El art. 545 del C. de O. faculta para demandar la disolución de una sociedad por "*justos motivos*", antes del término fijado por el contrato.

El art. 352 del C. de O. permite al empleador y al empleado apartarse inmediatamente del contrato de trabajo por "*causas justas*".

En fin, el art. 373 del C. de O. relativo al *contrato de empresa a destajo*, autoriza expresamente la revisión del contrato por el juez, en provecho del empresario, por cambio de circunstancias. Dice así dicho artículo, que el Código polaco reproduce bajo el número 490: "*Empero, si la ejecución de la obra es impedida o llega a ser difícil en demasía debido a circunstancias extraordinarias imposibles de prever o que escaparan a las previsiones que han admitido las partes, el juez podrá, en virtud de su facultad de apreciación, acordar bien un aumento del precio estipulado, bien la rescisión del contrato*". El legislador, al redactar este artículo, tuvo en cuenta casos especiales que se habían presentado antes de la redacción del Código; como fueron ciertos trabajos a destajo, de perforación de túneles, en los que las previsiones técnicas sobre la naturaleza del terreno resultaron equivocadas, dando lugar a acciones sobre aumento de precio, de los empresarios expuestos a la ruina.

Del conjunto de estas reglas puede inferirse que, en la ley suiza, el principio de la fidelidad del contrato está dominado por

el principio superior de la buena fe, y que en el caso de cambios profundos e imprevisibles, *es favorable esa ley a la modificación de los contratos*.

b) *Actitud de la jurisprudencia hasta 1933*.—A pesar de que Suiza, durante la pasada guerra, no sufrió del fenómeno de la depreciación de su divisa monetaria, el conflicto bélico causó serias perturbaciones en su vida económica, habiendo provocado cambios graves para los deudores obligados a prestaciones futuras. Frente a tales perturbaciones, los tribunales suizos, alentados por el ejemplo de las jurisprudencias alemana y austriaca, no dudaron en reconocerse, en ciertos casos aislados que se presentaron, el poder de anular o modificar los contratos, lo que han aprobado los autores. El legislador no tuvo por eso necesidad de intervenir con leyes especiales durante la guerra ni después de ella. Suiza no ha conocido ninguna ley que se parezca a la ley Failliot de Francia.

En general y, como lo anota Simonius, los Tribunales y, sobre todo la Corte Federal, han usado de su poder con prudencia. "Los jueces —escribe— han cuidado de que la anulación o la modificación de los contratos no devenga un medio para el deudor de mala fe de desembarazarse de un vínculo que se revelaba desventajoso. Eso lo prueba el hecho de que *los casos de rechazo de demandas de revisión hayan sido mucho mas frecuentes que los de admisión de esas demandas*". (91).

Hay, por lo demás, cierta falta de dirección precisa en la jurisprudencia revisionista suiza. A veces lo que parecía sentado por un fallo, ha sido abandonado en el siguiente. El punto de partida de esa jurisprudencia ha sido la ley, en particular el art. 2.º del C. de O., apoyado en algunos otros de los artículos del mismo cuerpo de leyes. No obstante, en muchos fallos se revive la antigua teoría de la cláusula subentendida *rebus-sic-stantibus*, que coloca el problema sobre el movedizo terreno de la interpretación de la voluntad.

Emile Thilo presenta una selección de ejecutorias del Tribunal Federal expedidas a partir del año 1919, que dan una cabal idea de la manera de proceder de los jueces suizos. (92).

En su examen distingue Thilo dos períodos de la jurisprudencia

(91) A. Simonius. — La révision des contrats en Suisse. — Travaux de la Semaine Internationale de Droit. — Paris 1937, pág. 175.

(92) Emile Thilo. — La révision des contrats par le juge en Suisse. — Travaux de la S. I. de D. — Paris 1937, pág. 121.

dencia en su país. El primero abarca del año 1919 al año 1933. En el segundo se señala una nueva orientación y comprende ejecutorias que van del año 1933 al año 1936.

En el primer periodo anotado, la jurisprudencia se manifestó contraria a admitir la teoría de la *cláusula* como causa general de rescisión o de revisión. Su tendencia fué a rehusarla y sólo excepcionalmente admitió demandas de extinción o modificación de obligaciones.

En el caso Huni y Cía. c/ Stampenbach se autorizó al locador, conforme a un contrato por 9 años concluido antes de la guerra que comprendía la calefacción, a aumentar el alquiler atendiendo al alza extraordinaria del carbón. Se estimó que la obligación de suministrar calefacción era análoga a la del empresario a quien el art. 373 autoriza a pedir un aumento de precio o la rescisión en caso de dificultades excesivas no previstas.

Restringiendo el alcance del anterior fallo, dijo el Tribunal en otro caso análogo: "No es sino a título completamente excepcional que la cláusula *rebus-sic-stantibus* puede ser aplicada en derecho suizo. Está en el espíritu general del Código de Obligaciones atenerse al adagio *pacta-sunt-servanda* y una aplicación por analogía del art. 373 del C. de O. a otros contratos, debe hacerse con una extrema prudencia, si no se quiere afectar seriamente la seguridad de las transacciones". De acuerdo con estas mismas ideas, el Tribunal rehusó una demanda de aumento de pensión formulada por una divorciada, diciendo que "la demandante no puede invocar la *cláusula*, porque ésta no tiene alcance sino en el dominio del derecho de obligaciones, en el que su aplicación puede justificarse por analogía con el art. 373 del Código de Obligaciones". (93).

Después de exponer otros casos, Thilo infiere de las soluciones de la jurisprudencia suiza de 1919 a 1933, los principios y conclusiones siguientes:

1) El derecho suizo no reconoce la cláusula *rebus-sic-stantibus* como una causa general de extinción de obligaciones contractuales. En principio, *pacta-sunt-servanda*.

2) Excepcionalmente, el juez puede tener en cuenta los cambios sobrevenidos después de la conclusión del contrato y suprimir o modificar las obligaciones del deudor. Para este efecto se inspirará: a) en las reglas de la buena fe que deben ser ob-

(93) E. Thilo. — Ob. cit., pág. 125.

servadas en el ejercicio de no importa qué derecho (art. 2.º C. C.); b) en el hecho de que hay una imposibilidad relativa de la ejecución de la obligación, imposibilidad no imputable al deudor (art. 119 C. O.); c) en la analogía con la disposiciones legales que permiten rescindir o resolver unilateralmente ciertos contratos en caso de sobrevenir acontecimientos extraordinarios (art. 373 contrato de empresa, 352 contrato de trabajo, 545 sociedad, 83 insolvencia del deudor).

3) No pueden ser anulados *ex tunc o ex nunc*, o modificados, sino los contratos bilaterales, concluidos a largo plazo; la concepción de la *cláusula* no juega sino cuando el transtorno económico ha perturbado el equilibrio entre la prestación y la contraprestación, sub-entendido por las partes.

4) Las circunstancias nuevas deben ser imprevistas, imprevisibles, extraordinarias; y deben tener como consecuencia hacer aparecer la prestación del deudor como del todo diferente de lo que fué estipulada al celebrarse el contrato; ellas deben, además, volver la ejecución del contrato tan onerosa para el deudor, que mantener las obligaciones contractuales traería su ruina o sería contraria a la buena fe comercial.

5) El juez que modifica el contrato debe preguntarse lo que las partes habrían estipulado si hubieran previsto el verdadero curso de las cosas.

6) El carácter aleatorio del contrato es un motivo para rehusar el beneficio de la cláusula.

c) *Orientación de la jurisprudencia a partir de 1933.*— A partir del año 1933, se señala una nueva orientación en la jurisprudencia suiza, con el fallo recaído en el caso Rogenmoser c/ Tiefendrund. Se demandaba la reducción del alquiler en un contrato por quince años celebrado en 1930. Invocaba el locatario la disminución de su renta y la crisis. El Tribunal Federal rechazó la demanda de revisión fundándose en que una desproporción entre las prestaciones, aún excesivas, no basta. Es preciso que el acreedor *abuse* de la penuria del deudor, a consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y que su actitud intransigente equivalga a una explotación usuraria del deudor. Fué porque no estimaba esta condición realizada que el Tribunal Federal rechazó la demanda de revisión.

El juez suizo abandonaba en este fallo el argumento de la ruina del deudor como causa de revisión, pero se alistaba a intervenir en nombre del principio superior de la buena fe. El fac-

tor subjeivo, la excepción *deficientis pecuniae* no es motivo válido. Pero en una pequeña frase del fallo que cita Thilo, se reprocha al demandante no haber demostrado que los alquileres en general habían bajado sensiblemente. Luego, si aquello se hubiese establecido, la decisión tal vez habría sido diferente. El contrato le habría procurado al acreedor una ventaja que, dado el cambio de la situación, ningún otro contrato le habría garantizado. Un provecho de ese género, sacado del contrato en detrimento del deudor pudo ser considerado como ilegítimo, porque no sería debido sino al transtorno económico sobrevenido posteriormente. Habría sido posible ver en la pretensión a un tal enriquecimiento, una explotación usuraria del deudor, un abuso manifiesto de su derecho. El fallo se refiere, a este propósito, al art. 21 del C. de O. concerniente a la lesión contemporánea al contrato, y concluye que de la misma manera que la explotación de la penuria del deudor en el momento del contrato trae la posibilidad de una rescisión, la explotación de su penuria a consecuencia de acontecimientos sobrevenidos después de la conclusión del contrato, debe permitir la revisión. Esta invocación del art. 21 del C. de O., presenta el grave inconveniente— como lo advierte Simonius— de restringir a los contratos bilaterales la posibilidad de revisión, desde que dicho precepto no contempla sino aquellos contratos.

Thilo resume las soluciones de la jurisprudencia suiza a partir del año 1933, de la siguiente manera: "El principio de la fidelidad al contrato está dominado por el principio de la *buena fe*. El juez debe inspirarse en las reglas dictadas para impedir la lesión de un contratante por otro (art. 21 C. de O.). Examinará si la actitud del acreedor que exige la ejecución del contrato, tal como ha sido concluido, viene a significar explotar de una manera usuraria el desequilibrio manifiesto y excesivo, provocado entre la prestación y la contraprestación por el curso imprevisto, imprevisible y extraordinario de los acontecimientos, sin el hecho y la culpa del deudor. El juez verá si el aligeramiento acordado a uno puede ser puesto a cargo del otro, y tendrá en cuenta los riesgos del contrato". (94).

La evolución de la jurisprudencia suiza demuestra que el juez, en el deseo de mantener cierto equilibrio entre las prestaciones de las partes, ha aplicado, flexibilizándolos, los principios

(94) E. Thilo. — Ob. cit., pág. 132.

que rigen la rescisión de los contratos por causa de lesión, modificando a veces el contrato, en vez de anularlo. "Este sentimiento de igualdad y de equidad —termina Thilo— este espíritu de justicia, han llevado al Tribunal Federal a intervenir para impedir la lesión flagrante, la explotación usuraria de una parte por otra. El juez suizo se ha inspirado así de un precepto primordial que muy probablemente la moral cristiana ha dictado a las conciencias y que ha acabado por jugar un rol importante en las legislaciones civiles, el precepto *neminem laedere suum cuique tribuere*. (95).

La acogida prestada por la jurisprudencia suiza a la teoría de la imprevisión tiene particular importancia si se atiende a la influencia ejercida en el derecho contemporáneo por el Código suizo de obligaciones. China y Turquía lo han adoptado, reproduciéndolo con ligerísimas modificaciones. Modernas modificaciones, como la brasilera y la nuestra, así como el proyecto argentino, reconocen en el Código suizo una de sus fuentes de inspiración.

C.—Inglaterra.

A Inglaterra, lo mismo que a los Estados Unidos, hay que considerarla en un lugar aparte entre los países revisionistas, en razón del carácter propio del derecho de obligaciones dentro de su sistema jurídico basado en la costumbre. Por el mismo motivo, las intervenciones judiciales y legislativas ocurridas en Inglaterra en la vida de los contratos no tienen para nosotros el mismo valor de modelo que las de los países de sistema codificado; pero, con todo, sirven para ilustrarnos, en el terreno del derecho comparado, sobre la notable analogía que guardan las soluciones anglo-sajonas con las de otros sistemas, en medio de la crisis por la que atraviesa, en todo el mundo, la teoría general de los contratos.

Los tribunales ingleses permanecen adheridos al principio de la santidad de los contratos, como conviene a un país de comerciantes; pero en presencia de ciertas situaciones, ese principio viene sufriendo algunas relajaciones, aunque sin seguir una línea de conducta muy precisa. Para comprender esas derogaciones en todo su valor, conviene considerar que en el derecho

(95) E. Thilo. — Ob. cit., pág. 132.

inglés la fuerza mayor no exonera al obligado. La noción del *act of God* tiene un sentido restringido, ligado a la idea de acontecimientos sobrehumanos y catastróficos, de orden principalmente marítimo. No obstante lo cual, los jueces ingleses en ciertos casos excepcionales, han exonerado de su obligación al deudor en atención a la pérdida del objeto, a la no realización de un acontecimiento determinado o al cambio de una situación, revisando o rescindiendo el contrato y llegando al mismo resultado que las legislaciones que exoneran de pleno derecho al deudor por la imposibilidad debida a fuerza mayor.

Veamos cómo se ha producido tan interesante evolución.

a) *Evolución histórica del concepto de fuerza mayor.*— El derecho inglés,—como lo anota Lévy Ullmann—(96) comporta una concepción *formalista y objetiva del contrato*, opuesta a la individualista y subjetiva. Resulta de allí *un riguroso deber de ejecución*. El juez debe abstenerse de *buscar las intenciones*, “pues ni el diablo mismo conoce las intenciones”. Traduciendo estas nociones, el art. 297 del Digesto de Derecho Civil Inglés de Jenks dice: “Un contrato cuya ejecución es posible, en derecho como en el hecho, al tiempo de su conclusión, pero que deviene imposible posteriormente sin la culpa de las partes, permanece válido”. (97). La intervención no se justifica para socorrer a la víctima de un contrato, sino para sancionar al que hubiese faltado al *fair play*.

Hasta mediados del siglo XIX, el derecho contractual inglés estuvo dominado por estas ideas de plena libertad, a la vez que de plena responsabilidad, siempre que se tratase de mayores. El juez, llamado a declarar el derecho según la costumbre o el precedente judicial, es decir, según la *common law*, mantuvo con severidad aquellas directivas, que apenas comportaron dos excepciones en los siglos XV y XVII: una en favor de los hosteleros y otra en favor de los empresarios de transportes por los objetos que se les confiaban y que eran destruidos por actos de Dios o por actos de guerra (“By act of God or by the King’s enemies”).

La decisión tipo, el *leading case* de esa jurisprudencia inaplazable, la constituye la sentencia pronunciada en el año 1647

(96) Lévy-Ullmann. — L'impossibilité d'exécution en droit anglais. — Annales de Droit Commercial. — Paris 1922.

(97) E. Jenks R. W. Lee. — Digest of English Civil Law — London, Butterworth ed.

en el juicio *Paradine c/ Jane*, que citan todos los manuales de derecho inglés. Se promovió el juicio por *Paradine*, propietario de tierras, que reclamaba de su arrendatario *Jane* el pago de la renta. Este pidió que se le exonerara del pago por cuanto las tierras habían sido assoladas por un ejército enemigo. La Corte rehusó la fuerza mayor y condenó al arrendatario a pagar la renta. Para justificar tal rigor el Tribunal distinguió entre obligación legal y obligación contractual y dijo que siendo la del arrendatario de esta última naturaleza y no habiéndose premunido contra el riesgo que invocaba, debía soportarlo, por pesado que fuera.

El único procedimiento que permitió mitigar, en algunos casos, la rigidez de la *common law* fué la regla del sistema denominado "*Equity*" que aplicaba la Corte de la Cancillería. Según esa regla no debía ser permitido el ejercicio de un derecho legal si de él debiera resultar virtualmente, si no ostensiblemente, la necesidad para el Tribunal de ayudar en un intento de fraude contra el demandado.

La Corte de la Cancillería elaboró un cuerpo de doctrina muy curioso, que muchas veces contradecía los procedimientos sometidos a los tribunales reales que aplicaban la *common law*. Adoptó la *Equity*, en todo caso, el carácter de un verdadero Apéndice del *Common Law*, llenando sus lagunas y corrigiendo abusos, hasta que, en 1873, se refundieron ambas jurisdicciones. Hoy todos los jueces pueden aplicar tanto los principios del *common law* como los de la *equity*.

b) *Excepciones al rigor de la ley contractual y admisión de la imprevisión*.—Gracias a la influencia de la *equity*, y a la ayuda de teorías flexibles e ingeniosas, como son las de la presunción, de influencia indebida (*undue influence*) en materia de lesión, de la previsión razonable (*valuable consideration*) y, en fin, de la frustración de la aventura (*frustration of adventure*) en materia de fuerza mayor e imprevisión, los tribunales ingleses han llegado a admitir excepciones al rigor de la ley contractual.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX el juez inglés, cuya repugnancia a buscar intenciones ya conocemos, se entrega a una interpretación del contrato, buscando si existe intención presumida que justifique la imposibilidad de ejecutar. Pero esta interpretación no es la de los contratantes, subjetivamente, sino la de las previsiones o intenciones de un "*reasonable man*", per-

sona extraña al contrato, de donde se sigue que la interpretación del contrato por el juez sigue siendo objetiva. Es el criterio de los *standards*, instrumento jurídico que proporciona a los jueces directivas amplias y flexibles.

La primera decisión derogatoria de las viejas reglas que imponían la ejecución del contrato en cualquiera eventualidad, la constituye la célebre sentencia pronunciada en 1863 en el juicio *Taylor c/ Caldwell*. Una sala, alquilada para un concierto, se incendió antes de que el concierto se realizara y de que el locatario hubiese pagado el alquiler. La Corte juzgó que el locatario debía ser exonerado del pago. Se funda la decisión en la existencia de una cláusula tácita, según la cual la ejecución del contrato dependía de la existencia material del objeto del contrato. Este fallo, expedido por Lord Blackbourn, reputado como uno de los más grandes magistrados de Inglaterra, hace referencias al Digesto y a Pothier, y se resume en la siguiente fórmula: "En los contratos en los cuales la ejecución depende de la continuación de una persona o de una cosa dada, se subentiende una condición, a saber: que la imposibilidad de ejecución proveniente de la desaparición de la persona o de la cosa, excusará la ejecución". (98). Esta fórmula, todavía tímida, debía significar un jalón en la evolución de la jurisprudencia inglesa. Toda una serie de decisiones posteriores dispensan al deudor de ejecutar el contrato en razón de la fuerza mayor (*act of God*) o del hecho del Príncipe (*act of the legislature*). Unas veces se ha admitido como caso de fuerza, liberatoria de la ejecución, el estado de enfermedad; otras se ha aceptado como excusa un acto del legislador, posterior a la celebración del contrato que torna ilegal la obligación del deudor.

Marcando la evolución producida en la noción de *act of God*, asociado hasta entonces a la idea de acontecimientos catastróficos y sobrehumanos, de orden principalmente marítimo, definió el juez James al *act of God*, en el juicio *Nogent c/ Smith* en 1876, de la siguiente manera: "Todo accidente (debido a causas naturales) de que el deudor no puede haber sido preservado por ninguna medida de previsión, de precauciones o de cuidados, que se pudiera estar en el derecho de esperar *razonablemente* de él".

La teoría de la imprevisión, así admitida en el derecho inglés, no hace sino afirmarse, al comienzo del presente siglo, con

(98) G. Roussel. — Ob. cit. p. 217.

las famosas causas de la Coronación (*Coronation cases*). Debido a la repentina enfermedad del rey Eduardo VII, se postergaron las ceremonias de su coronación, transtornándose los concenios de muchas personas que habían alquilado balcones y ventanas para presenciar el desfile del regio cortejo en el día primeramente señalado. Resultaron de allí litigios, sea porque los locatorios rehusaban pagar sus asientos, sea porque reclamaban el reembolso de las sumas pagadas de antemano. Los tribunales extendieron en sus decisiones la teoría de la cláusula tácita, admitida ya en la hipótesis de la existencia prolongada de un cuerpo cierto, al de la existencia prolongada de un acontecimiento particular, tal como el cortejo, que fué considerado como el objeto esencial tenido en cuenta por las partes al tiempo de la conclusión del contrato. Pero con un criterio en cierto modo contradictorio, se resolvió también que los que ya habían pagado sus asientos, en todo o en parte, no podían recuperar lo pagado. (99).

La solución dada a los *coronation cases* acentuó la teoría, admitida desde 1863, de una condición tácita en los contratos que conduce, virtualmente, al reconocimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, posición como anota Niboyet, de veras única.

En los países como Francia, Japón, etc., cuyos tribunales han rechazado la imprevisión, los jueces jamás han pensado en poderla justificar en la interpretación de voluntades. Y en los sistemas revisionistas de Alemania, Hungría, Noruega, Polonia y Suiza, que dan cabida a la imprevisión, las soluciones parecen desprenderse, fundamentalmente, de la noción de buena fe y además, en Alemania, de principios generales de orden superior, como las buenas costumbres.

Avanzando aún más, los Tribunales ingleses en el camino que los llevó a considerar como esencial para el mantenimiento del contrato la subsistencia del objeto primero, y la de ciertos acontecimientos o situaciones después, el Lord Justice Vaughan Willians sentó, en el juicio Krell c/ Hinrg, este principio nuevo: "El juez debe establecer, ante todo, cuál es la substancia del contrato, no solamente con ayuda de los términos del contrato, sino también de las circunstancias que lo rodearon, reconocidas por las dos partes; y, en seguida, plantearse la cuestión de saber si el contrato necesita, por su fundamento mismo, la admi-

(99) Edward Jenks.—El Derecho Inglés.—Madrid 1930, pág. 454.

sión de la existencia de un estado de cosas particular. Según la respuesta que se dé el juez a esta cuestión, admitirá o no la excusa de imposibilidad de ejecución". (100).

A la luz de esta misma interpretación de la voluntad de las partes y apoyándose en una nueva teoría denominada "*frustration of adventure*", los tribunales han liberado de obligaciones contractuales, en vista de retardos en la ejecución debidos a la guerra. Empezada a elaborar por la jurisprudencia desde el año 1870 en materia comercial y, lo más a menudo marítima, la teoría de la *frustration of adventure* ha permitido al juez declarar extinguidos contratos en los que un retardo insólito, debido a fuerza mayor, había frustrado el beneficio que el acreedor de la prestación pensaba retirar de la especulación. El sistema reposa sobre la idea de que si las partes hubiesen previsto el retardo excepcional y sus consecuencias, habrían convenido en que el contrato cesaría en esa eventualidad, dado que a consecuencia del retardo la especulación buscada por las partes quedaría desvirtuada, frustrada. Se asimiló, en suma, el cambio de circunstancias, a la imposibilidad de ejecución.

c) *La jurisprudencia y la guerra de 1914-1918*.—La pro-1918, provocó en Inglaterra mucho menos cuestiones judiciales que en los países del continente europeo, tal vez porque el espíritu práctico de los ingleses se encargó —como lo cree Cardini— (101) de llegar a soluciones amigables extrajudicialmente, infiltrándose en la conciencia colectiva el concepto de que era criminal aprovecharse de esas circunstancias para enriquecerse a costa de otro. Pero, con todo, los litigios que llegaron a los estrados judiciales permitieron a los tribunales nuevos desarrollos de las teorías que venían aplicando.

La Cámara de los Lores, en dos célebres "*War cases*", admitió que "si la imposibilidad de ejecución proviene de una causa que ninguna de las partes pudo razonablemente prever al tiempo de la celebración del contrato, no hay obligación, por salir la materia del dominio de las previsiones". ¡Cuán distante estaba este concepto de la vieja regla de derecho consuetudinario consagrada en el caso *Paradine c/ Jane*!

No escapó a los jurisconsultos ingleses la vaguedad de la noción "previsión razonable" y los peligros que su manejo impor-

(100) Gaston Roussel.— Ob. cit., pág. 218.

(101) E. O. Cardini. — Ob. cit., pág. 107.

taba. Se trató, por eso, de dar un fundamento más jurídico y preciso a la noción de imposibilidad de ejecución. Un juez inglés observó que no bastaba demostrar que un contrato había sido una especulación desgraciada para que una de las partes pudiera ser exonerada de su obligación. Otro, el juez Mac-Natir, propone un sistema según el cual la excusa de imposibilidad no se admitiría sino bajo una doble condición: a) en la medida en que el Tribunal estime que si se hubiese hecho conocer a las partes, al tiempo de la celebración del contrato, la causa de la imposibilidad, ellas habrían exclamado: ello anularía nuestro contrato; y b) que la imposibilidad constituya un obstáculo real a la ejecución, a lo menos de la parte mas substancial de la obligación de una de las partes. El "Digest of English Law" de Jenks-Lee ya citado, traduce esta ideas en el siguiente precepto (art. 297): "Se presume la intención de dispensar de la ejecución en un contrato comercial, si la ejecución ha devenido, sin la culpa de la parte obligada, imposible o tan difícil, que si las circunstancias hubiesen sido previstas, ningún hombre prudente se habría obligado". No cabe admisión mas clara de la teoría de la imprevisión.

d) *Alcance de la evolución de la fuerza mayor.*—Tal es, muy sumariamente esbozada, la actitud de la jurisprudencia inglesa frente a la grave cuestión de la fuerza obligatoria del contrato. Sintetizando la evolución producida en la concepción de la fuerza mayor, escribe Gutteridge, profesor de derecho comparado en la Universidad de Cambridge: "La inejecución es permitida en los contratos de cuerpo cierto si el objeto ha sido destruido después de la ejecución. La inejecución será admitida igualmente si se demuestra que las partes han contratado en vista del mantenimiento de un estado de cosas contemplado por ellas al tiempo de la conclusión del contrato, y ese estado de cosas termina. Las partes son, además, dispensadas, si la ejecución ha sido retardada por una causa imprevista al tiempo de la conclusión del contrato y si el retardo se prolonga de manera a modificar completamente la naturaleza de la ejecución. Pero el solo hecho de que la ejecución se haya vuelto más difícil o que ella arruinaría al deudor, no basta. En fin, si el contrato prevé la eventualidad que ha hecho la ejecución imposible, no hay lugar a aplicar la teoría de la imposibilidad de ejecución". (102).

(102) Gutteridge. — La révision des contrats par le juge en droit anglais. *Travaux de la semaine internationale de droit.* — Paris, 1937, pág. 40.

Piensa Gutteridge que las *reglas imaginadas* para resolver los delicados problemas provocados por las nociones de imprevisión y de imposibilidad de ejecución, no han alcanzado todavía su forma definitiva en derecho inglés. Las intervenciones del juez para impedir las injusticias resultantes de las nociones de lesión y de imprevisión, pecan de empíricas e ilógicas. Es que el sentido práctico, más que lógico, de los ingleses, ha hecho que no se embarcaren con los textos. Para ellos un compromiso vale, muchas veces, más que una solución, por aquello de que "la regla escrita es fija mientras que la sociedad es móvil y la vida cambiante". Por las mismas razones prefieren la *résiliation*, que no tiene efecto sino para el porvenir, a la rescisión.

e) *Jurisprudencia en materia de obligaciones pecuniarias.*

—En materia de obligaciones pecuniarias, interesa anotar la actitud asumida por la jurisprudencia inglesa. Durante el período de inconvención y depreciación motivado por la gran guerra y que duró hasta la ley del año 1925 que restableció la libra esterlina a su antiguo valor, las obligaciones pecuniarias continuaron pagándose en moneda legal, por su valor nominal, sin atender a la depreciación sufrida. Todos los acreedores de obligaciones de dinero soportaron, entonces, las consecuencias de la pérdida de valor de la moneda y nadie pretendió hacer valer ni se debatió en los estrados judiciales, la validez de la cláusula oro u otras estipulaciones de garantía.

Mas a poco de haberse apartado Inglaterra del patrón de oro en septiembre de 1931, suscitáronse varios juicios promovidos por tenedores de bonos de la "Société Belge d'Electricité", compañía extranjera con sede en el extranjero, emitidos en Londres con la estipulación expresa de que, tanto el capital como los intereses, serían pagados "en piezas de oro del Reino Unido de un peso y fino igual o equivalente al de las piezas existentes en septiembre de 1928, fecha de la misión". Reclamaban los tenedores demandantes el cumplimiento de esa cláusula. La Cámara de los Lores, Supremo Tribunal británico, acudiendo una vez más a la *interpretación de la voluntad de las partes* y manteniendo en todo su rigor el principio de la intangibilidad de los contratos, consagró la eficacia de la cláusula oro, en una decisión que habrá de marcar época en los anales de la jurisprudencia inglesa.

La resolución de la Cámara de los Lores, expedida en 15 de diciembre de 1933, revocó, contrariando todas las previsio-

nes, los fallos concordes de primera instancia y de la Corte de Apelaciones y reconoció el beneficio de la cláusula oro a Mr. Feist, ciudadano inglés residente en Inglaterra y tenedor de un bono de 100 libras esterlinas del 5 ½ % de la Sociedad belga demandada, disponiendo que por el cupón semestral de ese bono debería recibir Mr. Feist *el equivalente en moneda corriente de dos libras y quince chelines* de oro, o sea cuatro libras y cinco chelines.

Las resoluciones revocadas planteaban el antagonismo entre la cláusula oro y el curso forzoso; y declaraban que las leyes monetarias se oponían a que 100 libras esterlinas pudieran ser pagadas de otro modo que en 100 libras que tuvieran curso legal en la época del pago.

La Cámara de los Lores elude en su fallo el examen del conflicto entre el curso forzoso y la cláusula oro que la sometían los tribunales inferiores y, haciendo abstracción de las leyes monetarias, considera únicamente el contenido de la cláusula oro a la luz de la interpretación de la voluntad de las partes. El Lord Canciller, Lord Russell of Killowen, después de referirse en su sentencia a las disposiciones de la ley inglesa del año 1925, fundamenta su fallo en las observaciones y consideraciones siguientes, que dan una idea de las reglas de ejemplar buen sentido que presiden las decisiones de la ilustrada magistratura británica.

“Siendo estas las circunstancias y condiciones de aquella época, creo que no es aventurado hacer estas dos suposiciones:

(1) Que la cláusula oro se insertó en las cláusulas 1 y 2 de los bonos contemplando la contingencia de que este país abandonara el patrón de oro en una época futura (como en realidad lo hizo en 1931); y

(2) Que ninguna de las dos partes puede haber contemplado el que el pago previsto en los bonos se hiciera realmente en piezas de oro....

Por esta razón me pregunto yo lo siguiente: Si las palabras de la cláusula oro no pueden haber sido empleadas por las partes en sentido literal, ¿debo ignorarlas por completo y no atribuirles sentido alguno, o debo, si puedo desprenderlo del documento, atribuir a esas palabras algún otro sentido? Ciertamente que este último camino debería ser adoptado, si es posible....

En mi opinión, el propósito puede discernirse de la cláusula 4.º en la cual la referencia a monedas de oro del Reino Unido se ve

claramente que no es una referencia al modo de pago sino a la medida de las obligaciones de la compañía....

De la misma manera considero que al aludirse en las cláusulas 1.^a y 2.^a de los bonos a moneda de oro del Reino Unido de determinado peso y fino, no se está haciendo referencia al modo cómo la Compañía debe cumplir su deuda, sino a los medios mediante los cuales el monto de esa deuda va a ser medido y asegurado. Yo interpretaría, pues, la cláusula 1.^a como significando no que 100 esterlinas deben ser pagadas de cierta manera, sino en forma que significara que la obligación es de pagar una suma que represente el equivalente de 100 libras esterlinas si se pagaran en cierta forma particular; en otras palabras, yo interpretaría la cláusula como si dijera así: Pagar en esterlinas una suma igual al valor de 100 libras esterlinas si éstas fueren pagadas en moneda de oro del Reino Unido o iguales a la unidad de peso y fino existente en el primer día de septiembre de 1928. En igual forma interpretaría yo la cláusula segunda.

Reconozco, mylords, que esta construcción fuerza las palabras del documento y que se acomoda difícilmente con algunas de sus cláusulas.... Pero prefiero esto a la única otra alternativa, a saber, no atribuir sentido alguno a la cláusula oro, o atribuirle un sentido que no puede haber sido la intención de las partes, si se tiene en cuenta otros elementos del documento y las circunstancias que rodearon el acto". (103).

Debe tenerse presente, en el caso resuelto por la Cámara de los Lores, que si bien una de las partes era un súbdito británico residente en Inglaterra, la otra, la Sociedad Belga de Electricidad, era una compañía extranjera con sede en el extranjero. Sería pues impropio deducir de la decisión del Supremo Tribunal británico que la cláusula oro puede tener eficacia entre residentes en Inglaterra. No sabemos que los tribunales ingleses hayan consagrado la cláusula en este último supuesto. (104).

El criterio adoptado por la Cámara de los Lores en 1933, vino a sumarse al de los tribunales de Alemania, de Dinamarca y de Francia, que también habían sancionado la eficacia de la cláusula oro en contratos de carácter internacional. Pero no parece, sin embargo, que la decisión británica vaya a tener la virtud de restaurar el prestigio de la cláusula oro en todos los contratos de carácter internacional y, menos aún, en los inter-

(103) Transcripción de "The Economist" (No. 4713, p. 1221), reproducida en nuestro artículo "La consagración de la cláusula oro en Inglaterra", publicado en la "Revista de Economía y Finanzas", No. 16-17, año 1934.

(104) Schoo, en su libro ya citado sobre "La cláusula oro", menciona otro importante caso de la jurisprudencia inglesa, fallado en primera instancia por el juez

nos. Mientras el caso Feist pendía del fallo de la Cámara de los Lores el propio tesoro británico hizo su oferta de conversión de los bonos del empréstito de guerra emitido en los Estados Unidos, acogiéndose a la legislación americana que, retroactivamente, había abatido la cláusula oro.

Hilbery, de la "King's Bench Division", el 16 de enero de 1936, y en el que se llegó a una solución distinta a la del caso Feist. Aún cuando a la resolución de la King's Bench Division no pueda atribuirse la misma significación que a la sentencia de la más alta Corte de Inglaterra dictada en el caso Feist, creemos útil presentar la situación, por el interés que ofrecen los razonamientos del juez Hilbery. Transcribimos literalmente, a continuación, lo que escribe Schoo sobre el particular.

"La New Brunswick, sociedad canadiense con sede en el Canadá emitió en 1884 obligaciones hipotecarias en libras esterlinas oro que serían reembolsadas el 1.º de abril de 1934. La British & French Trust Corporation, tenedora de varias de estas obligaciones, demandó el pago sobre la base del oro, fundándose en la estipulación contenida en los títulos que preveían el pago de la suma de cien libras esterlinas en moneda de oro inglesa del standard de peso y fino de la época de la emisión, en la ciudad de Londres, con un interés del 5 % pagadero semestralmente en Londres o en el Estado de New Brunswick, a elección del tenedor.

"La validez de la cláusula oro —dice el Justice Hilbery— depende de la forma en que el contrato debe ser interpretado. Teniendo por objeto la convención el pago de una suma de dinero, la cuestión a resolver es la siguiente: ¿la cláusula oro se halla relacionada con la forma de pago de la obligación o con la extensión de la deuda? ¿Tiene por objeto determinar el monto de la suma debida o bien indicar la forma en que el pago deberá ser efectuado? Para responder a esta cuestión, observa el juez, es necesario interpretar el contrato, buscando cuál ha sido la intención de las partes y teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales el empréstito ha sido emitido. "Ahora bien, la cláusula se halla contenido en la obligación, pero no se encuentra en otra parte: no se halla inscripta en los cupones. Lo que encuentro más importante en el título, es el compromiso de pagar cien libras esterlinas; el hecho mismo de que las palabras "en moneda de oro" no figuran más que con respecto a la promesa de pago, indican que se refieren a la manera de acuerdo a la cual el portador será pagado".

"La parte actora invocó, naturalmente, la doctrina sentada en el caso Feist, pero el Justice Hilbery declaró que en la especie la cláusula oro debía recibir una interpretación distinta: Veamos el razonamiento del Juez para llegar a esta conclusión. La Cámara de los Lores estableció en el caso Feist que en 1928, fecha de la emisión de las obligaciones de la Interecomunale: 1.º) Las partes habían podido encargar la eventualidad del abandono del patrón oro en Gran Bretaña, y 2.º) no existían piezas de oro en circulación en Inglaterra; en consecuencia, las partes al insertar la cláusula oro habían entendido premunirse contra la depreciación de la moneda inglesa. Al contrario, en 1884, época de la emisión del empréstito de la New Brunswick, la moneda de oro circulaba libremente y nadie pensaba que la libra esterlina podía desligarse un día del oro. Lo que las partes pretendieron estipular entonces, concluye el juez, es el pago efectivo de cien libras en moneda de oro. Lord Russell, por otro lado, había hecho algunas consideraciones —como ser que la cláusula oro figuraba no sólo respecto al pago de capital sino también al de intereses, que se trataba de una emisión en moneda de oro del Reino Unido, que su interpretación era difícil de conciliar con ciertas estipulaciones contenidas en el documento, etc.— que el Justice Hilbery encuentra inaplicables al caso en cuestión, por lo que prefiere dar a los términos del contrato su sentido "literal y habitual". Tratándose entonces de una cláusula de pago en especies, no puede tener efecto legal alguno en virtud del curso forzoso de los billetes de banco. La sociedad deudora se liberará por tanto válidamente mediante el pago en libras papel de una suma igual al monto nominal de las obligaciones litigiosas y la demanda queda, en consecuencia, rechazada.

f) *Legislación de emergencia.*—La “*emergency legislation*” fué en Inglaterra menos abundante que en otros países beligerantes, durante la pasada guerra mundial. Las leyes del 30 de agosto de 1914, 17 de mayo y 1.º de junio de 1916, establecieron la moratoria de los créditos. Una ley del 10 de julio de 1917 introdujo el principio de la revisión, reconociendo a las Cortes de Justicia el derecho de modificar ciertos contratos y obligaciones, particularmente en lo concerniente a la renta de las locaciones y a los intereses de los préstamos hipotecarios, cuando la ejecución se hubiera vuelto muy difícil o muy onerosa. En la época de la post-guerra se dictaron nuevas leyes sobre alquileres,

“Encontramos criticable la posición adoptada por el Juez Hilbery en este caso. En efecto, una cláusula oro inserta en una convención, ya lo sea en 1884 (emisión de la New Brunswick) o en 1928 (emisión de la Intercommunale Belge) y circulen o no piezas de oro, demuestra una voluntad cierta e indiscutible de las partes de prevenirse contra posibles alteraciones monetarias. Si la estipulación oro existe, no es posible que el juez la ignore y menos que le dé un sentido distinto al de su verdadera esencia y alcance. Para el juez que suscribe la sentencia de la New Brunswick, la obligación de abonar cien libras en moneda de oro inglesa del standard existente a la época de la conclusión del contrato, no tiene otro alcance que el de un pago de moneda específica y no existiendo ésta en circulación al momento del pago, no entraña más que una entrega de libras papel por su valor nominal. Pero para llegar a esto las partes no tenían necesidad de recurrir a la convención oro. Ya hemos visto que la cláusula “moneda de oro” es, en definitiva, una cláusula “valor oro”. La cláusula inserta en las obligaciones de la New Brunswick no importaba una entrega de monedas de oro —como si se tratara de una entrega de mercaderías o de lingotes de oro— sino la fijación de un standard cierto y conocido de valor al cual las partes habían ligado la suerte del contrato. El hecho de que en los cupones no figure la cláusula oro, no puede tener nunca por efecto suprimir la forma de reembolso de capital o alterarlo en forma fundamental.

“La sentencia de la King’s Bench Division que acabamos de considerar no entraña, a nuestro juicio, el alcance de una decisión de principio, desde que la Corte de Apelaciones no se ha pronunciado al respecto, y aún así, quedaría siempre abierto el recurso ante la Cámara de los Lores.

“Jacqueline Reiss sugiere que las decisiones de los tribunales ingleses no se hallan exentas de ciertas consideraciones económicas. La New Brunswick Railway Company, en efecto, ejerce su actividad en el Canadá y percibe todas sus entradas en dólares canadienses, moneda ésta cuya suerte se halla ligada a la libra e igualmente depreciada, de modo que la sentencia del Justice Hilbery puede encontrar algún justificativo en la equidad: la deudora que percibe sus beneficios en moneda depreciada, pagará sus deudas en moneda depreciada. En el caso Feist al contrario, la deudora ejerce su actividad en Bélgica, país que pertenecía a la época del fallo de los Lores al block oro. La Intercommunale percibía sus entradas en moneda de oro y fué condenada a pagar a sus obligatorios en moneda de oro.

“¿Puede establecerse alguna relación entre los casos Feist y New Brunswick? Ni la Chancery Division, ni la Court of Appeal, ni la Cámara de los Lores en el primero, ni la King’s Bench Division en el segundo, han tenido en cuenta si se trataba de sociedades británicas o extranjeras, ni han establecido distinciones entre deudores domiciliados en países del “block sterling” o del “blok oro”. Tampoco han hecho distinción alguna entre contratos internos y contratos internacionales. ¿Cuál es, entonces, el campo de aplicación de la ley inglesa sobre el curso forzoso en relación a la cláusula oro? Evidentemente la respuesta dependerá de la interpretación jurisprudencial y en cuanto a ésta, ya hemos visto la sentencia de fondo dictada por la más alta Corte de Justicia de Inglaterra reconociendo su validez”. (A. D. Schoo, ob cit, p. 239).

tendientes a contener el alza provocada por la escasez de alojamientos. El legislador también ha intervenido para impedir la usura en los contratos de préstamo a interés. Las "Money-lenders' Acts" de 1900 y de 1927, permiten a los tribunales reducir la tasa de interés a un monto razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

D.—*Estados Unidos de Norte-América.*

En los Estados Unidos se ha mantenido firmemente, hasta donde ha sido posible, el respeto al contrato, por dura que pudiera ser su ejecución. Pero esta concepción rígida, propia de un país de fuertes individualidades amantes de la libertad, se encuentra en vías de evolucionar. La doctrina de la imposibilidad de ejecución, más limitada que la de la fuerza mayor en las codificaciones de abolengo romano, tiende a ampliarse desde la pasada guerra mundial. Las decisiones judiciales y las discusiones de los jurisconsultos, acusan el conflicto entre las ideas antiguas y las nuevas.

El sentido de la jurisprudencia norteamericana en esta materia, puede conocerse a través de la reciente codificación privada de los contratos en los Estados Unidos llevada a cabo por el *American Law Institute* bajo el título de "*Restatement of Contracts*".

La idea de la confección del *Restatement* nació de la incertidumbre y de la complejidad que paralizan al derecho norteamericano, a causa de la ausencia de principios directores, de las diferencias de legislación entre los diversos Estados, del gran número de decisiones que sirven de referencia, y de una discriminación arbitraria en cuanto a los *leading cases*. Empezada a elaborar en 1923, la monumental obra del *American Law Institute* sólo ha venido a ser publicada en 1932.

Persigue el *Restatement* simplificar y aclarar, al mismo tiempo que unificar, el derecho interno en materia de contratos, y responde al movimiento de individualización judicial del derecho, esbozado en las modernas codificaciones. Se encuentra en él, a la vez que un cuerpo de soluciones consagradas por la jurisprudencia, un conjunto de principios desprendidos de las tendencias de ciertos tribunales y de fórmulas propias, susceptibles de ser seguidas por las *Courts of Law* y por las *Courts of Equity*. Los autores del *Restatement*

han estudiado cuidadosamente las soluciones consagradas por estos dos órdenes de jurisdicción y cada vez que la posición tomada por las *Courts of Equity* les ha parecido más conforme con la regla moral, no han titubeado ante la adopción del principio más liberal.

La obra del *American Law Institute* tiene para los juristas latinos un valor especial, pues les permite conocer y coordinar, sobre bases bien establecidas, las reglas que gobiernan la técnica jurídica norteamericana en materia contractual. A las soluciones adoptadas por la jurisprudencia de los Estados Unidos no puede dejar de reconocérseles interés. La distancia que separa nuestro sistema jurídico del anglo-sajón, atañe más a la forma que al fondo.

El profesor Gilbert Madray, en su notable obra intitulada "*Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis*", (105) ofrece una versión sintética del *Restatement*, al que compara con el derecho francés, y nos permite discernir lo que hay de esencial en relación con la materia que estudiamos, en la tupida obra del *American Law Institute*.

Veamos, en primer término, el sentido de la jurisprudencia norteamericana con respecto a la extinción de las obligaciones contractuales por imposibilidad de ejecución.

a) *Imposibilidad de ejecución*.—En el *Restatement* se rechaza deliberadamente toda preocupación técnica sobre los problemas que plantea el principio de la imposibilidad de ejecución frente a la cuestión de la intangibilidad del contrato. "Se debe dar al término imposible un sentido práctico más que uno científicamente exacto. Contemplada desde un ángulo práctico, la imposibilidad no es necesariamente la fuerza mayor o el caso fortuito.... La imposibilidad no debe ser tampoco entendida en el sentido de imposibilidad absoluta: una persona que ha aceptado las cláusulas de un contrato de trabajo y que posteriormente cae enferma, no se encuentra en la imposibilidad absoluta de satisfacer su compromiso: será sin embargo, liberada de su obligación si la ejecución del contrato es gravemente perjudicial a su salud.... No habría lugar, de otro lado, a pretender que la ejecución es imposible bajo pretexto de que se tropieza con simples dificultades; hay casos en los que la prestación es más difícil o más pesada que lo que las partes habían creído en el momento

(105) Gilbert Madray. — *Des contrats d'après la récente codification faite aux Etats Unis*. — Paris, 1936.

en que contrataron: la obligación no por eso deja de subsistir”.

¿Cuál es, pues, el criterio que le permitirá a los tribunales norteamericanos, declarar la obligación extinguida porque la ejecución resulta imposible? El *Restatement* ofrece la fórmula siguiente: “cuando los hechos que una de las partes no tenía ninguna razón de prever y a la realización de los cuales no ha contribuido por su culpa, hacen la ejecución de la obligación imposible, la obligación de esta parte queda extinguida, a menos que una intensión contraria no haya sido manifestada en el contrato”. (106) Se requiere, pues, dos condiciones, para que las partes puedan ser dispensadas de la ejecución, por imprevisión: que la imposibilidad no haya sobrevenido por culpa del deudor, y que los contratantes no hayan tenido ninguna razón para prever el hecho en el momento del contrato.

Pero la verdadera cuestión por resolver, como observa Madray, consiste en preguntarse cuándo un acontecimiento, que no ha sido previsto y del que no se ha asumido el riesgo, vuelve o no la ejecución de la obligación, esencialmente diferente (*vitally different*) de lo que aparecía en el momento de la formación del contrato; porque sólo en el primer caso será el deudor liberado de su obligación.

Pues bien, las reglas del *Restatement* para determinar ese carácter del acontecimiento, son las siguientes: “El juez deberá colocarse en el punto de vista práctico... La imposibilidad se comprende *in a business sense*. Se refieren los autores del *Restatement* en este punto, al fallo recaído en el juicio Mineral Park Land Co., c/. Howard. Se había estipulado que una persona tendría la facultad de extraer de un terreno toda la arena y cascajo necesario para la construcción de un edificio, mediante un precio determinado. Después de la conclusión del contrato, esta persona advirtió que la composición del terreno era tal que no podía proceder a la extracción sino efectuando gastos diez o doce veces más elevados que el precio normal: el Tribunal, adoptando una solución análoga a la que autoriza el art. 373 del Código Suizo de Obligaciones, lo liberó de su obligación. (107).

Existe también imposibilidad si, posteriormente a la realización del contrato, una ley declara ilícitas las prestaciones previstas. Hay *impracticabilly* y ello basta.

En fin, y en armonía con lo resuelto en 1863 en el célebre

(106) G. Madray. — Ob. cit., pág. 190.

(107) G. Madray. — Ob. cit., pág. 191.

caso inglés Taylor c/. Caldwell, si la existencia de una persona o de una cosa determinada es necesaria para la ejecución del contrato y esta persona o cosa no existe en el momento en que el deudor debe liberarse de su obligación, el contrato cae, en razón de imposibilidad de ejecución.

El principio formulado en el caso Taylor c/ Caldwell lo ha extendido la jurisprudencia norteamericana, al igual que la inglesa, en una amplia medida. Ha juzgado que ninguna razón decisiva justificaba la limitación del concepto de imposibilidad al caso en que una cosa corporal determinada era necesaria (*tangible specific thing*). La extensión de la imposibilidad práctica la consagra el *Restatement* en la fórmula siguiente: "cuando la existencia de *hechos particulares* otros que cosas o personas determinadas... es necesaria a la ejecución de una obligación contractual, sea según los términos del contrato, *sea en la intención de las partes*, la obligación se extingue si tales hechos no existen posteriormente dentro del plazo de una ejecución oportuna".

El *Restatement* admite con esta noción de la imposibilidad práctica la teoría de la imprevisión. Es una noción particularmente simplista, como lo advierte Madray. Contempla la imposibilidad práctica en sí misma; le atribuye caracteres que le retraen todo rasgo común con la fuerza mayor. La imposibilidad reside en el hecho de que las partes no han previsto al momento del contrato, el acontecimiento que hace la ejecución totalmente distinta de la que había sido descontada y, por esta razón, mucho más onerosa.

La imposibilidad de ejecución ha sido contemplada no solamente en las hipótesis de que se trate de prestaciones futuras: *juega también cuando el deudor debe ejecutar inmediatamente su obligación* (caso Mineral Park Land Co. c/ Howard). La doctrina francesa estima que la desigualdad de las prestaciones releva entonces de las teorías de la lesión, del error o de la causa. De haber tenido que pronunciarse en el caso contemplado, los tribunales franceses sólo habrían podido hacerlo juzgando que había habido error.

b) *La revisión de los contratos por el juez.*—El *Restatement* consagra la libertad del juez norteamericano para intervenir en los contratos, dirigiendo la voluntad de los contratantes. Fundándose sobre la idea de que incumbe a los tribunales la tarea de asegurar la observancia de la regla moral, el *Restatement* reconoce al juez entera libertad para modelar sus resoluciones a

ese fin. Así el juez tiene la facultad de modificar el contrato, si ello es necesario, para que el acreedor no sea dañado. Para justificar esta regla hace notar el *Restatement* que, en ciertos casos, la prestación prometida es muy difícil de ejecutar o bien se ha tornado imposible o ilícita, siendo así que el resultado buscado por el acreedor podría fácilmente alcanzarse por una vía diferente. El Tribunal podrá ordenar, en tal supuesto, el cumplimiento por el deudor de una prestación que no es aquella a que estaba primitivamente obligado. El *Restatement* invoca en apoyo el caso *Kann c/ Wausan Abrasives*. El propietario de una mina de rubis había acordado una opción sobre la mina, con la estipulación de que sería el mismo propietario quien daría informaciones sobre el mineral no extraído. Estimando el Tribunal que era más normal que el comprador eventual hiciera las investigaciones, le acordó esta facultad, contrariando las cláusulas del contrato, a fin de que pudiera ejercitar su opción con toda seguridad.

Otras veces, para proteger al deudor, el juez ha modificado el contrato. Se cita el caso *Nelson c/ Robinson*, en el que la ejecución de una promesa unilateral de venta fué impuesta a condición de que el adquiriente entregara un suplemento de precio, justificado por gastos que habían sido hechos para embellecer el terreno.

También puede el juez, sin llegar a la modificación del contrato, llenar las lagunas que éste presente. Si ocurre que un contrato, deja de lado ciertas disposiciones accesorias que deben ser objeto de un acuerdo ulterior de las partes; si este acuerdo no se realiza y hay un comienzo de ejecución del contrato, el juez suplirá la ausencia de cláusulas de manera de asegurarle al deudor todas las ventajas que tenía derecho a esperar del contrato. fórmula que recuerda la del art. 2 del Código suizo de obligaciones. Muestran estas soluciones cómo el juez norteamericano no queda ligado por el contrato. Las libertades y prerrogativas de que goza parecen exorbitantes a los juristas latinos.

c) *Legislación de emergencia*.—No cabe, dentro de los límites de esta breve referencia al derecho norteamericano frente a la cuestión de la imprevisión en los contratos, entrar a ocuparse de la nutrida legislación de circunstancias dictada en los diferentes Estados de la Unión o por el Gobierno federal durante la guerra y post-guerra de 1914 y con motivo de la última crisis, desencadenada en 1929. Bástenos con saber que, en materia de contratos de *locación*, se dictaron leyes de moratoria y otras, semejan-

tes a las reseñadas en las legislaciones comparadas y leyes que prohibían las *ventas* cuyo precio no alcanzara a los $2/3$ del valor de tasación (New York, Illinois), etc.

La constitucionalidad de una de esas leyes de moratoria, del Estado de Minnesota, fué observada en un juicio que llegó a la Corte Suprema Federal. Se invocaba el precepto constitucional que proclama la inalterabilidad de los contratos. La Corte declaró la constitucionalidad, confirmando la sentencia de la Corte Estatal. El Presidente, Mr. Hughes, en la fundamentación del voto en mayoría hace una distinción sutil entre lo legítimo y lo legal, cuando dice: "la cuestión no es si la acción legislativa afecta a los contratos directa o indirectamente, sino si la legislación está dirigida a un fin legítimo y si las medidas adoptadas son proporcionadas y adecuadas a esa finalidad". (108).

También fué objetada la constitucionalidad de la trascendental ley federal del 5 de junio de 1933, que deroga la cláusula oro en todas las obligaciones públicas o privadas, pasadas, presentes y futuras. La Corte Suprema, con sus resoluciones del 18 de febrero de 1935, ha sancionado los efectos de esa abrogación legal de la cláusula oro.

Tanto la indicada ley como la decisión del Supremo Tribunal norteamericano merecen, por sus proyecciones y significación, que les dediquemos aquí unos párrafos. (109).

d) *Obligaciones pecuniarias*.—Como rezago de las incertidumbres monetarias por las que pasaron los Estados Unidos en el siglo pasado, se hizo de uso tradicional y rutinario en los contratos de mutuo hipotecario y otros a largo plazo así como en los de emisión de ciertos títulos públicos y privados, la inserción de una cláusula en que se precisaba que el reembolso de la suma pactada y el servicio de intereses se efectuaría en moneda de oro del mismo peso y ley de fino que las circulantes en el momento del contrato. Estimábase que las obligaciones que contenían estipulaciones de ese género sumaban alrededor de cien mil millones de dólares, incluyendo cerca de la mitad de la deuda Federal y la mayor parte de la deuda de los Estados y Municipalidades y una considerable proporción de las deudas individuales y de corporaciones privadas. Y no podía decirse que la existencia de

(108) Eugenio O. Cardini. — Ob. cit., pág. 138.

(109) En un artículo titulado "La decisión de la Corte Suprema de los EE. UU., sobre los papeles en oro y sus antecedentes", aparecido en los Nos. 26 y 27 de la "Revista de Economía y Finanzas", correspondientes al año 1935, hemos tratado con cierta amplitud de este asunto.

la cláusula hubiese pasado inadvertida. Los títulos en los que se consignaba, colocábanse en condiciones más favorables que otros desprovistos de esa garantía. Sus poseedores, por lo demás, nunca habían reclamado el pago en oro efectivo y siempre aceptaron monedas de papel convertible. La Corte Suprema, en el célebre juicio *Bronson c/Rhodes* (1869 y después en muchos otros promovidos mientras circularon los dólares de papel o *greenbacks*, emitidos durante la guerra civil, había establecido que, no obstante el curso forzoso, la cláusula oro era válida y jurídicamente eficaz.

Contando con estos precedentes judiciales, muchos acreedores de obligaciones pecuniarias con la consabida cláusula, pretendieron, a raíz de la suspensión de la convertibilidad en abril de 1933 y de la depreciación consiguiente del dólar, que se les pagase en oro efectivo o en su equivalente en moneda de papel, en vista de que la carencia de un libre mercado para el oro hacía literalmente imposible el cumplimiento de la cláusula. El oro fué, en efecto, embargado, elevándose a la categoría de delito la tenencia de más de cien dólares de oro.

En esta situación, el Gobierno Federal, contraviniendo deliberadamente a la letra y espíritu de los contratos que tenía celebrados, pagó sus obligaciones en dólares oro que vencían el 1.º de mayo de 1933, entregando dólares depreciados. Entre esas obligaciones se encontraban los llamados *Liberty Bonds*, poseídos en buena parte por inversionistas europeos. No se hizo, empero distinción alguna entre los tenedores nacionales o extranjeros.

La cláusula oro quedó así, de hecho, invalidada en los Estados Unidos. Las corporaciones y particulares que tenían contraídas obligaciones en dólares oro se acogieron, en el acto, al ejemplo del Gobierno. No cabía esperar, racionalmente, que fueran aquellos a honrar un compromiso que el Estado había sido el primero en desconocer.

Con el objeto de darle amparo legal a la medida adoptada, el presidente Roosevelt remitió al Congreso, en seguida, un proyecto que se convirtió en la ley precitada del 5 de junio de 1933 que anula, de un modo expreso, la cláusula oro. Declara la ley "contrarias al interés público" las estipulaciones contractuales sobre pagos en oro o en monedas específicas en los contratos públicos y privados, ya celebrados o que se celebren; dice que no podrá exigirse su cumplimiento y que quedarán satisfechas las obliga-

ciones respectivas abonando "dólar por dólar" en la moneda que en la época del pago sea medio legal y corriente para la cancelación de las deudas públicas y privadas.

El poder del Congreso era incuestionable para declarar ilegal la incorporación de la cláusula oro en los contratos venideros; pero tratándose de contratos preexistentes a la ley, entró en discusión el principio de la irretroactividad de las leyes.

Los defensores de la medida decían que aunque la Constitución de los EE. UU, expresamente prohíbe a los Gobiernos de los Estados dar leyes que afectan las obligaciones contenidas en los contratos, no hay nada en ella que prohíba al Gobierno Federal el dar tales leyes. Decisiones de la Corte Suprema tenían establecido que el Gobierno Federal podía, conforme a sus atribuciones constitucionales, afectar contratos preexistentes. En consecuencia el poder del Congreso para legislar sobre materias a él denegadas, no estaba limitado —decíase— por los contratos hechos en relación con tales materias por individuos o corporaciones, debiendo entenderse que tales contratos se hacen sujetos a la posibilidad de que el Congreso los invalide. En otras palabras, los contratos sobre una materia que cae dentro del poder restrictivo del Gobierno Federal contendrían la condición implícita de que un cambio en la ley puede ser introducido y variadas o anuladas las obligaciones de las partes.

Pero quienes así argumentaban olvidaban considerar que en tales casos la Corte Suprema había también reconocido el principio de que quien pierde un derecho a consecuencia de la abrogación de un contrato por un acto del Congreso, puede recobrar el valor de ese derecho de la parte que, de otro modo, se beneficiaría indebidamente. Está demás añadir que en el caso de la cláusula oro, el reconocimiento al acreedor de un derecho de esa naturaleza, equivaldría a dotar de toda su eficacia a la estipulación.

En medio de este debate, que interesó a toda la opinión en los EE. UU., se promovieron varias acciones judiciales por acreedores de obligaciones pecuniarias que impugnaban la constitucionalidad de la ley del 5 de junio que abrogaba la cláusula oro. Con sentencias de los tribunales inferiores favorables a la constitucionalidad, llegaron en revisión al más alto Tribunal de la Unión, en diciembre de 1934, cinco juicios que la Corte resolvió conocer simultáneamente, pues en el fondo se debatía en todos ellos la mis-

ma cuestión. Tres de ellos concernían a la cláusula oro inserta en bonos de empresas ferroviarias; uno, a la misma estipulación en un Liberty Bond y, el último, al significado de un certificado de oro del Tesoro. El Estado era, pues, la parte demandada, solamente en los dos últimos juicios.

Dentro de un ambiente de verdadera expectativa mundial, se produjeron, el 18 de febrero de 1935, las decisiones de la Corte Suprema, en las que se sancionaban los efectos de la ley abrogatoria de la cláusula oro. No puede decirse, sin embargo, que con ellas se haya resuelto, de una vez por todas, la cuestión de la constitucionalidad de la ley del 5 de junio de 1933. Veamos por qué.

Los cinco casos resueltos fueron objeto de tres resoluciones simultáneas, pero separadas, alcanzadas por mayoría. La primera concernía a los tres juicios seguidos por tenedores de bonos de empresas ferroviarias. Resolvióse que el Congreso estaba facultado para anular la promesa de pago en oro contenida en ellos. En la decisión, muy clara, la Corte procedió al influjo de consideraciones tanto legalistas como de orden práctico. "No se requiere fino análisis —dijo el Presidente Mr. Hughes— o profunda investigación económica para descubrir el disloque que se produciría en la economía privada por una disparidad de condiciones, según la cual, aquellos deudores comprendidos en la cláusula oro serían obligados a pagar \$ 1.69 en moneda corriente por cada dólar que adeudaran, mientras que ellos mismos pagan sus impuestos y gabelas y perciben sus rentas sobre la base de \$ 1. en moneda corriente.

Ahora bien, en su segunda resolución pronunciada en el juicio promovido por el tenedor de un *Liberty Bond*, la Corte empieza por admitir que el Congreso carece de facultad para anular la promesa de pago en oro contenida en un bono del Gobierno Federal, lo cual no obsta para que declare que los tenedores de bonos no han sufrido daño con la medida del Congreso y que sólo tienen el derecho de recibir "un dólar por un dólar". La Corte introduce, así, el criterio del poder adquisitivo como esencial para la determinación de los daños y perjuicios. En vista del ajuste de la economía interna a la sola medida de valores establecida por legislación del Congreso —dice el fallo— y del uso universal que de la moneda se hace en todo el país para satisfacer todas las obligaciones, el pago al demandante de la suma que

reclama vendría a constituir no una reparación de la pérdida en sentido propio, sino un enriquecimiento indebido". El razonamiento anterior suscita, desde luego, una interrogación: ¿podrá mantenerse el supuesto de la Corte en el caso de que el costo de la vida aumente?, ¿podrán entonces los tenedores de bonos reclamar daños y perjuicios?

La tercera resolución de la Corte Suprema recayó en el juicio promovido por el tenedor de un certificado de depósito del Tesoro. Se decidió que solamente valía ese certificado por su valor nominal estampado, en actual moneda desvalorada; que la descripción que el Secretario del Tesoro había hecho de los certificados como recibos de depósito, era inadmisibles y no podía alterar, en manera alguna, sus características legales; y, en fin, que los certificados no contenían ninguna reserva en relación con el anterior patrón de oro.

Prácticamente, pues, se resolvió en los tres casos que no puede exigirse legalmente el cumplimiento de ninguna cláusula para el pago en oro o su equivalente, ya se trate de una obligación del Gobierno o privada.

Todo esto equivale a reconocer que el Congreso tiene poder para reducir arbitrariamente las obligaciones del deudor y, en consecuencia, para privar al acreedor de una parte de su propiedad sin su consentimiento y sin compensación. La Corte ha encontrado ese atributo del Congreso en el poder que le confiere la Constitución en relación con el sistema monetario.

De esta manera han venido los Estados Unidos a sumarse a la ya larga lista de países en que la cláusula oro no representa ninguna garantía. Y no parece que sentencias como la de la Cámara de los Lores, que ha sancionado su eficacia en un contrato de carácter internacional, sean capaces de rehabilitarla en todo el mundo. Si bien es cierto que la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha sancionado la cláusula oro en ningún contrato de carácter internacional, llegado el caso seguramente sancionaría su abrogación, pues la ley repudiatoria de 1933 comprende a todas las estipulaciones de pagos en oro celebradas en el país; siendo interesante anotar, a este propósito, que con anterioridad al fallo norteamericano, la Corte de Apelaciones de Holanda había resuelto que los intereses y obligaciones de compañías holandesas emitidas en Nueva York con la cláusula oro, podrían ser legalmente pagadas en dólares desvalorados.

En esta materia de la cláusula oro son, en realidad, difíciles de separar las consideraciones de equidad de las de orden práctico. Y si ciertamente es deseable que no se obligue a los deudores a pagar sumas mucho mayores que las previstas en el contrato, debería ser también posible para las partes, celebrar un contrato con los ojos abiertos, al efecto de pagar de todos modos lo que se conviene, sin que el contrato o sus estipulaciones puedan ser anuladas porque una contingencia cuya posibilidad vislumbraron los contratantes, torne más onerosa para el deudor el cumplimiento de su obligación.,

III.—*Posición del Perú*

No se ha formado en el Perú una jurisprudencia en materia de imprevisión debido a que la cuestión, prácticamente, no se ha planteado ante los tribunales. A estos les ha sido fácil, por lo mismo, mantener el principio de la intangibilidad de los contratos, a despecho de circunstancias nuevas sobrevenidas en el curso de la ejecución, y no se han reconocido el derecho de rescindir o de entrar a revisar las convenciones. Al Perú hay pues que clasificarlo, por esta razón, entre los países anti-revisionistas. Solamente a fines del siglo pasado, con motivo de la desvaluación del sol de plata instituido por la ley del 30 de diciembre de 1872, se produjeron algunas decisiones de tipo revisionista, informadas en el criterio valorista, las que, teniendo en cuenta la disminución de valor de los billetes representativos de la divisa objeto de la obligación pecuniaria, impusieron el pago en moneda corriente de un valor igual al de las divisas al tiempo en que se contrajo la obligación. Como tipo de resolución de esta clase puede citarse, en primer término, la ejecutoria suprema del 31 de julio de 1885, referente a un contrato de mutuo y dictada cuando los billetes de sol de 48 peniques valían 2 peniques. Declaró esa ejecutoria que "cuando el mutuo se ha hecho en billetes, al tiempo de su devolución se considerará el valor estimativo de éstos con arreglo al que tenían en la época de la celebración del contrato". (110). En idéntico sentido se pronunció luego, la Corte Suprema, en sus resoluciones de 12 de septiembre de

(110) A. J., t. IV, 1880-1887, p. 183.

1888, (111), de 27 de julio de 1893 (112) y de 10 de agosto de 1894. Mas no permiten estas ejecutorias deducir un criterio uniforme de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal frente a las cuestiones surgidas con la desvaluación de la moneda. Resoluciones anteriores y posteriores a las citadas, se han negado a tomar en cuenta el fenómeno de la depreciación monetaria, no solamente en presencia de contratos de mutuo en dinero, sino también de contratos de cuenta corriente, de depósito, de arrendamiento, etc. Las cláusulas y estipulaciones de garantía contra las fluctuaciones monetarias han sido, de otro lado alternativamente aceptadas o rechazadas, como veremos al volver a tratar de esta materia en el Capítulo Octavo. (113). El principio nominalista en materia de préstamos pecuniarios, consagrado por el art. 1581 del Código de 1936 habrá de permitir, en lo futuro, evitar esas contradicciones y fijar el criterio de nuestro Tribunal Supremo sobre la debatida cuestión de las obligaciones en dinero, frente al curso forzoso.

La amplitud conferida al arbitrio judicial en el nuevo Código y la abundancia de preceptos que contemplan el cambio de circunstancias en los contratos —puntos que hemos tratado en el Capítulo Segundo, apartado 6, y en el apartado 3 del presente Capítulo— dotan hoy a los jueces peruanos de elementos capaces de permitirles, llegado el caso, la aplicación de las ideas de imprevisión. Hemos visto el alcance dado por la jurisprudencia de Suiza y, sobre todo, por la de Alemania, a ciertos textos equivalentes a los nuestros. Felizmente, la práctica judicial no ha revelado, hasta ahora, la necesidad de autorizar mayores intervenciones en los contratos que las expresamente permitidas por la ley.

Ha sido por obra del legislador y de la administración que las ideas de imprevisión y de revisión han penetrado en nuestra realidad jurídica. Una nutrida legislación de circunstancia —objeto de especial examen en el Capítulo Octavo— ha tenido en cuenta los cambios sobrevenidos en contratos de arrendamiento, de compra-venta y de mutuo hipotecario, prorrogando sus efectos,

(111) A. J., t. V, 1888-1893, pág. 55.

(112) A. J., t. V, 1888-1893, pág. 356.

(113) Véase el estudio que hacemos de esta cuestión en nuestra tesis "La depreciación monetaria y el cumplimiento de los contratos entre particulares". — Lima, Imp. Gil, 1932, pág. 44 y sigts.

modificando las estipulaciones de las partes o suspendiendo el ejercicio de los derechos a los acreedores. La ley 7844, del 28 de setiembre de 1833, habla claramente de revisión, y la impone en los contratos de promesa de venta y de compra-venta de terrenos en las urbanizaciones. No parece, sin embargo, que el legislador haya tenido clara conciencia, al dictar esas leyes, de teorías jurídicas. Los medios técnicos han sido poco o mal precisados.

En la vía administrativa, empresas concesionarias de servicios públicos han solicitado en vista de diversas eventualidades, la revisión de sus contratos con el Gobierno o las Municipalidades, en lo concerniente al precio de esos servicios, y el Gobierno ha admitido más de una de esas solicitudes. Puede citarse la resolución suprema del 8 de marzo de 1935, que autorizó la elevación de las tarifas del alumbrado particular vigentes desde 1930, según contrato celebrado por las Empresas Eléctricas Asociadas con la Municipalidad de Lima. La resolución emplea en su terminología la palabra *revisión* y expresa en sus fundamentos que se permite el aumento atendiendo a la gravedad que presenta la situación económica de las Empresas recurrentes, en razón de la sobrecarga que ha resultado en sus obligaciones en moneda extranjera debido a las sucesivas desvalorizaciones en moneda extranjera de la moneda nacional. Se dice además en un considerando, "que el Supremo Gobierno no puede mirar con indiferencia esta grave situación de una importante entidad encargada de servicios públicos indispensables, situación que puede acarrear conflictos de orden social y daño manifiesto a la colectividad, que es preciso prevenir". Hay aquí la misma invocación al carácter indispensable del servicio público que se encuentra como fundamento de las decisiones revisionistas del Consejo de Estado de Francia.

6. RECAPITULACIÓN Y DIRECTIVAS DE LAS TEORÍAS FORMULADAS PARA JUSTIFICAR LA REVISIÓN DE LOS CONTRATOS Y DE SUS APLICACIONES EN EL DERECHO COMPARADO.—Hemos pasado en revista en las páginas precedentes, las principales construcciones que se han elaborado para resolver el problema de la adaptación del contrato al cambio de circunstancias. Unas lo intentan reduciendo el problema a una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes; otras, acudiendo a las nociones de fuerza mayor, enriquecimiento indebido, lesión, abuso del derecho, buena fé y equidad. La variedad de soluciones propuestas

demuestra la agitación de ideas en torno de este problema indudible del orden jurídico actual: la revisión de los contratos.

El examen del derecho comparado revela, de otro lado, que en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación, dominan las tendencias favorables a la intervención del juez o del legislador en los contratos en curso afectados por el cambio de circunstancias.

La teoría de la imprevisión se ha impuesto en la jurisprudencia de los países revisionistas del continente europeo así como en los sistemas jurídicos anglosajones, y ha penetrado en todas partes mediante leyes de excepción que suspenden o modifican los efectos de los contratos. Sabemos que en Alemania, Suiza, Hungría, Polonia, etc., los tribunales se han valido, principalmente, de la noción de buena fé para llegar a la revisión. La legislación de emergencia, en cambio, pocas veces se ha preocupado de acudir a justificaciones técnicas, habiendo obedecido a las exigencias de las circunstancias.

En cuanto a los *métodos* puestos en juego por el juez y el legislador, se han adoptado el de la prórroga, el de la rescisión de los contratos, y el de la revisión propiamente dicha. Sólo este último método es verdaderamente nuevo, y constituye el modo típico de aplicación de la imprevisión. La rescisión echa todo el perjuicio sobre el acreedor y la prórroga aventaja al deudor. Pero hay que reconocer que si bien el método de la revisión puede ser el más conforme con la equidad, es también el que más atenta contra la voluntad de las partes.

Lleva todo esto a la flexibilización cada vez mayor del contrato. En medio de las transformaciones que sufre el mundo, el contrato, que es cosa viva, no podía permanecer inalterable. "Vivir —ha dicho Demogue— es transformarse permaneciendo en ciertas directivas general". La revisión de los contratos, por obra del juez o del legislador, se ha implantado, por eso, en todo el mundo. De la interpretación del plazo en favor del deudor (art. 1112), de la facultad reconocida al juez de rebajar los daños y perjuicios convencionales (arts. 1227 y 1426), de su poder para reducir las obligaciones por pérdidas en el juego o apuestas (art. 1772), así como de las demás disposiciones que amplían el arbitrio judicial, que contemplan el cambio de circunstancias o que autorizan el aumento o disminución de ciertas prestaciones en caso de modificación de los valores primitivos (arts. 1390, 1441,

1502, 1533), aparece, en nuestra propia codificación civil, que el contrato no es cosa absolutamente rígida.

Mas este triunfo de la equidad en el derecho contractual contemporáneo, choca con la estabilidad de las convenciones. Es la oposición clásica entre la necesidad de seguridad, de un lado, y la de transformación de otro. Se concibe la utilidad de la intervención de los poderes públicos en casos graves, en períodos de evolución precipitada, en que el hecho de que un contratante reclame rigurosamente la ejecución literal de un contrato puede ser contrario a la moral social. Si todas las previsiones se han visto frustradas, si un contrato que debía ejecutarse normalmente dentro de las condiciones en que se celebró, va a ser para el deudor una causa de ruina o de grave menoscabo, a consecuencia de circunstancias imprevistas, mientras que el derecho del acreedor se encuentra, por el juego de esas mismas circunstancias, multiplicado de valor, ¿no representa la consagración de una suprema injusticia el ejercicio del derecho del acreedor? Pero al mismo tiempo, interesa mantener el principio de la fuerza obligatoria de los compromisos, no sólo desde el punto de vista económico sino moral. He aquí la gran herencia que hemos recibido de la antigüedad clásica, del cristianismo y del derecho romano.

¿Dónde encontrar entonces la fórmula que satisfaga a la vez, la estabilidad del contrato y la equidad vulnerada? ¿Dónde hallar la justa medida de la intervención? ¿A quién confiar la misión revisora, al juez o al legislador? Serie de interrogantes de la más difícil solución, que el derecho contemporáneo se esfuerza en resolver.

Debemos partir del principio de que la simple ruptura del equilibrio de las prestaciones no debe, por sí misma, engendrar la revisión. De reconocérle fuerza rescisoria a la lesión subsiguiente y puramente objetiva, prescindiendo de toda idea de explotación, se privaría al contrato de su utilidad misma, que consiste en garantizar al acreedor contra la imprevisión. Por la fuerza misma de las cosas, desde que un contrato es de larga duración o de ejecución diferida, comporta un riesgo. Las partes saben al comprometerse que las cosas podrán cambiar, y justamente para asegurarse contra los inconvenientes de esas modificaciones tratan de antemano y de una sola vez una serie de operaciones. Si las cosas no debieran cambiar, no valdría la pena hacer un solo contrato de ejecución sucesiva o diferida; o por lo

menos, estos contratos no presentarían más ventaja que su simplicidad. Hay pues que convenir, con Ripert, en que se ha planteado mal la cuestión al hablar de "imprevisión".

El verdadero fundamento de la revisión no se puede encontrar, por eso, en la sola idea de imprevisión ni en la simple desigualdad objetiva. Tampoco podría sostenerse la revisión, exclusivamente, en las construcciones que asimilan a la fuerza mayor, la dificultad excesiva o la imposibilidad económica; ni en las que acuden a la interpretación de la voluntad implícita de las partes; ni en el concepto de las buenas costumbres desenvuelto por la reciente jurisprudencia alemana. Ese fundamento hay que buscarlo, a nuestro modo de ver, en un conjunto de razones: en el abuso por una de las partes del derecho que deriva del contrato; en la explotación de uno de los contratantes por el otro a consecuencia de una desproporción extraordinaria de los equivalentes, resultante de las circunstancias; en la trasgresión, en suma, de las reglas de la buena fé. Ha sido con este criterio que han procedido fundamentalmente —según hemos visto— las jurisprudencias revisionistas de Alemania, Suiza, etc, sin necesidad de una fórmula general de derecho positivo que autorizara la revisión. Solamente Polonia, en su Código de Obligaciones de 1933, e Italia en su recentísimo Código Civil, han adoptado textos permanentes y precisos que permiten al juez, expresamente, cambiar el contenido y aún anular las obligaciones contractuales devenidas excesivamente difíciles u onerosas, a causa del cambio extraordinario de circunstancias. Han juzgado los legisladores de esos países, que la actitud de los Códigos que se niegan a incorporar textos de la naturaleza indicada, por temor a disminuir la seguridad en el comercio jurídico, es comparable a la del avestruz, que esconde la cabeza en la arena para no ver la verdad, siendo además esa actitud inconsecuente, desde el punto de vista de los códigos que enuncian que las obligaciones contractuales deben ser ejecutadas conforme a las exigencias de la buena fe. "¿No es acaso más sabio —se pregunta un comentador del Código polaco— en lugar de dejar al juez desenredarse por sí mismo, darle algunas directivas que puedan guiarlo en las tinieblas y que sean capaces de preservarlo del abuso del poder? (114).

(114) R. Longchamps de Bérle.—Le nouveau Code Polonais des Obligations, — Bull. Trim. de la Société. de Leg. Comparée, 1935, p. 339.

¿Hace falta, en verdad, una regla permanente de la naturaleza de las instaladas en los códigos polaco e italiano?

Autores como Voirin, Bonnecase, Bruzin, etc., abogan por la adopción de una regla general de derecho positivo a la manera del Código polaco, a fin de darle mayor precisión técnica a la facultad revisora del juez. Alfredo Colmo parece asociarse a esta misma idea cuando, al comentar los planes de reforma del Código argentino escribía: "En los contratos que duran será menester algún precepto acerca de sus defectos y de su posible rescisión entre circunstancias que fundamentalmente difieren de las originarias y que no pudieron ser previstas". (115).

Ripert y Morin concretan su pensamiento frente al problema, en sendas formulas, inspiradas, a la vez, en las nociones de abuso del derecho, de buena fe, de enriquecimiento indebido. La de Ripert dice así: "El juez puede ordenar la rescisión o la revisión del contrato primitivo cuando a consecuencia de circunstancias que no podían ser previstas, el deudor sufriría un perjuicio considerable y el acreedor retiraría un provecho injusto de un contrato que no ha sido inspirado por un fin de especulación". (116). Al proponer esta solución, no oculta Ripert su aprehensión y la desconfianza que le inspira. Considera que el poder de revisión habría que manejarlo con extrema prudencia, respetando en los contratos cuanto constituye acto de legítima previsión.

Morin, por su parte, propone una fórmula en que se acentúa la idea de lesión más que la de abuso del derecho: "El juez—dice— podrá ordenar la rescisión u operar la revisión de un contrato cuando, a consecuencia de circunstancias que no podían ser previstas, la ejecución integral de un contrato acarrearía una lesión tan enorme para una de las partes que la otra cometería un abuso de fuerza si rehusa tomarla en cuenta". (117).

En Italia, Alberto Montel abogaba por la introducción en el derecho civil de una regla análoga a la del proyecto del Código de Comercio de Vivante, sobre revisión de los contratos de empresa (art. 516) "Estimamos —expresaba— que en los casos que se admita que es preciso tener en cuenta los acontecimientos subsiguientes, es preferible acordar al juez el poder de revisión, por estar esta solución más en armonía con la tendencia social

(115) Alfredo Colmo.—La reforma del Código Argentino.—Ob. cit., pág. 72.

(116) G. Ripert.—La règle morale... etc., p. 161.

(117) G. Morin.—La loi et le contrat... etc., p. 92.

del derecho moderno y con el crecimiento correspondiente de los órganos del Estado". (118). El mismo autor invocaba en apoyo de su tesis el acierto con que la magistratura del trabajo formula en Italia, en las controversias colectivas de carácter económico, nuevas condiciones de trabajo y modifica las existentes. Los deseos de Montel han encontrado sobrada satisfacción en los textos del nuevo Código Civil italiano, que reconocen la influencia del cambio de circunstancias entre los modos de extinción o modificación de las obligaciones contractuales.

Demogue, en fin, declara no poder encontrar una solución plenamente satisfactoria y cree que lo menos malo, desde el punto de vista legislativo, sería un ensayo de conciliación entre una regla general que autorizara, con suma prudencia, la revisión de los contratos y las leyes especiales que, a medida de las necesidades, vendrían a imponer la rescisión o revisión de los contratos. La revisión debería comportar, además, las siguientes limitaciones, según el mismo autor: que se trate de prestaciones futuras, sin que importe que sean ellas sucesivas o no, o que haya contrato especulativo o no, siempre que no sea aleatorio; y que las cargas sobrepasen notablemente las previsiones, sin que importe que el deudor detente la cosa desde la celebración del contrato, como es el caso con el arrendatario.

Indudablemente constituyen la mejor concreción de estas ideas el art. 269 del Código polaco y los arts. 1467 al 1469 del nuevo Código italiano. Se quiso en Polonia, con el texto aludido, dar seguridad al comercio jurídico, mediante una disposición clara que designara las condiciones y contuviera las indicaciones para las decisiones judiciales revisionistas, y evitar el peligro de una jurisprudencia inconstante inspirada en teorías variables según los casos. Pero aplicar una regla permanente de esa naturaleza requiere una magistratura judicial en la que se reúnan, en alto grado, las necesarias condiciones de independencia y discernimiento, y sólo puede encontrar justificación, por lo mismo, y dar los resultados buscados, en medios de cultura jurídica superior. El principio de la revisión así admitido y precisado, sería singularmente peligroso en un país como el nuestro que todavía no cuenta, por lo general, con una magistratura lo suficientemente ilustrada para manejar institutos tan expuestos, y en el

(118) Alberto Montel.—Ob. cit., p. 86.

que el sistema de nombramientos permite, muchas veces, que actúen en las designaciones judiciales, influencias políticas o intereses locales. Comprometería gravemente la estabilidad de las convenciones y podría dar lugar a la arbitrariedad del juez, a quien dotaría de un instrumento demasiado a la mano para inmiscuirse a menudo en las relaciones contractuales.

Por ahora no parece, pues, que estemos en condiciones de incorporar a nuestro derecho codificado un texto semejante al polaco o al italiano. No quiere decir ello que debemos cerrar las puertas a toda idea de revisión contractual. Tenemos expresado que las jurisprudencias de Alemania, Suiza, etc., sin necesidad de un precepto del carácter de los acotados, avanzaron por el camino de la revisión, utilizando las nociones de buena fe, de abuso del derecho y otras admitidas por sus códigos. El juego de los principios de que la ley no ampara el abuso del derecho (art. II, Tit. Prel.) y de que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes (art. 1328), pueden permitirle a nuestra jurisprudencia —con menor peligro— intervenir, no para revisar el contenido del contrato mismo, en el sentido de aumentar o disminuir las prestaciones, sino para rescindir el vínculo, en presencia de un cambio radical de circunstancias que comporte un desequilibrio manifiesto entre la prestación y la contraprestación en los contratos sinalagmáticos, o un cambio notable con el objeto de la obligación en los contratos unilaterales, de tal manera que la ejecución del contrato, tal como fué celebrado, significaría una explotación usuraria que equivaldría a la pretensión de un enriquecimiento indebido de una de las partes en detrimento de la otra. El juez destruye entonces el contrato que falla su finalidad y desarma al acreedor. Las partes pueden, desde luego, volver a vincularse con un nuevo convenio en el que se atienda al equilibrio de sus intereses dentro de las circunstancias nuevas.

Nos afiliamos así, a la solución que propugna Angel Gustavo Cornejo. Dice el sabio maestro en sus comentarios al Código Civil: "Si la ley no ampara el abuso del derecho, y si los contratos deben ejecutarse conforme a la común intención de las partes y a las reglas de la buena fe, es legítimo concluir que nuestro código no repudia la revisión de los contratos, en el sentido de facultar al juez para declararlos rescindidos, si un cambio imprevisto de las circunstancias en que el contrato fué celebrado,

produce un desequilibrio notable entre la prestación y la contraprestación, de modo que el deudor no pueda ejecutar ésta sino en forma tan onerosa que imprima a la exigencia del acreedor el carácter de un abuso de su derecho y una violación de la buena fe. Y en otra parte agrega: "Si se tiene en cuenta que la buena fe no significa otra cosa que la integración de las normas jurídicas por las normas morales, es fácil concluir que, roto el equilibrio de las prestaciones en un contrato sinalagmático, todo cambio *imprevisto e imprevisible* de las circunstancias existentes a la celebración del contrato, que precisamente condicionaban el equilibrio desaparecido y daban al convenio el carácter esencial de la conmutabilidad de las prestaciones, la aplicación inflexible de la regla *pacta sunt servanda* importaría el sacrificio de una de las partes, en aras de los intereses de la otra, sin más resultado que la satisfacción de un egoísmo desorbitado y con evidente agravio de la justicia conmutativa cuyas exigencias son una de las bases del orden social en que debe imperar la solidaridad. El principio de la fidelidad al contrato está supeditado por el principio de la buena fe que debe imperar en la ejecución de todo convenio". (119).

No tiene en cuenta Cornejo, al enunciar esta concepción favorable a la rescisión judicial de los contratos por imprevisión, a los contratos unilaterales. Es indudable, sin embargo, que un enriquecimiento indebido, causado por el cambio de circunstancias, en detrimento del deudor, resulta también posible dentro de un contrato unilateral; lo mismo en el contrato de fianza. Acontecimientos subsiguientes como la congelación de los fondos del fiado, pueden agravar a tal punto los riesgos del fiador, que sería del todo inverosímil que, en las circunstancias nuevas, asumiera nadie una responsabilidad de ese género. En materia de pagos o transferencias internacionales, objeto de cauciones, ha encontrado, en estos últimos años, la teoría de la imprevisión, un campo fecundo de evolución. Fiadores que habían prestado su garantía a deudores que se encontraban en estado de hacer frente a sus compromisos y de pagar a su acreedor extranjero, pero cuyo pago se encontraba bloqueado por una moratoria de transferencias, como la que se dictó por la ley alemana del 9 de junio de 1933.

(119) A. G. Cornejo.—Código Civil.—Exposición sistemática y comentario.—Lima 1939, T. II, vol. II, págs. 68 y sigts.

Debemos pues admitir el principio de la intervención del juez no sólo en los contratos sinalagmáticos, sino también en los unilaterales. No parece necesario exigir que los contratos sean de larga duración. Esto corresponde a la teoría de la cláusula, pues la voluntad de una de las partes de hacer depender su contrato de la persistencia de ciertas condiciones no puede ser supuesta con cierta verosimilitud sino si el contrato es de larga duración, pero no cuadra con una teoría de la imprevisión fundada en el deber de buena fe y en la prohibición de abusar del derecho. Para que un trastorno económico pueda ser la causa del enriquecimiento indebido de una de las partes basta, pues, que la otra se haya comprometido a una prestación futura.

Creemos con Cornejo que la ley del contrato debe regir, sin posible invocación del principio de la revisión, cuando la desproporción de las prestaciones proviene de un hecho general, como por ejemplo la depreciación monetaria, porque en tal supuesto el acreedor o el deudor en su caso, no es víctima de una injusticia especial, sino que sigue la suerte de los demás habitantes del país. Frente a tales situaciones, que alcanzan a todos los ciudadanos, así como en los casos en que toda una clase o categoría de contratantes se encuentra afectada por un acontecimiento determinado, es el legislador el llamado a tomar una medida general, inspirada en las necesidades económicas a la vez que en consideraciones morales.

Podemos entonces concluir que, dentro del sistema de nuestro Código, cabe considerar al juez facultado no para revisar pero sí para declarar rescindidos los contratos por cambio de circunstancias, en aplicación de los principios de que la ley no ampara el abuso del derecho y de que los contratos deben ejecutarse conforme a las reglas de la buena fe y a la común intención de las partes. La revisión de las condiciones del contrato, dentro de nuestro sistema jurídico, no puede ser función del juez sino del legislador, en aquellos casos en que un interés de paz pública lo exija.

Así admitido el principio de la revisión, proclama, en cierto modo, la fuerza obligatoria del contrato. Las partes no pueden desligarse por sí mismas de sus compromisos. Es menester que los poderes públicos del Estado, representados por el juez o el legislador, intervengan con todo el peso de su autoridad para poner término al contrato o para modificarlo. Pedir una libera-

ción o una moderación de cargas, ¿acaso no significa que no se puede ser desligado sino por acto de autoridad?

Bajo el signo fecundo de la buena fe se encuentra, pues, el juez peruano en aptitud de dar recepción en nuestro derecho, si llega a ser necesario y en la medida indicada, a las modernas concepciones que persiguen neutralizar los efectos injustos de los contratos debidos a los cambios extraordinarios e imprevistos de circunstancias. El manejo de ese instituto rector es capaz de permitir la evolución del Código en el sentido del desenvolvimiento científico y del progreso social, teniendo presente que la buena fe debe presidir no sólo la ejecución de las obligaciones del deudor, sino regir también, en reciprocidad, el derecho del acreedor a la ejecución.

CAPITULO SEXTO

LA TENDENCIA A LA ESPECIALIZACION EN LA REGULACION DE LOS CONTRATOS Y LA APARICION DE NUEVAS FORMAS CONTRACTUALES

SUMARIO: 1.—Observaciones generales. 2.—El Código suizo de obligaciones. 3.—El Código polaco de obligaciones. 4.—El Código Civil italiano. 5.—El proyecto argentino. 6.—El Código peruano.

I.—OBSERVACIONES GENERALES.—Existe en el derecho contractual contemporáneo una marcada tendencia a la especialización. La creciente complejidad y diversificación de las relaciones humanas y de los objetos de esas relaciones, provoca el surgimiento no sólo de nuevas formas contractuales sino también de cuerpos de leyes consagrados a la materia, como son el Código Federal Suizo de Obligaciones de 1911, el Código de Obligaciones de Polonia entrado en vigor en 1934, el proyecto franco-italiano de un código de obligaciones y contratos, cuyo texto fué adoptado en París en 1927, y el "Restatement", o codificación privada de los contratos en los Estados Unidos, publicada en 1932 por el "American Law Institute". Las codificaciones recientes regulan variedades contractuales que no figuraban en

los códigos del siglo pasado: contratos de edición, de radiodifusión, de representación teatral, de adaptación cinematográfica, de corretaje, de aparcería, el contrato hotelero, etc. A la inversa, se eliminan algunas categorías abolidas o caducas, como los censos y los cuasi-contratos. Corresponden algunas de las nuevas variedades a las condiciones especiales del trabajo a ejecutar o a las necesidades particulares de una categoría determinada de trabajadores. Las relaciones contractuales entre el *Estado y sus empleados*, así como las de los *empleados de comercio* en general se encuentran sometidas a estatutos y reglamentos especiales. Al mismo tiempo, son tratadas en capítulos separados, las distintas especies o *subdivisiones* de los contratos más usuales. Se acentúan, de otro lado, con caracteres típicos, modalidades ya recogidas dentro de los cuadros contractuales, como las *convenciones colectivas*, los *contratos en favor de tercero*, los *de adhesión*, los *ante-contratos*, las *convenciones de no responsabilidad* o de limitación de la responsabilidad; y, en el terreno mercantil, cobran autonomía los seguros de toda especie.

Código Civil alemán de 1900 fomentó la tendencia apuntada al constituir en categorías contractuales propias, desprendidas de la *locatio-conductio* romano, a la locación y conducción de cosas, al contrato de servicios, al de obra, al de corretaje y al contrato hotelero.

2.—EL CÓDIGO SUIZO DE OBLIGACIONES.—El Código suizo de Obligaciones de 1911, complementario del Código Civil de 1907, regula dieciocho especies de contratos, a saber: venta y cambio, donación, arrendamiento, préstamos, trabajo, empresa, edición, mandato, gestión de negocios, comisión, transporte, mandato comercial, asignación, depósito, fianza, juego y apuesta, renta vitalicia y manutención por vida, y sociedad simple. (120). Unifica el Código suizo, como se ve, al derecho civil y mercantil, en lo que ha venido a ser imitado por el reciente Código Civil italiano. Y son objeto de capítulos separados, dentro de los Títulos respectivos, la venta mobiliaria, la venta de inmuebles, algunas especies de venta, el cambio o permuta, el arrendamiento mediante alquileres (*bail à loyer*), el arrendamiento de tierras (*bail à ferme*), el préstamo para el uso, el préstamo para el consumo, el man-

(120) El Código suizo de obligaciones, promulgado en 1911, ha sido parcialmente modificado por dos leyes federales posteriores, a saber: la ley del 18 de diciembre de 1936, sustitutiva de los títulos XXIV a XXXIII de la parte de Sociedades, y la ley del 10 de diciembre de 1941, que ha reemplazado el título relativo a la fianza.

dato propiamente dicho, la carta y la orden de crédito, el corretaje. Los tipos contractuales no regulados expresamente por el Código, son desde luego permitidos, en los términos del art. 19 que dice así: "*El objeto de un contrato puede ser libremente determinado, dentro de los límites de la ley*".

3.—EL CÓDIGO POLACO DE OBLIGACIONES.—El Código polaco de 1933 puesto en vigor a partir del 1.º de julio de 1934, considera igual número de contratos que el Código suizo, los que clasifica según su destino económico. Son ellos: 1.º contratos concernientes a la transferencia de derechos (venta, permuta, donación); 2.º contratos que permiten el uso de los capitales o de las cosas de otras personas (arrendamientos y los dos géneros de préstamos); 3.º contratos que permiten aprovechar los servicios de otras personas (los de trabajo, empresa, mandato, corretaje, depósito, hotelero en lo que concierne a la responsabilidad por los efectos de los viajeros); 4.º contratos especulativos o más o menos aleatorios (sociedad, renta y manutención vitalicia, juego y apuesta); y 5.º contratos abstractos, que sirven para facilitar el comercio jurídico o para facilitar y asegurar las relaciones jurídicas (asignación, transacción, fianza). Regula también el prolijo Código polaco, la asunción de deuda, así como otros institutos que juegan un papel importante en la vida práctica y respecto de los cuales los códigos en vigor guardan casi todos silencio, como son: los reglamentos, los contratos tipos, los contratos colectivos, las promesas de contratar, el depósito irregular, etc. Desprende, asimismo, a la representación del mandato, como en el proyecto franco-italiano y en el nuevo Código de Italia.

4.—EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.—El Código Civil italiano de 1942, adoptando la manera del Código suizo, que unifica—según se ha dicho— el régimen de obligaciones de derecho privado, legisla tanto sobre los contratos civiles como sobre los mercantiles, dentro del Libro Cuarto dedicado a las obligaciones. Es entre todos los códigos, el que acaba de dictarse en Italia, el más rico en figuras contractuales, pues regula a *veintiseis* de ellas, sin considerar en este número a los diversos tipos de contratos, de trabajo y sociedad, que son tratados en el Libro Quinto consagrado al Trabajo. Los veintiseis contratos de que el Código se ocupa, en sendos Títulos, y sin clasificarlos, son los siguientes: venta, "riporto", permuta, contrato estimatorio, contrato de suministro, locación, adjudicación, transporte, mandato, agencia,

corretaje, depósito, secuestro convencional, comodato, mutuo, cuenta corriente, contratos bancarios, renta perpetua, renta vitalicia, seguros, juego y apuesta, fianza, mandato de crédito, anti-resis, transacción, cesión de bienes y de créditos. Los títulos de los contratos de venta, locación, transporte, depósito, bancarios, seguros y fianza, se descomponen, además, en secciones dedicadas a las distintas modalidades que esas categorías contractuales presentan. Así, el Título de la venta, consta de tres secciones; una de disposiciones generales y las otras con los preceptos referentes a la venta de bienes muebles e inmuebles, respectivamente. En la locación, aparte de las reglas generales, hay una sección para la de predios urbanos, y otra para la de rústicos. El título del depósito contiene también disposiciones generales, y trata, en especial del que se efectúa en hoteles y en almacenes generales.

En el Libro Quinto, consagrado al Trabajo, estudia el Código las diversas formas de empresas o sociedad, y clasifica a las prestaciones de servicios de la siguiente manera: profesionales, trabajadores en empresas, trabajadores autónomos y trabajadores subordinados a particulares.

Aparece de lo dicho que el nuevo Código italiano es sumamente minucioso. No se ha contentado con fórmulas generales. Sin ser casuístico ha procurado regular y resolver los supuestos más usuales que resultan de la contratación. En su afán de precisión llega hasta el punto de encabezar el texto de cada uno de sus artículos, de un epígrafe que indica su contenido, lo que, sin duda, facilitará grandemente su manejo y aplicación.

Las categorías contractuales previstas por el Código no agotan, por lo demás, la gama de relaciones contractuales. El art. 1323, perteneciente a las disposiciones generales sobre los contratos, consiente las convenciones no reguladas, siempre que se sometan a las disposiciones comunes. Dice el art. 1323: "*Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina reguladora, quedan sometidos a las normas generales contenidas en este título*". Esas normas generales contemplan, entre otras cosas, los tratos pre-contractuales, las opciones y promesas de contratar, la representación como figura desprendida del mandato, la adhesión a fórmulas o modelos pre-establecidos, la rescisión y la resolución de los contratos en general, etc.

5.—EL PROYECTO ARGENTINO.—El proyecto de Código Civil argentino, tantas veces citado en el curso de este trabajo y

llamado a convertirse en su día en el más joven de los cuerpos legales, se muestra también favorable a la descomposición de las categorías *contractuales*, y erige en convenios autónomos, desprendidos del contrato de locación-conducción, a los de *aparce-
ría, trabajo, obra y corretaje*. Encuéntrase además, en el proyecto argentino, el mismo sistema de subdivisión en capítulos de las reglas concernientes a las distintas especies o modalidades de los principales contratos. Así, son tratados en capítulos separados: la permuta, dentro del Título de la compraventa; los efectos de la cesión de créditos, de la cesión de derechos y acciones reales y de la cesión de herencia, dentro del Título general de la cesión de derechos; el arrendamiento de predios rústicos, dentro del Título de la locación; el comodato y el mutuo, dentro del Título del préstamo; el juego y la apuesta de un lado, y la renta vitalicia de otro, dentro del Título de los contratos aleatorios. Reglamenta además el proyecto argentino, inspirado en el Código alemán y dentro de la misma sección que los contratos, las denominadas "obligaciones abstractas", esto es, que existen por sí, con prescindencia de su causa generadora, y la promesa pública de recompensa.

6.—EL CÓDIGO PERUANO.—Nuestro Código Civil de 1936, respondiendo, aunque en limitada medida, a la tendencia a la especialización, regula diecisiete contratos de especial frecuencia que distribuye, sin clasificarlos, en otros tantos Títulos de la Sección Quinta del Libro de Obligaciones, de la siguiente manera: compra-venta, cesión de créditos, permuta, donación, locación-conducción, trabajo, mutuo, comodato, depósito, mandato, gestión de negocios, edición, radiodifusión, adaptación cinematográfica y representación teatral, sociedad, renta vitalicia, juego y apuesta, y fianza. Se comprenden entre estos contratos algunas figuras nuevas, que corresponden a modernas actividades del comercio humano, como son los contratos de edición, representación teatral, radiodifusión y adaptación cinematográfica. Instala también entre los contratos a la donación, "verdadero contrato unilateral, cuando es puramente gratuito, y bilateral cuando impone al donatario el cumplimiento de obligaciones o cargas". (E. de Motivos).

Ha suprimido, en cambio, el codificador, algunos de los contratos que estaban anteriormente legislados: el seguro, por su marcado carácter comercial, y la libranza, por estimar que carecía de vitalidad. El contrato de transacción ha sido igualmen-

te eliminado, por haberse legislado sobre este acto jurídico al tratar de los modos de extinguir las obligaciones; y se han proscrito los censos, que ya estaban abolidos. La reglamentación de la hipoteca, prenda y anticresis se ha trasladado al libro de los derechos reales. Finalmente, los contratos de transporte de personas y de cosas se han sujetado al Código de Comercio y a las leyes y reglamentos especiales.

Es digno de elogio este nuevo ordenamiento introducido por el Código de 1936. Inspirado en el Código alemán, atiende al contenido material de la relación obligatoria más que a la causa de su nacimiento. Las nuevas figuras incorporadas al Código, ya adoptadas por otras legislaciones, ofrecen caracteres que las tipifican.

Las relaciones de obligación derivadas de promesas unilaterales, como los títulos al portador y la promesa pública de recompensa, las ubica el Código en una sección separada de la de los contratos. "por su acentuado carácter de actos jurídicos de adhesión" (E. de M.), a diferencia, en esto, del Código alemán, que las añade a las relaciones contractuales, por una razón de afinidad.

Los tipos de contratación previstos y regulados por el Código no pueden abarcar, desde luego, la totalidad de las variadísimas formas que suelen presentar los negocios jurídicos. Pero es indudable que, dentro de los límites del art. 1075 y del art. III del Título Preliminar, o sea con la salvedad de disposición legal contraria o de imperativos opuestos de la moral o del orden público, pueden concluirse contratos de cualquier contenido, que las partes estructuren libremente en conformidad con sus necesidades y posibilidades.

¿Cómo habrán de juzgarse estos contratos atípicos o innominados, no regulados por el Código ni por otra ley? Deberán someterse, en primer término, a lo estatuido por las partes, teniendo presentes las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos. Subsidiariamente y en donde no alcance como pauta para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes, deberá recurrirse al régimen de la convención nominada con la que sea más afin y, en último extremo, a los principios generales del derecho; todo lo cual supone el reconocimiento de un amplio margen al criterio judicial.

Ofrece dificultades especiales el trato jurídico de ciertos contratos que combinan diferentes contratos o que no se ajus-

tan a determinado tipo contractual. Los contratos típicos previstos en el Código son los más frecuentes y se comprende que sólo pueden estar regulados en cuanto a su contenido normal o al de las subespecies más usuales. Un contrato puede corresponder, en términos generales, a un tipo determinado pero exigir, no obstante, dado su fin especial expresado en el contrato mismo, una desviación del contrato normal. Así, por ejemplo, el contrato relativo al alquiler de cajas de seguridad en los Bancos, a pesar de tener que considerarse como contrato de arrendamiento de cosas, inviste caracteres de la locación de servicios y del depósito. No podría decirse que están afectas al pago del alquiler las especies guardadas en la caja, puesto que esto sería contrario al fin del contrato: guardar en lugar seguro los valores, pero con el propósito de poder disponer de ellos en cualquier momento. Ennecerus desconoce que en estos contratos exista prenda en beneficio del locador, con posibilidad de ejercitar el derecho de retención.

Los contratos, que no pueden ser absorbidos dentro de un determinado tipo de los contratos regulados, deben pues juzgarse, en primer lugar, por la voluntad libremente expresada de las partes. Las reglas establecidas para el tipo contractual a que correspondan se aplicarán subsidiariamente en cuanto se ajusten al contrato en cuestión. Procede aquí también el ejercicio, dentro de un amplio margen, del arbitrio judicial.

A la sistemática del nuevo Código en esta materia de la regulación de las diversas especies de contratos, cabe observarle, en términos generales, su falta de prolijidad. Códigos recientes, hechos para regir en medios más adelantados que el nuestro, son más minuciosos en sus sub-divisiones y clasificaciones, aparte de que regulan modalidades e instituciones contractuales sobre las que el Código peruano guarda silencio. Sin duda el método de agrupar las reglas propias a las distintas subdivisiones contractuales, seguido por la codificaciones de Alemania, Suiza, Polonia, Italia y por el proyecto argentino, supera al nuestro en claridad y facilita, al mismo tiempo, el manejo de la ley. Así, con respecto al contrato de compraventa, hemos visto cómo el Código suizo trata, en capítulos separados, de la venta mobiliaria, de la de inmuebles y de algunas especies de ventas. Otro tanto puede decirse de la locación conducción, bajo cuyo rubro mantiene nuestro Código formas contractuales que ofrecen caracteres propios: locación de cosas, de servicios y de obra o contrato de

empresa. Dada la tendencia del derecho contractual a la especialización, la autonomía de estas formas contractuales terminará, seguramente, por prevalecer.

CAPITULO SEPTIMO

EXTENSION DE LA ESFERA DE INFLUENCIA DE LOS CONTRATOS Y DESARROLLO DE SU CONTENIDO OBLIGATORIO

SUMARIO: 1.—Evolución del principio de la relatividad de los contratos en el derecho moderno. 2.—Las estipulaciones en favor del tercero y el principio de la relatividad de los contratos. 3.—Actos y contratos generadores de obligaciones a cargo de terceros o extintivos de derechos de terceros. 4.—Desarrollo del contenido obligatorio de los contratos.

I.—EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO MODERNO.—La radiación del contrato más allá del círculo de las partes, ha llegado a ser uno de los fenómenos más frecuentes del derecho contractual moderno.

El art. 1329 del Código Civil sienta el principio de la relatividad de los contratos en los términos siguientes: "*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles*". Este texto supera en precisión al art. 1260 del Código derogado e incluso al art. 1165 del Código francés, del cual procede; pero es lo cierto que el principio que enuncia va perdiendo su sentido útil y se debilita cada vez más. *La jurisprudencia y la ley acrecientan sin cesar el número de intereses que pueden ser afectados por los contratos que otros celebran.*

René Savatier, en un estudio publicado en la "Revue Tri-

mestrielle de Droit Civil", (121) dice que no hay que extrañarse demasiado de esta evolución, y que el art. 1165 del Código Napoleón, es testigo de una concepción puramente individualista. Demuestra luego el profesor francés el alcance de la proposición sentada por el Código, en siete contratos usuales, traslativos de propiedad o simplemente generadores de obligaciones, a saber: compraventa, locación de cosas y servicios, mandato, seguro, transporte y sociedad. ¿En qué medida se afirma en ellos el crecimiento del dinamismo contractual? Veamos.

Compraventa.—La propiedad que se transfiere por efecto de este contrato, es un derecho válido frente a todos. Todos deben respetar la propiedad del adquiriente. No puede decirse que el contrato no sea oponible a terceros. Los sistemas de registro de la propiedad inmueble tienen por objeto asegurar esa oponibilidad. Tratándose incluso de bienes muebles individualizables, ciertos registros públicos, como nuestro Registro Fiscal de Ventas a Plazos, permiten al vendedor, a quien no se ha cancelado el precio, hacer valer frente a terceros su derecho a la cosa.

Lo dicho sobre la compraventa, es aplicable a los otros contratos que, además de ser productivos de obligaciones, son generadores de derechos reales, y dan nacimiento a prerrogativas oponibles a todos, que sobrepasan al círculo de los contratantes y sus herederos.

Locación de cosas.—Si el propietario de un inmueble alquilado se lo vende a un tercero, estando inscrito el contrato de alquiler, el conductor podrá oponer su locación a ese tercero adquiriente (art. 1515 C. C.).

En el caso del subarrendamiento, el propietario puede hacerse pagar el alquiler por el subarrendatario, aunque éste sea un tercero respecto del contrato principal (art. 1526 C. C.).

Locación de servicios.—Los daños que causa el servidor a un tercero comprometen la responsabilidad del patrón (art. 1144 C. C.). Si el patrón cede o traspasa su empresa, el sucesor debe continuar los contratos de locación con los empleados y tomar en cuenta el tiempo de servicios prestados, para el efecto de las indemnizaciones que acuerdan las leyes (art. 49 y 69 del Reglamento de 22 de junio de 1928, de la ley 4916).

Mandato.—Los terceros que contratan con el mandatario

(121) René Savatier. — Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. — Revue Trimestrielle de Droit Civil. — Juillet-Sept. 1934.

devienen acreedores o deudores directos del mandante (art. 1644 inc. 3.º C. C.). Verdad que en este contrato entra en juego el principio de la representación, pero no por ello deja de ofrecer una excepción a la regla de la relatividad de los contratos, tomada en un sentido absoluto.

Seguro.—Un automovilista se asegura contra las responsabilidades en que puede incurrir: el tercero dañado por él, puede dirigirse directamente contra su asegurador.

Transporte.—El destinatario de un bulto en el contrato de transporte por ferrocarril puede ser un tercero, y tiene acción, sin embargo, para hacérselo entregar. Igualmente, si la persona transportada es víctima de un accidente, los terceros perjudicados tienen acción para reclamar daños y perjuicios de la compañía, por incumplimiento del contrato.

Sociedad.—Una sociedad se funda: todo el mundo debe reconocer su personalidad civil.

He aquí, pues, un conjunto de actos y situaciones, en contratos muy usuales, para los que no tiene un valor absoluto la proposición de que las convenciones no tiene efecto sino entre las partes.

Pero se trata, con todo, más que de excepciones efectivas, de excepciones aproximativas, que en realidad son repercusiones de determinados actos sobre terceros.

Hay, empero, entre los contratos simplemente generadores de obligaciones, efectivas excepciones al principio de la relatividad de los contratos, como son las que resultan de las estipulaciones por otro y de las convenciones colectivas generadoras de obligaciones a cargo de tercero.

2.—LAS ESTIPULACIONES EN FAVOR DE TERCERO Y EL PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.—Es este uno de los aspectos de la evolución que estudiamos que mas poderosamente concurre a reducir el principio de la relatividad de los contratos, "al rol apacible de un principio teórico", según la expresión, tal vez exagerada, de Savatier. Gracias a las estipulaciones por otro las partes pueden, prácticamente, hacer nacer un crédito en provecho de un tercero o extinguir una deuda que lo obligaba.

Siguiendo a los códigos más progresivos, como son el alemán y el suizo, nuestros codificadores han incorporado esta figura a la legislación peruana, permitiendo la adquisición por el tercero del derecho estipulado a su favor, sin necesidad de que preste su consentimiento.

La influencia cada día mayor de esta formación jurídica — como lo anota la Exposición de Motivos—deja sentir su importancia tratándose de los contratos colectivos de trabajo, de los de utilidad general, de los seguros colectivos contra accidentes, del transporte de mercaderías con destinatario distinto del expedido, de las fundaciones, o del seguro individual cuando se pacta en beneficio de un tercero. Lejos estamos de la época en que solamente la donación sub-modo se admitía bajo su égida.

Nuestro Código no requiere, por tanto, la aceptación del tercero; y concede al estipulante el derecho de sustituir al tercero, independientemente de la voluntad de éste y de la del otro contratante, si se reservó esta facultad por pacto expreso (art. 1347).

Los códigos de filiación clásica, como el francés, exigen el consentimiento del tercero para que éste adquiriera el derecho estipulado a su favor. Mas la jurisprudencia francesa, con audacia de innegable carácter pretoriano, y a despecho de lo dispuesto en los arts. 1121, 1119, y 1165 del Código, se ha apartado de ese punto de vista, y admite que un tercero pueda resultar acreedor sin necesidad de afirmación expresa de voluntad de parte de uno de los contratantes. Es así como la Corte de Casación ha sancionado que el viajero, al tomar su boleto de ferrocarril, estipula no sólo para sí, sino para sus próximos parientes. De tal manera que si sobreviene un accidente en el curso del transporte, pueden acogerse esos parientes a la pretendida estipulación tácita y actuar directamente contra el transportador en caso de muerte de la víctima, por incumplimiento del contrato de transporte, y sin necesidad de probar la culpa de la empresa por el accidente que ha ocasionado la muerte del viajero. La empresa ha sido declarada responsable cuando no ha probado el caso fortuito.

El mismo razonamiento ha aplicado la jurisprudencia francesa al contrato de transporte de cosas, admitiendo que el remitente contrate no sólo para sí sino para el destinatario o propietario. En estos casos se ha declarado que la mala ejecución de una obligación contractual abre acciones contra el deudor, a personas distintas del acreedor primitivo. Cítase el caso de un fabricante de automóviles que había vendido un vehículo con un vicio que produjo un accidente mortal y que debió responder a terceros víctimas que no habían contratado con él.

Con la técnica hacia la cual se orienta la jurisprudencia francesa, cabe preguntarse si toda estipulación contractual no deberá

presumirse hecha no solamente en provecho del contratante, sino también en provecho de todos aquellos que tienen un interés especial y legítimo en verla ejecutar. Hay que observar, sin embargo, que la progresión de esta vía es mucho más fácil en materia de obligaciones de hacer que en materia de obligaciones de dar y, especialmente, de dar una suma de dinero. Atribuir, en efecto, a otro que no sea contratante, el derecho de exigir directamente y por su propia cuenta esa suma, sería reconocerle una acción directa equivalente a un privilegio. En ausencia de estipulación expresa, es difícil llegar a ese resultado sin un texto que lo autorice.

3.—ACTOS Y CONTRATOS GENERADORES DE OBLIGACIONES A CARGO DE TERCEROS O EXTINTIVOS DE DERECHOS DE TERCEROS.—Se trata aquí de la creación de obligaciones a cargo de terceros o de la extinción de créditos a su favor, sin el asentimiento del tercero; de un conjunto de situaciones, en suma, que no obstante ser el reverso de las estipulaciones en favor de terceros, al igual que éstas, denotan la extensión de la esfera de influencia de los contratos.

Los contratos colectivos ofrecen el mejor ejemplo de cómo pueden crearse obligaciones a cargo de tercero, o extinguirse créditos en su provecho. Dotados de un alcance excepcional, rigen a las individualidades que los han suscrito como a las que ni siquiera han tenido conocimiento de su celebración. En los convenios o concordatos en las quiebras, la mayoría de los interesados puede crear una obligación personal para los miembros de la minoría o extinguir un derecho que les toca (arts. 195, inc. X y 207 de la Ley de Quiebras N.º 7566). Igual cosa ocurre en el contrato colectivo de trabajo, cuando la ley le confiere fuerza frente a los no adherentes, y con ciertos reglamentos colectivos de las casas divididas por pisos.

Pertenecen a esta misma categoría de convenciones, las que celebran los tenedores de bonos hipotecarios al portador con las entidades emisoras de los títulos. La ley reputa a esos tenedores como formando una sociedad, e instituye que los convenios a que lleguen obligan a todos los bonistas, si son aprobados por tenedores que representen, por lo menos, las $\frac{4}{5}$ partes de los títulos vigentes (arts. 1809 y 1810 del C. C.). Dichos convenios, en virtud de la ficción de la ley, pueden pues generar obligaciones personales a cargo de bonistas que no han participado en ellos, o extinguir créditos que les corresponden.

Otro supuesto de creación de obligaciones a cargo de tercero

por efecto de contratos colectivos, se presenta en materia de obras de pavimentación u otras de la misma naturaleza, cuando la ley establece que basta el asentimiento de un determinado número de propietarios a las condiciones en que debe ejecutarse la obra para que los demás propietarios de una calle resulten obligados a pagar la cuota que les corresponda. La ley 6186, del 27 de abril de 1928, introdujo entre nosotros este principio al determinar, en su art. 4.º que, cuando un número de propietarios que en conjunto posean cuando menos las dos terceras partes de inmuebles con frente a una calle, soliciten del Gobierno la pavimentación, allanándose a cubrir el costo íntegro de la obra, el Gobierno aceptará la solicitud y esa aceptación obligará al resto de los propietarios a pagar el costo íntegro de la obra por los frentes que les respecta. Dando un mayor alcance al sistema así implantado, la ley N.º 8703 del 14 de julio de 1938, autoriza a los Concejos Provinciales de Lima y Callao y Distritales de ambas provincias, para contratar en subasta pública las obras de pavimentación que sea necesario realizar en sus jurisdicciones, *por cuenta de los propietarios de los inmuebles fronterizos de esas obras, y sin el requisito de la previa solicitud por las dos terceras partes de los propietarios*, prescrito en la ley 6186. Uno de los considerandos de la ley 8703 expresa bien las razones de interés público que presiden la imposición de este género de obligaciones, cuando dice: "Considerando: . . . Que en estas obras que incrementan el valor de los predios debe mantenerse la cooperación económica de los propietarios, evitando que la resistencia de una parte de éstos impida su realización o genere soluciones de continuidad, con perjuicio del ornato, la higiene y el tráfico público".

También pueden comprometer a terceros los contratos celebrados por el dueño aparente de una cosa. Así, quien, como acreedor putativo, está en posesión del derecho de cobrar y recibe un pago del deudor, libera a éste con respecto al verdadero acreedor, que permanece extraño al acto (art. 1239 C. C.).

En algunos de los ejemplos anteriores, puede decirse que por la idea de representación se explica el que un tercero pueda quedar obligado por un contrato en el que no ha intervenido. Pero en otros casos se llega al mismo resultado sin necesidad de esa palabra. Tal ocurre por efecto del enriquecimiento indebido. El enriquecido se vuelve deudor del empobrecido por la acción *de in rem verso*. Por ejemplo, el locador que aprovechara las semillas

o abonos que hubiese comprado el conductor a quien ha lanzado, sería responsable de su precio al vendedor.

Hay casos de acciones directas que dejan ver situaciones vecinas: v. gr. el empresario que contrata obreros para construir un inmueble, hace al propietario responsable hacia los obreros, hasta la concurrencia de lo que estuviese debiéndole al empresario (art. 1568 C. C.).

De las explicaciones precedentes aparece muy clara la reducción progresiva que en derecho moderno sufre el principio de que por un contrato no se puede hacer nacer obligaciones a cargo de un tercero. Es esta una evolución en plena marcha. Ya la legislación del contrato colectivo del trabajo, en algunos países como Francia e Italia, declara obligatoria la convención para todos, incluso los sindicatos no adherentes. Asume entonces la convención colectiva la figura de un ante-contrato y, a la vez, de un super-contrato, con poder superior al de la convención ordinaria. Es posible que al amparo de la misma idea, se dicten textos que declaren obligatoria, para los adquirientes de departamentos por pisos, el reglamento colectivo de la casa, en nombre de razones semejantes a las que han determinado las leyes precitadas que autorizan la contratación por cuenta de terceros, de obras de pavimentación. Conforme la anota Savatier en su artículo citado, "todas las veces que un interés de equidad o, mejor aún, un interés social explica y justifica el deseo de las partes de obligar a un tercero, la ley moderna tiende a permitírselo hacer".

La fórmula simple del art. 1329 del Código Civil sobre la relatividad de los contratos no da, pues, una idea de la complejidad de los hechos y queda desmentida por el propio Código y por la reciente evolución del derecho. No se llega a determinar su dominio sino después de amputaciones sucesivas que abrazan, en el hecho, la mayoría de los casos en que un interés social lleva a mezclar a terceros en los efectos de los contratos. De esta evolución, lo dice Savatier, no hay que admirarse. El art. 1329 —que corresponde al 1165 del Código francés— parte de la idea de que los negocios de cada uno no conciernen sino a uno mismo, que los administra libremente y que la sociedad y los terceros no tienen por qué ocuparse. "Esta concepción simplista —escribe el autor citado— de una libertad absoluta del individuo, no tiene en cuenta

suficiente los vínculos que unen inevitablemente unos a otros los miembros de la sociedad. Y mientras mas se civiliza y se complica esta sociedad, más se multiplican y consolidan esos vínculos". (122).

4.—DESARROLLO DEL CONTENIDO OBLIGATORIO DE LOS CONTRATOS.—La trama obligatoria del contrato se hace cada día más rica, por acción de la ley y, lo más a menudo, de la jurisprudencia. Refiriéndose Josserand a esta orientación del derecho contractual, escribe: "En el curso de los siglos, pero sobre todo después de una treintena de años, el contrato ha ganado en profundidad y en intensidad: su potencial obligacional se ha acrecentado, bajo los esfuerzos del legislador a veces, pero principalmente por acción de la jurisprudencia". (123).

Este procedimiento técnico de enriquecimiento, de inflación del contenido obligatorio del contrato es, seguramente, una de las creaciones más interesantes e ingeniosas de la jurisprudencia francesa y una de las primeras expresiones de lo que Josserand llama el *dirigismo* jurisprudencial. Se erige sobre el art. 1135 del Código Napoleón, que tenía su paralelo en el art. 1257 del Código derogado, el que no ha sido mantenido en la nueva codificación. Dice así el art. 1135 del Código Napoleón: "*Las convenciones son obligatorias, no sólo en cuanto se haya expresado en ellas, sino también en todos los efectos que la equidad, el uso o la ley den a la obligación según su naturaleza*". Sobre la base de este dispositivo y del *subterfugio de las cláusulas subentendidas*, el contrato viene a resultar *dirigido* por una voluntad superior a la de los interesados, tal como las partes debieron haber querido que fuese, pero no como quisieron.

Preséntase en primer lugar, impuesta por la ley o la jurisprudencia, la *obligación de seguridad* anexa a ciertos contratos. Las leyes de accidentes del trabajo habían atribuido, en todas partes, una obligación de esa clase, que tiene su fuente en el contrato de trabajo y que no existe sino en función de ese contrato.

Pues bien, la jurisprudencia francesa imputa la obligación de seguridad a una serie de contratantes profesionales: explotadores o empresarios de juegos de feria, de escuelas de equitación, de colecciones de fieras, de hoteles, de establecimientos de baños, etc. Cuando un accidente sobreviene en el curso del acto u operación cumplida en virtud del contrato, se hace contractualmente

(122) R. Savatier. — Artículo cit.

(123) L. Josserand. — Aperçu général... etc.

responsable a los explotadores o empresarios, sin que la víctima tenga que suministrar prueba de la culpa cometida por esas personas. Considérase que el daño sufrido se vincula a la inejecución de una obligación de seguridad asumida hacia la actual víctima por el otro contratante. El fardo de la prueba se desplaza, transponiéndose la responsabilidad profesional, de lo delictual a lo contractual. La responsabilidad se afirma de plano —como explica Jossérand— por la ley del contrato, para no ceder sino ante la prueba del caso de fuerza mayor o de culpa de la víctima, prueba cuya carga incumbe a la persona contractualmente responsable del daño sufrido por el cliente. (124).

La obligación implícita de seguridad la desprende la jurisprudencia francesa de un número cada vez mayor de contratos profesionales. Se la atribuye al médico y al cirujano, partiendo del supuesto de que se obligan a dar al paciente cuidados atentos según los datos adquiridos de la ciencia: al agente de cambio, partiendo del supuesto de que debe informar al cliente de las condiciones de la operación; y se ha querido aún que se la imputara al banquero, emisor de títulos del Estado en los que se estipulaba el pago en moneda de oro, por acción de portadores de esos títulos que el Tesoro pretendía pagar con moneda desvaluada.

En verdad la jurisprudencia francesa ha ido lejos con estas construcciones. La voluntad de las partes de exigir una obligación de seguridad es singularmente hipotética. Consultado el deudor de alguna de esas obligaciones, diría ciertamente que jamás había soñado en garantizar de una manera absoluta la integridad corporal del viajero, espectador, cliente paciente o locatario. Demogue entiende por eso a la obligación de seguridad, como relativa y no absoluta, de medios y no de resultado. “En realidad — como observa Jossérand — la obligación de seguridad absoluta, tal como la ha ampliado la Corte de Casación de Francia, no tiene nada de sinceramente convencional; se trata de una obligación legal o más bien jurisprudencial, que el juez inserta de viva fuerza en el contrato; se considera y se retiene no la voluntad efectiva de las partes, sino la que ellas debieron haber tenido: se hace socialismo jurídico, dirigismo contractual”.

Representan también estas construcciones un esfuerzo por ampliar el principio de la culpa aquiliana, que todavía prevalece en el derecho francés; siendo de notar, a este respecto, que un

(124) L. Jossérand.—Aperçu général...etc.

Código tan moderno como el polaco, que tantos derroteros nuevos abre, ha rehusado admitir la responsabilidad objetiva, fundada sobre las ideas modernas de riesgo y provecho, y permanece fiel al viejo concepto de la culpa (art. 135), la que de ordinario deberá ser probada por la víctima. Sólo en algunas hipótesis previstas por el Código se presume la culpa de ciertas personas, o la responsabilidad se basa sobre la noción del riesgo, o más simplemente, sobre la equidad. Al lado del Código funcionan en Polonia, como en Alemania y Francia, leyes especiales que regulan la responsabilidad por daños causados por aeronaves.

Refiriéndose a este mismo problema de la reparación de los daños y a las tendencias de la jurisprudencia francesa, Morin encuentra que su desarrollo ha sido mal planteado al hablar de responsabilidad objetiva. Considera que no se puede concebir una responsabilidad sin culpa. El problema, dice, debe plantearse así: *cuándo se deben reparar los daños* (obligación de asistencia, sistema solidarista, etc.) y *nó cuándo se es responsable*. (125).

La cuestión de la obligación de seguridad implícita en ciertos contratos, es también de interés para nosotros, en vista de la controversia que existe sobre el sentido y alcance del art. 1136 del Código Civil, punto de partida de la teoría de la culpa. A pesar de que la Corte Suprema ha abrazado resueltamente, en un reciente informe, (126) el principio de la responsabilidad objetiva, no parece que ello hubiera puesto término al debate.

(Continuará).

ENRIQUE GARCÍA SAYÁN.

(125) G. Morin. — La loi et le contrat...etc., p. 120.

(126) Anales Judiciales, T. XXXVI, 1940, pág. 341.