

La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Contemporáneo y en el Código Civil de 1936 (*)

PRIMERA PARTE

CAPITULO I.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

SUMARIO: 1.—El contrato, ley para las partes. 2.—Revolución del derecho actual contra los códigos de molde antiguo. 3.—Desarrollo cuantitativo y cualitativo del contrato y el “dirigismo” contractual. 4.—El estado jurídico actual. 5.—La seguridad contractual exagerada por el individualismo. 6.—Necesidad de un sistema que contemple la imprevisión. 7.—Presentación de la teoría de la imprevisión. 8.—Debate doctrinal acerca de su aceptación o rechazo.

1.—El contrato ha sido concebido, por mucho tiempo, como la institución jurídica donde la más completa libertad individual encontraba amplio campo para su desenvolvimiento. La intervención legislativa en los demás aspectos del orden jurídico ha sido siempre aceptada; mientras se convenía en reglas precisas sobre matrimonio, sucesión, tutela, se pensaba que el contrato tenía una inmensa esfera de libertad. “Las reglas y las leyes a las cuales el contrato está sometido no establecen sino los últimos límites de lo que no está permitido, dejando a la libertad individual la más grande latitud posible”. (1)

Los principios liberales nacidos al calor de la preparación

(*) Tesis para el Bachillerato en Derecho.

(1) Henri Ahrens—Cours de Droit Naturel. Bruselas. 1860,—pág. 402.

y gestación de la Revolución Francesa volcaron todo su individualismo en las leyes que la siguieron, y a través del Código de Napoleón — su máximo exponente — han perdurado, hasta hace poco, en las legislaciones de todo el orbe.

La libertad contractual era teóricamente absoluta y la autonomía de la voluntad se presentaba como dignificante principio en que se fundaba la teoría del contrato. La voluntad de las partes contratantes era la única razón de derecho y la principal regla de interpretación para las convenciones. (2) La forma era reglamentada por la autoridad, el fondo quedaba al libre albedrío de los interesados.

Si la libertad de las partes hacía nacer el contrato, éste, una vez concluido, se erguía como ley implacable sobre ellas con toda la fuerza de una disposición legislativa. La mayoría de los Códigos proclamaba la santidad de los contratos. El contrato era ley para las partes y nadie podía rebelarse contra esa ley, sobre todo si voluntariamente se la había impuesto.

2.—El derecho actual se vuelve contra los Códigos de molde antiguo, apareciendo los contratos basados en la libertad del consentimiento como míticos destellos que se apagan rápidamente ante la desigualdad económica de los contratantes. La lesión subjetiva, los contratos colectivos de trabajo, los de adhesión, etcétera, son muestras incontestables de que los fundamentos en que descansaba la vida contractual han sido relevados para justificar y explicar su endeble existencia en el derecho privado.

Si el derecho romano subsiste ante los enormes cambios que experimenta la sociedad, no es sino porque su carácter universal permite modificarlo y adaptarlo a las nuevas exigencias. "Los viejos cuadros — dice Louis Josserand, refiriéndose al *jus civilis* — por muy sólidos y venerables que sean, se hunden por todas partes y nuestra sociedad del siglo XX aspira legítimamente a revestir una armadura jurídica completamente distinta que la empleada por la Roma de los Antoninos y los Severo". (3)

El derecho de obligaciones concebido antes como casi inmutable evoluciona actualmente, desarrollándose el contrato cuantitativa y cualitativamente. El modo de prepararlo, de con-

(2) Henri Ahrens—Op. cit. pág. 411.

(3) Louis Josserand.—El desarrollo moderno del concepto contractual. Rev. La Ley—Buenos Aires. 1936. Tomo II pág. 119.

cluirlo, de ejecutarlo, expresan su evolución cualitativa. La cantidad de los contratos ha aumentado con el incremento de los inventos de los medios de transporte y comunicación, que han hecho del mundo un mercado universal. "El teclado contractual, utilizado más que nunca, ofrece a quien lo maneja nuevos sonidos y nuevas combinaciones". (4)

El mundo de los contratos ampliado así enormemente, y acrecentado en importancia social, constituye un instrumento de progreso incesante para los grupos humanos.

3.—Dentro de las ideas liberales, el fin jurídico del contrato era levantar obstáculos o hacer retroceder los límites que tuviera la actividad del hombre en la persecución de su bien y, como decía el ex-profesor de la Universidad de Bruselas, "el contrato produce una extensión del círculo de actividad de las partes contratantes pues hace posible lo que está más allá de las fuerzas de un individuo". (5) El individuo estaba por encima del grupo social. El verdadero concepto democrático del derecho, consistía, simplemente, en velar por la normal actividad de los miembros del Estado.

En el cambio de estas premisas es que está basada la revolución jurídica que experimentamos. Para ello han influido, además de "la interdependencia social" de que nos habla Duguit, (6) las grandes crisis económicas y los desastrosos efectos de la guerra mundial. El Estado después de esos trastornos no podía continuar de gendarme centinela. Para subsistir se veía forzado a sobreponerse definitivamente sobre el individuo. Ya no le interesaba que los individuos tuvieran facilidades para su propio desarrollo, sino que tales o cuales actividades fueran encaminadas a un fin que beneficiase a todo el grupo; es así que ahora el Estado moderno interviene en toda la vida social y política, aún cuando fundándose siempre en principios democráticos. El individualismo de la democracia liberal ha sido sustituido por un sentimiento más socializante de la vida. El Estado "ha dejado la política de abstención y se ha convertido en militante". (7)

(4) Louis Josserand—Op. cit. pág. 119.

(5) Henri Ahrens—Op. cit. pág. 400.

(6) Manuel P. Olaechea—Tesis inédita: "La crisis del derecho civil clásico".

(7) Cunha Barreto—O dirigismo na vida dos contratos. Rev. Forense. 1939—Rio de Janeiro. 1er Trimestre Vol. LXXVII—Año XXXVI. Fasc. 428—Sec. Doct. pág. 252.

Si las relaciones económicas están tan íntimamente unidas a las relaciones jurídicas, la intervención estatal en el orden jurídico se hace tan imperiosa como en el económico. El contrato es el vínculo fundamental de esa íntima unión: es mediante él que se desenvuelven los intereses económicos y se satisfacen las necesidades humanas. En consecuencia, el Estado, afanado en realizar su fin, se vé precisado a interferirse en las relaciones privadas de los individuos reglamentando la mayor parte de las convenciones.

Josserand (8) estima que son dos las causas de esa intrusión: una de orden político-jurídico y, la otra, específicamente económica, perdiendo la autonomía de la voluntad su puesto culminante.

Por la causa político-jurídica, el contrato escapa, día a día, de su clásica y tradicional fórmula de encuentro de voluntades, colocándose sobre la égida de la libertad sin freno para concretar el encuentro de las voluntades dirigidas y de las actividades encaminadas para la finalidad estatal, sea por los poderes públicos, a través de su función legislativa más amplia, sea por la interpretación jurisprudencial, sea por la propuesta de uno de los contratantes, dirigida en este sentido como preparación unilateral de la convención. El contrato se hace público. (9)

La causa económica es la que gobierna con más preponderancia el fenómeno del "dirigismo" contractual. Se piensa que si el Estado no saliese en defensa de los intereses de los más débiles, las grandes empresas dictarían los contratos como el poder público dicta sus textos legales. Aquí se advierte que la autonomía de la voluntad fué en casi todos los tiempos una fantasía. La voluntad de los más fuertes siempre predominó a la sombra del liberalismo jurídico.

4.—La más reciente literatura jurídica se ocupa principalmente de patentizar el estado jurídico actual. Hay quien opina favorablemente; quien lo critica con acritud; quien simplemente lo muestra como un fenómeno de evolución. Pero lo cierto es que nadie puede permanecer indiferente o ignorarlo porque la mutación ha llegado a todas las instituciones legales. Por consiguiente, al estudiar cualesquiera de ellas es indispensable exa-

(8) Louis Josserand—"Tendances actuelles de la théorie des contracts" *Revue trimestrielle du Droit Civil*—1936.

(9) Cunha Barreto—Op. cit. pág. 252.

minar la transformación experimentada, apuntando sus razgos capitales con el objeto de dejar bosquejada su fisonomía.

En materia contractual las variaciones conexas con nuestro tema se han producido, como lo tenemos dicho por las crisis económicas y la guerra mundial (supra 3), que se presentan como causas de las otras causas de que nos habla Josserand (supra 3). Las devaluaciones monetarias, la carestía de la vivienda, la desocupación, el alza de los precios, etcétera, han dado base a la promulgación de una serie de leyes de emergencia intervinientes en las convenciones privadas. Pero, aún cuando ellas fueron expedidas con carácter extraordinario, su larga duración ha formado lo que se suele llamar el "derecho de crisis". Derecho que subsiste aunque desaparezca la crisis, y que nos permite asistir al desquiciamiento de los códigos civiles en provecho de una enorme y siempre creciente cantidad de leyes especiales.

El Estado interviene en la formación de los contratos, en sus efectos, en su fuerza obligatoria. En el primer orden de cosas la noción de orden público se extiende cada vez más, usurpando el derecho de los particulares. En segundo lugar, somos testigos de la extensión de toda una serie de actos lícitos o ilícitos, particularmente en materia de responsabilidad civil, a menudo contra y más allá de la intención expresa, tácita o presunta de las partes. En el tercer orden de ideas el Estado pone trabas a las obligaciones cuando es preciso ejecutarlas contra los débiles. La mayor parte de los códigos no se han ocupado de esto, habiendo sido la materia objeto de leyes especiales.

Por su parte, la jurisprudencia, bajo la presión de la legislación de post-guerra y bajo el imperio de los tiempos anormales, en los cuales vivimos, ha tenido que hacer una nueva obra y volverá difícilmente a las reglas saludables de las codificaciones. (10)

La situación se presenta para algunos como irremediable y caótica, porque ven destruídos los antiguos principios jurídicos, aún cuando comprenden que la sociedad evoluciona. Georges Ripert (11) nos presenta una clara visión de la etapa por la que atravesamos. Considera que como no es posible pedir al legislador su intervención constante en la vida contractual, la ley

(10) Vidan O. Blagoyevith—Informe presentado en la Semana Internacional de Derecho—París 1937. La revisión de los contratos por el juez. pág. 142.

(11) Georges Ripert—Le régime démocratique et le Droit Civil Moderne—París 1936. parag. 159 pág. 312.

se preocupará de remitir al juez el control de la ejecución y las partes deberán someterse a la dirección que dan los poderes públicos.

Este "dirigismo jurídico" está enlazado con el fenómeno de la socialización del derecho, porque el Estado al intervenir lo hace en nombre de la sociedad. En el presente, el Estado y la sociedad se identifican, los problemas ya no son exclusivamente políticos o exclusivamente sociales. No cabe hacer esa distinción. Ahora son problemas políticos y sociales a la vez, con una base fundamentalmente económica.

Desde este punto de vista los contratos son combinaciones protegidas por la ley para llegar a fines superiores, más que generadores de derechos individuales. Son creación y distribución de la riqueza para satisfacción de los seres humanos. El interés del contrato es el de todos. (12) Su elemento constitutivo no es la común intención de las partes, opina Consentini: el fundamento verdadero de la obligación contractual no debe ser buscado en un acuerdo bastante raro de las voluntades individuales, sino más bien en las necesidades de la sociedad y del crédito público. (13)

En este suelo removido por todos estos nuevos conceptos o exageraciones, o avances necesarios, o retrocesos, debemos presentar la teoría de la imprevisión. Ella no es nueva, sino renovada. Se fundamenta en principios que vagamente conocieron los romanos, que olvidó el individualismo liberal, y que reaparecen vigorosamente en esta nueva era jurídica.

5.—Uno de los fines primordiales de la contratación es el aseguramiento que persiguen las partes para el futuro, con el objeto de poder desenvolverse en sus relaciones comerciales. La idea de seguridad vive sustancialmente en los negocios jurídicos. Siempre ha sido así, desde que el derecho adquirió la importancia que le dieron los romanos hasta nuestros días.

El viejo adagio jurídico "pacta sunt servanda" ha servido para establecer determinadamente que el cumplimiento de los contratos es obligatorio y que nadie puede liberarse de ejecutar su prestación, sino por verdadera imposibilidad material engen-

(12) René Demogue—*Traité des Obligations en général*. París 1926. parag. 637 pág. 697.

(13) Francesco Consentini—*Réforme de la Législation Civile*. París 1913. parag. 2 pág. 286.

drada por la fuerza mayor o el caso fortuito. La santidad del vínculo perfeccionado ha llegado, a veces, a ser considerada más trascendental que la misma obediencia a la ley.

El respeto a la palabra empeñada debe siempre guiar las relaciones contractuales. Si cada contratante pudiera incumplir sus compromisos, acogiénose a simples pretextos legales, la misma actividad jurídica y económica se vería disminuída en su intensidad, con palpable perjuicio para la colectividad. El incentivo de mejoramiento que tiene en vista el individuo y que, por lo general redunda en beneficio social, se vería casi aniquilado por la incertidumbre de las convenciones.

Las legislaciones han tenido en cuenta esa posible anomalía al rigorizar los efectos que produce el incumplimiento de las obligaciones, afianzando con su texto la normal conclusión de los negocios jurídicos. Gracias al acatamiento constante de los preceptos legislativos se ha podido continuar en la convivencia social de la que el sorprendente adelanto industrial y material es prueba irrefutable.

Sin embargo, los códigos contemporáneos, con raras excepciones, han pecado por exceso al acentuar su rigorismo y llevarlo a extremos reñidos con la justicia. Inspirados en la doctrina individualista del siglo pasado dan a la norma "pacta sunt servanda" un carácter místico, inmutable y absoluto que no lo tiene, pues en derecho todo es relativo. Lo único absoluto es el concepto de justicia, al cual ella no vá dirigida si se le exagera en el grado que lo hacen algunas legislaciones actuales. (14) El cumplimiento estricto del contrato, como la obediencia a la letra de la ley no es siempre lo que la justicia desea, por el contrario, veces hay en que su exigencia resulta totalmente injusta.

6.—La ley se pone en el caso de que celebrado un contrato se pierde la cosa materia de la prestación, sin culpa del deudor; limita sus efectos al ocuparse de la fuerza mayor; reglamenta el caso fortuito; establece dispositivos para la lesión, los vicios ocultos, la mora, la mala fé, etcétera. Pero son pocos los códigos que, de una manera expresa e indubitable, se ocupan de los casos en los cuales, después de perfeccionado un contrato, por circunstancias sobrevinientes, imprevistas e imprevisibles, las condiciones en que fué celebrado cambian de tal modo que hacen muy

(14) Adelqui Carlomagno—"Importancia jurídica del contrato: su fuerza obligatoria" Rev. del Colegio de Abogados—Rosario—Argentina, 1937. pág. 206.

difícil o muy oneroso la ejecución por el deudor, o dejan absolutamente sin garantía al acreedor. No es que el trastorno haga imposible la ejecución (fuerza mayor o caso fortuito), sino que le hace simplemente muy difícil o muy onerosa.

Los contratos son ley para las partes. ¿Pero no sucede a menudo que la realidad pone de manifiesto una flagrante injusticia cuando se exigen literalmente su cumplimiento y de él va a resultar la ruina del deudor y el enriquecimiento del acreedor como consecuencia del azar? La ejecución en esos casos es la quiebra del deudor, que no la imaginó, y una lotería para el acreedor, quien tampoco se la pudo representar. ¿No es en tales circunstancias aceptable reajustar las cláusulas del contrato, teniendo en cuenta la equidad, la buena fé o la intención de las partes? Todas estas razones han movido al juez primero y al legislador después a proceder, tal vez empíricamente, modificando para esos contratos el alcance de muchas de sus cláusulas. (15)

Como por lo general los grandes trastornos económicos constituyen las causas que producen el cambio de las circunstancias, tanto la jurisprudencia como las leyes correspondientes llevan en sí mismas el carácter notorio de la emergencia. Elaboradas precipitadamente no pretenden justificarse doctrinariamente, les basta aducir razones políticas o económicas. Y cuando su preparación requiere más tiempo llegan por lo general demasiado tarde. No se trata pues de fabricar un derecho de crisis que perdure durante los tiempos tranquilos que pueda vivir el mundo, sino que es menester adoptar una posición y examinar si es posible construir un sistema general y permanente que contemple la imprevisión.

7.—La teoría de la imprevisión como se le llama por la mayor parte de la doctrina, no es una novedad jurídica que ha aparecido de pronto para perturbar la seguridad de quienes se cobijan bajo la etiqueta "pacta sunt servanda". Ella ha existido, aunque con técnica diferente, desde muy antiguo en la famosa cláusula "rebus sic stantibus", que crearon los romanos y a la que los canonistas dieron gran importancia.

El conflicto entre la norma "pacta sunt servanda" y la cláusula "rebus sic stantibus" es un viejo problema que viene deba-

(15) Adélqui Carlomagno.—Op. cit. pág. 206.

tiéndose por épocas, pero que después de la guerra de 1914 ha alcanzado un punto culminante y crítico que necesariamente tiene que obligar a las distintas legislaciones a decidirse por uno de los dos extremos o a adoptar fórmulas conciliatorias. Esta última solución parece ser la más recomendable.

Por de pronto podemos afirmar que el debate doctrinal al respecto no está cerrado. Muy al contrario, las opiniones se encuentran sumamente divididas no tanto por un rechazo espiritual de la imprevisión, sino por los conceptos clásicos que se tiene del contrato y por el lógico temor que despierta la posible aceptación definitiva y permanente de la teoría.

Todos los comentaristas del movimiento codificador de tipo francés, sostienen la inflexible y absoluta supremacía de la ley. Así decía Laurent. (16) "Los códigos no dejan margen alguno al arbitrio del intérprete, porque su misión no es producir derecho, ya que lo encuentran pronunciado". Aplicar la equidad es eludir la ley, por lo tanto violarla.

Sin embargo, una considerable parte de la doctrina acepta que en gran número de casos los hechos de la vida práctica se levantan contra las disposiciones convencionales y que es preciso contemplar esas situaciones con un sano criterio de equidad. Entendiéndose a ésta como lo quiere del Vecchio: "la equidad no significa mitigación, sino apreciación exacta de todos los elementos de hecho que puedan tener interés para el derecho". (17) No se pretende reclamar la compasión para el deudor con el objeto de que se le condene total o parcialmente su obligación, se trata de dar un fondo más moral al derecho de obligaciones. Hay casos en que la imprevisión es alegada en beneficio del acreedor (desvalorizaciones monetarias), porque las circunstancias van a colocarlo en una situación de absoluta inferioridad frente al deudor. La imprevisión no es pedida para favorecer a una sola clase de contratantes, ella tiene por fin el equilibrio de las partes.

8.—La intervención estatal en la vida de los contratos, mediante el fenómeno del "dirigismo" (supra 4) ha permitido que el concepto de la imprevisión con su consecuente, la revisión, se haya introducido sorprendentemente en la legislación no codificada y en la jurisprudencia. Al principio este fenómeno fué

(16) F. Laurent—*Principes de droit civil français*—París 1893.

(17) Del Vecchio—*Principios generales del derecho*—1936.

justificado por la anormalidad de las situaciones intervenidas; depreciación monetaria, crisis agrícola, etcétera, pero más tarde se ha visto que no han sido, en muchos casos, sino pretextos. Actualmente la osadía de tales intervenciones ya no busca la excusa de circunstancias excepcionales. "Basta que el legislador estime la modificación de los contratos útil a la vida económica para que no vacile en ordenarla" (18) Al Estado le interesa en algunos casos que el contrato no se rescinda, le importa que se modifique para que pueda ejecutar y beneficiar a la colectividad.

El mismo Ripert, que considera que el contrato necesita estar en una singular decadencia para que los golpes que ha sufrido hayan sido recibidos con indiferencia, explica que el fenómeno de la imprevisión es de una importancia trascendente. Si nuestra época estima que el cambio constante de las leyes es necesario al progreso de la humanidad y que las circunstancias económicas se modifican rápidamente, sería contradictorio y anacrónico que el orden convencional permaneciese inmutable. (19) La labor jurisprudencial ha sido, pues, desde algún tiempo buscar soluciones equitativas en casos específicos, porque cuando ella se ha resistido a dejar de lado el cumplimiento estricto, el legislador ha intervenido, tal vez, con exceso. La ley y el contrato no son ya un imperativo despótico para el juez. (20)

La doctrina de post-guerra demuestra ser partidaria de la teoría de la imprevisión. Los autores han podido apreciar de cerca los trastornos producidos por los conflictos bélicos. No obstante, el derecho del siglo pasado se proyecta todavía, a través de algunos importantes juristas, especialmente franceses. La oposición se funda fuera de algunas razones de principio, en el peligro que representa un dispositivo legal que adopte con generalidad la imprevisión y en el temor, de abandonar la vida misma de las convenciones en manos del más grande arbitrio judicial.

Volviendo al sabio profesor de la Facultad de Derecho de París nos encontramos con ese temor cuando advierte el estado

(18) Georges Ripert—Op. cit. parag. 164 pág. 319.

(19) Georges Ripert—Op. cit. parag. 154 pág. 304.

(20) Faustino Menéndez Pidal—Contratos: Incumplimiento y equidad para la interpretación—Rev. Jurisprudencia Argentina, Año 1937.—Tomo 57. Sec. Doct. pág. 31.

actual del contrato: "el contrato ya no es un orden estable sino un eterno devenir. El acreedor no tiene un derecho adquirido sino la simple esperanza de que el juez halle legítima su pretensión". (21) El pesimismo que caracteriza la obra del jurisconsulto Ripert es la expresión del espíritu de una gran número de tratadistas que ven destruidos los principios en que formaron su criterio jurídico. Para ellos es la decadencia de la soberanía del contrato. Estiman, algunos, que es preciso desterrar esa idea, que se está apoderando del mundo, de no cumplir con la palabra empeñada tanto en las relaciones de derecho privado como en las de derecho internacional público, porque es el acto más grave contra la buena fé. (22) Critican la exageración a que quiere llegarse por medio de la imprevisión, pero en el fondo muestran su asentimiento en principio para la teoría.

La doctrina, pues, ya lo hemos dicho, está dividida en el problema (supra 7). Ambos bandos fundan sus razones en la noción de buena fé.

El más grave ataque a la buena fé es el irrespeto a la palabra empeñada.

La buena fé no permite que los contratos se ejecuten contra la equidad.

Es una gran noción moral de los contratos, que anima a la doctrina y a las legislaciones más o menos opuestas, pero que, como apunta el tratadista Niboyet "es, tal vez, por haber colocado demasiado alto esta moral que todos se han encontrado de algún modo en esa zona que conocen los alpinistas y que se llama la zona de las brumas. Es sin duda, ésta la razón, por la cual a partir de ese momento todos se han dado la espalda y se han perdido". (23)

Los autores que la rechazan no aducen razones bastantes para aniquilarla definitivamente, los que la sostienen tampoco la fundamentan suficientemente para hacerla vivir permanentemente en las legislaciones o, por lo menos, no la revisten de la técnica indispensable para su supervivencia.

(21) Georges Ripert—Op. cit. parag. 159 pág. 312.

(22) Naojiro Sugiyama—Intervención en el debate de la Semana Internacional de Derecho—París 1937. La revisión de los contratos por el juez, pág. 192.

(23) J. P. Niboyet—Exposición final en el debate de la Semana Internacional de Derecho.—París 1937. La revisión de los contratos por el juez.—pág. 190.

CAPITULO II.

ESQUEMA HISTORICO

- 1).— La teoría de la impresión en la historia.—2).—El derecho romano no la conoció.—3).—Vestigios en la Edad Media.—4).—La doctrina de los canonistas.—5).—El código de Maximiliano, el Landrecht prusiano y el Código austriaco.—6).—El individualismo del siglo XIX olvidó la teoría.—7).—La guerra mundial de 1914 y sus efectos en los contratos.—8).—Importancia actual de la teoría.

1.—La teoría de la imprevisión, tal cual la formulamos en la actualidad, no existió antes en ninguna de las épocas históricas. La técnica jurídica moderna permite el desarrollo extenso de principios de derecho que existían embrionariamente en épocas antiguas y que hace que aparezcan como principios nuevos, cuando lo único que les ha faltado en otros tiempos ha sido una aplicación técnica. Además, la experiencia que esta aplicación ofrece permite fundamentar mejor cualquier teoría.

2.—El derecho romano se puede decir que no conoció lo que llamamos imprevisión. Había uno que otro principio, en ciertos casos, que admitía que el deudor quedaba liberado si las condiciones del contrato variaban en forma tal que no correspondía a la intención de las partes, pero jamás se formuló una regla de carácter general (24). El pretor socorre a los débiles, sin duda, por el juego de las excepciones *doli*, *metus*, etcétera, y de las restituciones "*in integrum*", pero semejantes medidas suponen que la equidad no es reconocida en el momento de la formación del contrato. Además, producen la nulidad, no la revisión del contrato.

El doctor Eugenio Cardini en su libro "La teoría de la imprevisión", siguiendo a Osti y Maynz, en la reseña histórica, cree que los principios de la imprevisión pudieron jugar en el flexible derecho pretoriano, aún cuando sin pensarse en una construcción jurídica, y menos en una teoría. Señala con este objeto tres ejemplos de "*condictio*": a) Contratante que falta a su obligación recíproca; b) Dote entregada en vista de un matri-

(24) S. Serbesco *Effects de la guerre sur l'exécution des contrats*. Rev. Trimest. de Droit Civil—Paris 1917.

monio, que no llegó a realizarse o legalmente imposible; y c) Repetición de lo pagado por deudas de juego o por intereses usurarios, etcétera. En estos supuestos la repetición procedía por falta de causa. Hubiera sido contrario a la equidad permitir enriquecerse a costa de la otra parte, apareciendo así la "condictio causa data causa non secuta". (25)

El señor Lalou, Decano de la Facultad Católica de Derecho de París, dice que apenas si se podía señalar dos instituciones de derecho romano, en las cuales una modificación del contrato correctamente formado en su origen, es apreciada por el juez. Ellas son el beneficio de competencia, que limita la deuda del deudor a sus recursos y la cesión de bienes, que le permite sustituir su patrimonio por su persona. Pero estas dos instituciones se reducen a limitar para el deudor, en casos particulares, el efecto de la inexecución del contrato. No tienen por resultado el corregir su injusticia. (26)

Sin embargo, hay quienes afirman que la imprevisión fué absolutamente desconocida por el derecho romano y que la cláusula *rebus sic stantibus* — semilla de la actual teoría — nace con los canonistas y pasa a los post-glosadores, quienes la desarrollan exageradamente. Son de esta opinión Demogue, (27) Planiol (28) y Willinston (29), y otros tratadistas de menor importancia que ni siquiera mencionan el derecho romano cuando se ocupan de la imprevisión.

Aún cuando es perfectamente cierto que nuestra teoría no fué conocida por los romanos y que la falta de una técnica más depurada — obra característica del derecho romano — obligan a no pensar en una existencia antigua, nadie puede atreverse a negar que los conceptos de equidad y buena fé estuvieron muy arraigados en ese derecho. Tampoco se puede negar la gran espiritualidad que reinaba en las interpretaciones de las convenciones. La intervención legislativa en la vida contractual es un hecho cierto, realizada por el pretor en su interpretación.

Los romanos introdujeron los contratos no solemnes, en los

(25) Eugenio Oswaldo Cardini—La teoría de la imprevisión—Buenos Aires 1937. Segunda Parte Cap. VI parag. 15.

(26) M. Lalou—Informe en la Semana Internacional de Derecho—París 1937. La revisión de los contratos por el juez. pág. 46.

(27) René Demogue—Op. cit.

(28) Marcel Planiol—Tratado de derecho civil—1930—T. 6.º

(29) Samuel Willinston—A treatise on the Law of Contracts. 1938.

cuales el fondo tenía más importancia que la forma, y el espíritu más que la letra. El doctor Adelqui Carlomagno dice refiriéndose a la norma *pacta sunt servanda*: "En el derecho romano tal máxima fué sólo una expresión de una de sus épocas, quizás individualista, respondiendo a especiales razones de orden político, económico y social, variando siempre en intensidad por la obra diaria y espontánea del pretor. (30) Esto permite inferir que el profesor argentino estima que en otra época de los romanos la equidad y la cláusula *rebus sic stantibus* eran suficientemente conocidas.

Lo que ningún tratadista afirma con seguridad es si la imprevisión—a la concepción de la época—jugaba de una manera sistemática en las leyes romanas. Apenas si se aventuran a aseverar que mediante las "*condictio*" se puede concebir ese juego, basándose en que la buena fé, la norma *pacta sunt servanda*, la equidad, no son principios que trajo el cristianismo, sino que son más antiguos que él (31). La existencia de ellos hace pensar que hubo alguna clase de imprevisión.

3.—Se han hecho esfuerzos para afirmar que fueron los *primeros glosadores* los que desarrollaron la teoría, pero casi todos los autores convienen en que es a partir de los *canonistas* y *post-glosadores* que aparece la idea fundamental de la teoría en términos más claros, sin negar que hay vestigios de la existencia embrionaria del principio. (32)

La filosofía jurídica romana se hundió en la sombra de la época bárbara para renacer en los textos canónicos. Ella repercutió enormemente en los canonistas. Estos elaboran su teoría basándose en unos célebres pasajes de Cicerón y Séneca, verdaderos precursores de la teoría de la imprevisión.

El primero en su *De Officiis*, dice: "él se presenta según las circunstancias donde las cosas que parecen más dignas de un hombre justo, los principios que son el fundamento de la justicia, desde luego el de no perjudicar a nadie, obras en vista del interés común..... cuando los tiempos cambian la aplicación de esas reglas él debe cambiar y no es más el mismo. Podemos tener un hecho, una promesa o una convención tal que la ejecución sería perjudicial a aquél a quien se ha prometido u obligado.

(30) Adelqui Carlomagno—Op. cit. pág. 206.

(31) J. P. Niboyet—Op. cit. pág. 11.

(32) Especialmente Planiol, Demogue, Enneccerus, Cardini.

No es necesario, pues, mantener la promesa que será funesta a quien la recibió y si un compromiso causa más perjuicios que ventajas para aquellos que han sido vinculados”.

Séneca en su conocida obra *De Beneficiis*, expone: “Yo no habré traicionado mi palabra y no habré cometido infidelidad. un sólo punto cambiado me deja libre de deliberar de nuevo y de no cumplir mi palabra”.

En un orden cronológico, se puede decir que lo más antiguo, respectivo a la imprevisión, son las célebres Decretales de Graciano, extractos de las obras de los Santos Padres de la Iglesia y de comentarios del *Corpus Juris*. En ellos se considera que existen muchos casos en que no se puede decir que se presente la mentira o duplicidad de las personas, cuando se ha empeñado la palabra y no se cumple. Estos casos son “cuando sobrevienen acontecimientos imprevistos que dificultan la ejecución”.

Cardini, a quien seguimos en esta parte, inserta también un pasaje de Juan de Andrea, “*fallit interdum haec regula ex causa superviniente vel de novo ad notitiam perveniente*” Esto hace pensar en un concepto de lesión sobreviniente, que constituye toda una teoría contemporánea.

4.—“Los autores cristianos fueron los que primeramente enseñaron que el “*vinculum fraternitatis*” que existía entre los hombres engendraba para el deudor el deber de ser fiel a la fé jurada y para el acreedor el respecto a la justicia. Temperar la fuerza obligatoria del contrato por la consideración de lo justo; tal es en materia contractual la doctrina constante de los Padres de la Iglesia, San Ambrosio, San Agustín y Santo Tomás de Aquino”. (33)

Para ello la justicia contractual exige un equilibrio entre las prestaciones: devolver a cada uno lo que es debido. El Doctor Angélico dice lo siguiente al escribir refiriéndose a Aristóteles “*Et dicit (philosophus) quod quia justum est medium inter damnum et lucrum, inde est, quod quando homines dubitant de hoc medio, refugiunt ad iudicem; quod idem est ac si refugerent ad id quod justum est; nam Iudex debet esse quasi quoddam justum animatum, ut scilicet mens ejus totaliter a justitia possideatur*”.

Esta doctrina inspiró la prohibición del préstamo a interés,

(33) M. Lalou—Op. cit. pág. 46.

porque el interés debido al prestador no correspondía a una ganancia para el prestatario. Inspiró también, la teoría del justo precio (*lucrum moderatum*), aquella del justo salario y, sobre todo, la de la lesión.

“La lesión en efecto, que a los canonistas permitía tener en jaque la plena ejecución del contrato, podía ser no sólo concomitante a la formación de éste, sino aún posterior a esta formación”.

“Para justificar esta solución — agrega el profesor de la Facultad Católica de Derecho de París — los juristas de la Edad Media han imaginado sobreentender en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*, cláusula por la cual se presume que las partes han condenado anticipadamente el desequilibrio que pueda provenir de circunstancias imprevistas, admitiendo el reajuste del contrato a estas circunstancias.” (34)

Según Planiol, (35) los canonistas de la Edad Media que condenaban todo enriquecimiento de uno de los contratantes, a expensas del otro, por estimarlo contrario a la moral cristiana, no solamente debían tener en cuenta la lesión contemporánea al contrato, sino también la que resultaba de variaciones posteriores de las circunstancias. En ambos supuestos existía usura. “Para remediarla estimaron sobrentendida en los contratos una cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual las partes se reputaban haber subordinado implícitamente la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se había convenido a la persistencia de las condiciones de hecho, existentes el día del contrato” (36)

Para Ripert (37), el gran problema de los canonistas es impedir la injusticia usuraria; es un sentimiento de igualdad que obró en las instituciones civiles francesas mucho antes de la Revolución.

El concepto amplísimo que daban a la usura los canonistas, permitió que todo el sistema de la relación contractual se impregnara de ella. Toda explotación, todo enriquecimiento, todo abuso era usura y considerada contraria a la moral. La cláusula *rebus sic stantibus* encontró un campo propicio para su cre-

(34) M. Lalou—Op. cit. pág. 46.

(35) Marcel Planiol—Op. cit.

(36) Marcel Planiol—Op. cit.

(37) Georges Ripert—“La regla moral en las obligaciones civiles”.

cimiento, y culminó con los bartolistas, para quienes debía existir una proporción matemática entre las prestaciones (justo precio). Cualquiera causa que modificare ese equilibrio daba lugar a la aplicación de la cláusula, siempre y cuando no hubiese mora, culpa, o dolo.

Sin embargo, una técnica verdadera de la aplicación no existió nunca. Fundamentalmente fué una razón de equidad. La exageración de estos principios hizo advertir a Grotius en su "De jure belli ac pacis" que la teoría como estaba formulada en su tiempo determinaría que ninguna convención fuese obligatoria. El deudor podía pedir en todo momento su exoneración, bajo el pretexto de que las condiciones habían cambiado.

5.—Grotius y Puffendorff se esforzaron por reducir el campo de aplicación de la teoría al derecho internacional público. Ambos creían que era peligroso mantenerla dentro de las relaciones de derecho privado. Para los jurisconsultos de la escuela de Bologne la equidad no podía eludir, en un caso dado, la aplicación de la regla de derecho. Según ellos, es odioso anular el acto jurídico. En este orden de ideas, la teoría fué cayendo en desuso a pesar de que los códigos germanos la contemplaban. En verdad, nadie la combatió seriamente, fué simplemente una eliminación verificada por la costumbre (38). En el siglo XVIII son pocos los tratadistas, especialmente germanos e italianos, que la mencionan.

El código bávaro de Maximiliano acepta expresamente la existencia de la teoría de la imprevisión en los contratos, cuando dice, en el parágrafo 12, Parte IV, Capítulo 15, "puesto que todos los vínculos encierran tácitamente la cláusula rebus sic stantibus". Para este cuerpo de leyes esos vínculos se pueden invalidar siempre que concurren estos tres requisitos: 1) Cambio que no provenga de mora, ni de hecho, ni de culpa del deudor; 2) que no fuese fácil de prever; y 3) que sea de tal naturaleza que según la opinión desinteresada y honesta de la persona inteligente, no habría consentido obligarse.

El Landrecht prusiano reconoce, así mismo, el principio al

(38) S. Serbesco—Op. cit.

prescribir: "fuera de una imposibilidad efectiva de cumplimiento de contrato, no puede rehusarse por cambio de circunstancias" (parágrafo 337). Sin embargo, si por tal cambio imprevisto se torna imposible el objeto de las partes expresamente declarado o resultante de la naturaleza del negocio, cada uno puede rescindir el negocio aún no cumplido (parágrafo 338). (39)

El Código Austriaco recibió en gran parte la influencia del prusiano, pero se resistió a aceptar ampliamente la rescisión del contrato en esos casos. No obstante, considera el caso en que el motivo del contrato haya sido expresamente elevado a condición (parágrafo 901) por las partes, y entre las condiciones pone la variación de las circunstancias (parágrafo 936). (40)

Fuera, pues, de estos tres cuerpos de leyes, ni los tratadistas ni las demás legislaciones tomaron en cuenta la institución que nos ocupa. Enneccerus anota que la jurisprudencia del derecho común se apartó definitivamente del pensamiento de la cláusula por razón de sus peligros para la seguridad contractual. (41)

6.—La Revolución Francesa, burguesa e individualista, dió el golpe de gracia a la imprevisión, con la promulgación del Código de Napoleón. Sus efectos se sintieron no tanto en Francia; por cuanto en ese país fué por lo general rechazado todo principio que se levantara contra la norma *pacta sunt servanda*, sino en la gran mayoría de los otros países que al codificar sus leyes sufrieron el proceso receptista del más universal de los códigos. El individualismo reinó en adelante y se olvidó por mucho tiempo a la imprevisión.

Pothier, el gran jurisconsulto francés, a quien se le atribuye enorme influencia en la formación del código civil francés, nos habla de la equidad, pero no acepta la imprevisión: "La equidad debe reinar en los contratos dentro de los cuales uno de los contratantes da o hace algo para recibir cualquier otra cosa como precio de lo que da o lo que hace, la lesión que sufre uno de

(39) Ludwig Enneccerus—Tratado de Derecho Civil—Derecho de Obligaciones. Tomo 2.º Vol. 1.º parag. 41—pág. 206.—Cardini—Op. cit. Primera Parte, Cap.—VI—parag. 26.

(40) Cardini—Op. cit. Primera Parte.—Cap. VI parag. 26.

(41) Enneccerus—Op. cit. parag. 41.—págs. 206 y 207

los contratantes, aún cuando el otro no podría valerse de ningún artificio para engañarlo se basta ella misma para hacer vicioso los contratos, pues la equidad en asuntos de comercio consiste en la igualdad y desde que esta igualdad es herida o lesionada y uno de los contratantes da más de lo que recibe el contrato es vicioso, porque peca contra la equidad que debe reinar". Pero en seguida añade: "para seguridad y libertad del comercio ha sido establecido que no se puede volver fácilmente contra las convenciones, de otro modo no nos atreveríamos a contratar teniendo en cuenta que aquél con quien hubiésemos contratado, inventando haber sido lesionado, nos hiciese en seguida un proceso". (42)

Esporádicamente, aparecieron amagos imprevisionistas que no pasaron de algunas empíricas leyes de urgencia. La jurisprudencia se acordó varias veces de la equidad, pero estuvo muy lejos de algo semejante a la imprevisión. Igualmente, los tratadistas salvo contadas excepciones nada dijeron de ella. Ahrens, por ejemplo, exponía en 1860: "La cuestión de saber si en derecho natural una persona está obligada a permanecer fiel a los compromisos estipulados en un contrato ha dado lugar a muchas controversias y siempre fué considerada como una de las más difíciles de resolver. No es que haya muchos autores que sostengan que hay derecho a no cumplir sus promesas; las dificultades vienen de que no se ha sabido indicar razones suficientes para demostrar la fuerza obligatoria de los compromisos contratados. Se concibe fácilmente que los autores que, en su teoría, erigen en principio de derecho la libertad y la voluntad individual se hallen en aprietos para descubrir una razón que pueda imponer a la voluntad la estabilidad o la fidelidad en las resoluciones tomadas por contrato". Después de este ataque al liberalismo de su época, agrega: "la relación convencional puede cesar por un cambio sobrevenido en el estado de las condiciones. Cesa por ejemplo, por la realización de una condición resolutoria. No es necesario que las condiciones hayan sido expresamente declaradas; ellas pueden ser tácitas, pues hay hechos que las dos partes contratantes consideran naturalmente como condiciones resolutorias. Es a esta clase de hechos que se refiere la cláusula *rebus sic stantibus*, cláusula que según el derecho natural

(42) Lalou—Op. cit. pág. 46.

podría recibir mayor extensión pero que el derecho positivo no debe aplicar sino a casos específicos". (43)

Incluimos textualmente todos estos párrafos de Ahrens porque constituyen aunque sea dentro del derecho natural, conceptos originales en el siglo pasado.

En la doctrina, en la ley y en la jurisprudencia del siglo pasado, se puede afirmar, que no existió una construcción jurídica que contemplara el cambio de circunstancias extraordinario, imprevisto e imprevisible.

7.—Aún cuando, como hemos expresado, hubo intentos frustrados, sólo con los terribles trastornos producidos por la guerra mundial de 1914 empieza a formarse nuevamente la teoría de la imprevisión, aprovechando en su sistematización el acervo técnico aportado por las nuevas doctrinas. "Cuando el trastorno económico de la guerra del 14 se producía en el mundo entero, los juristas fueron a buscar en el arsenal de los medios jurídicos esta teoría olvidada". (44) Se hicieron esfuerzos enormes para involucrarla dentro de las leyes existentes, pero la rigidez de los casilleros de muchas de ellas obligaba a la promulgación precipitada de leyes de emergencia (supra 4). (cap. I).

Comenzaron las leyes de moratoria de préstamos y alquileres, las que prohibían alzar los precios de los artículos de consumo, las que se ocupaban de la escasez de las materias primas, de la dificultad de la fabricación, de la rarificación de la mano de obra y las que obligaban a aceptar la moneda de curso forzoso. En fin, un sinnúmero de disposiciones que contemplaban el cambio radical y sorpresivo de las circunstancias. La legislación de guerra y de post-guerra está colmada de normas tendentes a resolver los casos imprevistos.

En 1917, S. Serbesco, apuntaba: "Los catastróficos efectos de la guerra han motivado serias consecuencias en los contratos o relaciones comerciales con el extranjero y en el interior del país". Y a continuación añade refiriéndose a una ley lista

(43) Ahrens.—Op. cit. pág. 410.

(44) Georges Ripet.—Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne.—París 1936. parag. 156.—pág. 3070.

para ser aprobada: "en todo caso debe investigarse sobre que principios jurídicos se apoya, para coger todo su alcance y precisar los límites que, más allá de ellos, su aplicación destruiría toda seguridad en los rendimientos contractuales". (45) La guerra mundial causó, pues, la perturbación más desdichada a las concepciones jurídicas de los estados y de los particulares. El intervencionismo estatal progresó amenazante (supra 4, Cap. I) y los principios democráticos buscaban nuevos fundamentos.

En estas circunstancias la rigidez del contrato se debilita enormemente, haciéndose necesaria una verdadera construcción jurídica.

8.—Empero, el "derecho de crisis" dura mucho tiempo y la formulación precisa de la teoría va relegándose nuevamente a segundo plano. No obstante, asistimos en los últimos años a importantes trabajos legislativos, sobre todo, en los nuevos estados o en los estados engrandecidos a consecuencia de la gran guerra, que llevan la huella de nuevas ideas.

Pese al temor para aceptar la imprevisión y a esa relegación legislativa, parte de la jurisprudencia y de la doctrina han elaborado más o menos un sistema dirigido a establecer permanentemente la imprevisión. La oposición que ofrecen los impugnadores de la teoría es fuerte y se basa en razones, a veces, muy poderosas. Más los recientes acontecimientos bélicos pueden inclinar la balanza al lado de los partidarios. Los desastrosos efectos que produjo la guerra pasada serán superados con exceso por esta nueva conflagración, obligando a una mayor intervención estatal en las relaciones convencionales, con el objeto de que la sociedad pueda sobrellevar las incalculables consecuencias que está destinada a soportar.

(Continuará)

CARLOS A. LEDGARD J.

(45) Serbesco.—Op. cit.