

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Banfi del Río, Cristián
NOTAS SOBRE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE EN DERECHO
PRIVADO COMPARADO

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 6, 2006, pp. 29-49

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840819002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

NOTAS SOBRE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE EN DERECHO PRIVADO COMPARADO

Cristián Banfi del Río*

RESUMEN

El presente trabajo revisa sintéticamente la excesiva onerosidad sobreviniente en los sistemas de Derecho Privado inglés, francés y alemán, delineando algunas conclusiones que pudieran aportar a la reflexión ulterior de este tema en el Derecho Civil chileno.

ABSTRACT

This paper intends to review summarily supervening hardship in english, french and german private laws, outlining some conclusions which might be useful in the further debate on this topic in chilean civil law.

29

I. DERECHO INGLÉS: UNA HIPÓTESIS DE FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO

1. Alguna vez se señaló que no existe una rama del Derecho de los Contratos tan difícil de explicar o tan incierta en sus efectos como la que concierne a la doctrina de la frustración¹. Ésta es una respuesta del Derecho inglés a distintas situaciones²,

* Profesor asistente de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. LL.M. University of Cambridge, magister en Derecho Privado, Universidad de Chile, licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Cf. Percy H. WINFIELD, comentando el caso *Maritime National Fish Ltd. v Ocean Trawlers Ltd.* [1935] A.C. p. 524, en *The Law Quarterly Review*, 52, London, 1936, p. 7. La frase atribuida a Percy Winfield, ciertamente, no describe el estado de cosas actual en Inglaterra, como podrá apreciarse de los diversos casos resueltos durante los últimos setenta años. Es más, no es difícil explicar la frustración hoy, desde que sus consecuencias están reguladas en la ley. Cfr. Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, n. 39.

² La frustración del contrato se produce cuando, por hechos posteriores a su celebración, su cumplimiento deviene imposible, ilegal o radicalmente diferente de lo contemplado por las partes al contratar. Cfr. Ewan MACKENDRICK, *Contract Law*, 3rd. ed., London, Macmillan, 1997, pp. 266-267.

entre otras, la concerniente a la forma de distribuir entre los contratantes el riesgo de la excesiva dificultad u onerosidad en el cumplimiento del contrato, por hechos imprevisibles y posteriores a su celebración, estando pendiente la ejecución de una o más obligaciones emanadas del mismo³.

- a) Un aspecto sobresaliente de esta doctrina es su tardía y tímida incorporación al sistema jurídico inglés⁴. Tradicionalmente, ha rechazado la posibilidad de revisión del contrato que deviene, sobremanera, gravoso para una de las partes; por ello, sólo permite eximir de responsabilidad cuando el cumplimiento se torna imposible por caso fortuito⁵.

³ Mediante la frustración –en Inglaterra– y la imposibilidad –en Alemania– los tribunales intentan determinar, según los intereses comerciales relevantes, cuál es la normal y apropiada distribución de los riesgos en los contratos del tipo que es materia del juicio, llenando los vacíos que existiesen conforme al parámetro del hombre de negocios aplicable a la clase pertinente de contrato. Cfr. Konrad ZWIEGERT & Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 517-518; 535-536.

⁴ Una excelente reseña histórica, en lo que interesa, se halla en Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 1996, pp. 576-582. Este autor sostiene, en lo pertinente, que el *Pacta Sunt Servanda* fue la base de la doctrina contractual clásica predominante en el siglo XIX: las personas son libres para contratar y determinar el contenido de sus pactos (respetando la ley y la moral) y es de resorte exclusivo de las mismas regular el equilibrio de sus negocios, sin interferencia judicial. Parafraseando a un juez inglés, “si existe una cosa que la política pública requiere es que los hombres de edad adulta y competente entendimiento tengan la mayor libertad contractual y que, una vez que sus contratos han sido libre y voluntariamente celebrados, estos devengan sagrados y los tribunales los hagan cumplir”, cfr. *sir George JESSEEL*, en *Printing and Numerical Registering Company v. Sampson* (1875) L.R. 19 Ex. pp. 462-465. El autor añade que la cláusula *rebus sic stantibus* –cuyo origen se sitúa en Séneca, con sucesivas modificaciones por obra de Cicerón, San Agustín, Santo Tomás, Bartolo y Baldo– ha sido uno de los más interesantes y peligrosos correctivos al principio *en comento*, que a fines del siglo XIX ganó fuerza con Bernhard Windscheid, aun cuando su tesis de la presuposición no fue consagrada en el *BGB*. El ulterior desarrollo de esa cláusula por la doctrina y la jurisprudencia desembocó en la tesis de Paul Oertmann sobre el colapso de la base subyacente al contrato, como respuesta a los graves problemas económicos padecidos en la Alemania pos Gran Guerra. Estas ideas mantienen su vigencia *mutatis mutandis* en ese país y su equivalente funcional en Inglaterra es la doctrina de la frustración. Pero el autor asevera (ZIMMERMAN (n. 4), p. 581), debe procurarse un razonable equilibrio entre la necesidad de ajustar el contrato si un cambio de las circunstancias concomitantes a su celebración lo justifica, por una parte, y la seguridad jurídica, por otra.

⁵ Se celebró un contrato para usar un salón de música por cuatro días, el cual fue completamente destruido por un incendio. El tribunal resolvió que como era esencial para cumplir el contrato, éste resultaba frustrado por la destrucción de aquél. Sin embargo, la Corte añadió que el siniestro no lo habría frustrado si una de las partes hubiese asumido el riesgo de destrucción. Cfr. *Taylor v. Caldwell* (1863) 122 E.R. p. 309, Q.B. En similar sentido, se ha señalado que: “...en el Common Law, según se entiende a ambos lados del Atlántico, si yo arriendo una casa y ésta es destruida por un hecho fortuito, yo debo, en ausencia de una estipulación expresa, continuar pagando la renta; pues el dueño no se ha obligado a proveerme a toda costa de una casa. En Roma –y en Escocia– ninguna renta posterior se adeudaría en tales circunstancias; y yo podría recuperar lo que pagué por adelantado”. Cfr. William Warwick BUCKLAND, “Casus and Frustration in Roman and

- b) El rechazo a la revisión del contrato obedece, en primer término, a la necesidad de evitar la elusión de los compromisos con el pretexto de que han devenido malos negocios. Por otra parte, se niega su aplicación porque está al alcance de las partes precaverse de estas adversidades mediante la estipulación de las cláusulas que juzguen convenientes para resguardar de mejor manera sus intereses⁶. Una ilustración del primer argumento puede apreciarse en el siguiente aserto: "(...) la dificultad, inconveniencia o pérdida material clama por la aplicación del principio de la frustración. Pero, además, debe producirse tal trastorno en la obligación que, si se hubiese ejecutado la prestación convenida, resultaría ser distinta de aquello que indujo a contratar"⁷.

Un ejemplo del segundo motivo de rechazo se observa en una sentencia que declaró: "(...) cuando el contratante asume un deber sobre sí está obligado a cumplirlo, si le es posible, a pesar de cualquier contingencia derivada de una necesidad inevitable, pues él pudo regular esta situación en su contrato"⁸.

- c) Lo anterior permite entender por qué la frustración ha sido acotada en grado superlativo, mencionándose las siguientes como sus notas distintivas:

Common Law", en *Harvard Law Review*, N° 46, Cambridge-Massachusetts, 1932-1933, p.128, n. 8. Otro tanto sucede en Chile, pues el arriendo termina por la destrucción total (fortuita) de la cosa, quedando ambas partes liberadas de sus obligaciones (art. 1.950.1 CC), lo que altera la regla –aparentemente general– sobre los riesgos (art. 1.550 CC). El principio sentado en *Taylor v. Caldwell* –esto es, el contratante queda liberado de su obligación si para satisfacerla debe existir una cosa que es destruida accidentalmente antes del cumplimiento– ha sido aplicado en varios casos y de diversos modos, por ejemplo, cuando se eximió de responsabilidad al pianista que se incapacitó antes del concierto en que debía ejecutar la pieza musical, cfr. *Robinson v. Davidson* (1871) L.R. 6, Ex. p. 269, o derechamente en los casos de coronación, *vid.* n. 27. Cfr. ZWEIGERT & Kötz (n. 3), p. 528.

⁶ Cfr. MACKENDRICK (n. 2), pp. 267-268.

⁷ Cfr. Lord Radcliffe en *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* [1956] A.C. p. 696. Como asevera MACKENDRICK (n. 2), p. 268, este caso es el paradigma de un mal negocio. Los demandantes acordaron construir setenta y ocho casas para los demandados en la cantidad a suma alzada de £ 94.000. Se previó que las obras se ejecutarían en ocho meses, pero debido a escasez de mano de obra calificada las mismas sólo fueron terminadas en catorce meses y a un costo de £ 115.000. Los actores intentaron recuperar lo gastado en exceso del precio convenido, alegando la frustración del contrato. Sin embargo, la House of Lords descartó su aplicación, pues en su concepto no bastaba que el contrato deviniera más oneroso (debido a un inesperado incremento de los costos), sino que debía tratarse de un hecho que alterara radicalmente la entidad del cumplimiento.

⁸ Cfr. *Paradine v. Jane* 82 E.R. p. 897. Éste es un caso emblemático de la doctrina clásica sobre la responsabilidad contractual en Inglaterra. Paradine (arrendador) demandó a Jane (arrendatario) el pago de las rentas devengadas por tres años de uso del terreno arrendado, pero Jane alegó no haberlo tenido durante ese lapso. Se falló que, si bien conforme a los precedentes el arrendador no podía demandar al arrendatario en tiempos de guerra, en la especie el demandado debía pagar las rentas al actor, pues las partes así lo habían convenido y si éstas hubiesen querido eximirse de responsabilidad, lo habrían expresado sin rodeos. La Corte razonó también que la justa contrapartida del derecho del arrendatario a usar el terreno era la indemnización de los daños resultantes del mismo uso.

- i) su finalidad es atenuar la rigurosidad del *Common Law* en la búsqueda de una solución justa;
- ii) su efecto es la terminación *ipso facto* del contrato, liberando a las partes de sus obligaciones, sin consecuencias posteriores, razón por la cual se descarta cualquier amago de aplicación analógica;
- iii) emana de un hecho externo o de una modificación extraña del escenario coetáneo a la celebración del contrato, ajeno a la voluntad de las partes y
- iv) el evento frustrante no debe ser imputable a la culpa del contratante que alega la frustración, ni a la de aquellos bajo su cuidado⁹.

De ahí que se haya resuelto que el contrato no se frustra sólo ni necesariamente porque su cumplimiento devenga mucho más oneroso (o menos beneficioso) que lo previsto al tiempo de su celebración¹⁰. Por otro lado, se ha discutido si la mera negligencia de quien alega la frustración contractual es o no suficiente¹¹. Pero sí parece haber coincidencia en que, como la frustración es una defensa ante la demanda de cumplimiento o indemnización de perjuicios, quien la sostenga debe estar exento de culpa, no sólo porque ha de impedirse su aprovechamiento ilícito (*nemo auditur*) sino porque un acto negligente definitivamente estaría bajo su esfera de control¹².

32

⁹ Estos requisitos fueron claramente establecidos por L.J. Bingham en *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V. (The Super Servant Two)* [1990] 1 Lloyd's Report, p. 1.

¹⁰ "...lo que sucedió como resultado del cambio en la ley en 1993 fue que el negocio que el comprador hizo en 1990 devino menos ventajoso que lo esperado a la fecha en que fue suscrito. Esto no es, en mi opinión, un argumento para invocar la doctrina de la frustración". L.J. Chadwick en *Bromarin AB and Blidberg-Leffler AB v. IMB Investments Ltd.* [1999] S.T.C. 301 (C.A.). El tema debatido fue en qué medida el juez puede prescindir de la letra del contrato y atender a factores externos.

¹¹ La House of Lords dejó abierta la discusión en *Joseph Constantine SS. Line Ltd. v. Imperial Smelting Corporation Ltd.* [1942] A.C. 154. Sin embargo, en *Lauritzen* (*vid. n. 9*) se insistió en que el contratante que pretende invocar la frustración no debe haber incurrido en culpa y que el *quid* del asunto es si el hecho frustrante en que se sustenta el alegato es realmente un hecho externo o un cambio extraño de la situación o, por el contrario, si se trata de un hecho que quien pretende reclamarlo tuvo los medios y la oportunidad de prevenir, no obstante, que lo causó o permitió que sucediera. Esto último evoca al dolo eventual o culpa grave.

¹² En *Lauritzen* (*vid. n. 9*), los demandados habían convenido en transportar por mar una pieza para extraer petróleo de los actores, utilizando, a elección de los primeros, uno cualquiera de dos barcos denominados *Super Servant One* y *Super Servant Two*, especialmente equipados para tal propósito. Los demandados escogieron el *Super Servant Two*, destinando el otro barco para fines diferentes. Celebrado el contrato y estando pendiente el plazo para cumplirlo, el *Super Servant Two* se hundió mientras realizaba otro transporte. Los demandados sólo podían honrar el contrato *en comento* recurriendo a otro medio de transporte y a un costo superior al previsto. Se accionó en su contra de responsabilidad contractual y los demandados adujeron, en una primera línea de defensa, la frustración del contrato basada en la destrucción fortuita de la cosa seleccionada para prestar el servicio. La Corte desestimó esa tesis, pues la causa del incumplimiento contractual no era el hundimiento del buque, sino la opción de los demandados, de destinar el otro barco a otros con-

2. Entre los principales fundamentos de la doctrina *en comento*, destacamos tres:
- i) los términos implícitos del contrato, que sirven para interpretar la voluntad presunta de las partes (¿qué habrían convenido si hubiesen previsto el hecho frustrante al contratar?)¹³;
 - ii) la desaparición de la base del negocio jurídico¹⁴ y
 - iii) la necesidad de brindar mayor discreción al juez, con la mira de alcanzar una solución equitativa¹⁵.
- a) Con todo, para los jueces anglosajones el *quid* consiste en establecer si el hecho posterior, que altera significativamente las circunstancias coetáneas a la celebración del contrato, es o no un riesgo que el hombre de negocios pondría de cargo de quien procura evitar el cumplimiento. Para ello, los hechos relevantes son examinados haciendo abstracción de su ropaje jurídico¹⁶.

tratos, lo que constituía una frustración autoinducida (culpable). Se ha criticado este razonamiento, pues los demandados no tuvieron realmente una opción real de destinar el otro barco para honrar el contrato en cuestión, pues con el hundimiento del otro barco se vieron compelidos a destinar el *Super Servant One* a determinados contratos. Se agrega que, de esta forma, el vendedor o suministrador de bienes queda en una posición muy compleja cuando su fuente de suministro falla parcialmente debido a hechos imprevisibles. Cfr. MACKENDRICK (n. 2), pp. 276-277. Sin embargo, la Corte aceptó la segunda defensa y rechazó la demanda: el hundimiento del barco era un hecho cubierto por la cláusula de fuerza mayor la que, entre otros, incluía "los peligros y accidentes en el mar", no atribuibles a la culpa del deudor o de sus empleados. La moraleja es que son los contratantes, y no los tribunales, los que deben hacerse responsables por regular o ajustar sus negocios mediante la incorporación de cláusulas adecuadas a tal finalidad.

¹³ Cfr. *Taylor* (vid. n. 5); *EA. Tamplin SS Co. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co. Ltd.* [1916] 2 A.C. pp. 397, 403-40, por lord Loreburn. En otro caso se deliberó que "la frustración... es explicada en teoría como una condición o un término del contrato, supuesto por la ley *ab initio*, para suplir lo que las partes habrían incorporado si se les hubiese ocurrido el asunto, sobre la base de lo que es justo y razonable, habida cuenta de los intereses mutuos involucrados y de los principales objetivos del contrato". Cfr. *Hirji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co.* [1926] A.C. pp. 497 y 510, por lord Sumner.

¹⁴ *EA. Tamplin* (vid. n. 13, lord Haldane).

¹⁵ "Si las cortes han de intervenir sólo en base a la equidad en los negocios comerciales, ¿dónde termina el proceso? Algunas decisiones parecen sugerir que tenemos aquí el delgado extremo de un trozo cuya forma exacta y dimensiones totales permanecen indefinidas. Unos pocos golpecitos más, tal vez, y la dura noción de santidad del contrato será destrozada", *Technipak Sales v. Hall* 1968 (3) S.A. 231, por J. Colman. Vid. también *British Movietoneux Ltd. v. London & District Cinemas Ltd.* [1952] A.C. 166.

¹⁶ Un buen ejemplo es *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* [1964] 2 Q.B. p. 226. En septiembre de 1956 el demandado contrató un barco del actor para transporte de mercaderías de Génova a la India vía mar Negro a un precio fijo mensual, siendo obvio a la fecha del contrato que el canal de Suez podía ser cerrado, pero no se insertó una cláusula que regulara esa posibilidad. Los jueces debieron decidir, entre otros, si el contrato podía ser terminado porque después de arribar a Odesa el barco no podía proseguir su ruta hacia la India por el canal de Suez. Lord Denning declaró que la doctrina de la frustración era aplicable únicamente si los eventos en cuestión hubiesen sido imprevisibles. Luego se preguntó si la situación causada por el cierre del

Conforme a la tesis que goza de preeminencia en la actualidad, el contrato se frustra si hechos posteriores a su otorgamiento alteran radicalmente una o más de las obligaciones que engendra¹⁷, circunstancia que los tribunales deben evaluar vía interpretación. Al respecto, cabe señalar que, si bien la frustración normalmente no tiene aplicación cuando las partes previeron o pudieron prever el hecho detonante de la excesiva onerosidad, la solución *en comento* igualmente podría aplicarse si se determina que los contratantes no quisieron descartarla¹⁸.

- b) Más allá de su fundamento, la frustración reviste interés porque entraña una tensión entre el *Pacta Sunt Servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*. La doctrina de la frustración, precisamente, es calificada como un mecanismo en virtud del cual –en forma excepcional– las reglas contractuales rígidas son compatibilizadas con la justicia¹⁹. Pero una observación más detenida permite descubrir que, tras el supuesto antagonismo entre la “santidad” del contrato y su adaptabilidad a nuevos contextos económicos, confluyen el principio de la seguridad y de la estabilidad de las transacciones, por una parte, y el principio de la equidad y de la justicia contractual restauradora del equilibrio original, por otra parte²⁰.
- c) La seguridad y la estabilidad de los negocios repugnan la modificación y terminación de éstos por cambios en el ambiente que incrementan considerablemente los costos necesarios para continuar honrando el contrato (inflación, fluctuaciones de divisas, crisis energéticas, drásticos cambios político-sociales, etc.). Esta conclusión descansa en el doble “riesgo moral” que implica aceptar la revisión o terminación de los contratos por excesiva onerosidad sobreviviente: los deudores sabrían de antemano que pueden dejar de cumplir si acaece una circunstancia que torna muy gravoso el contrato y los acreedores lo pensarían dos veces antes de contratar, pues

34

canal habilitaba al demandado para incumplir el contrato y sostuvo que esto sólo sucedería si la necesidad de cambiar la ruta (vía cabo de Buena Esperanza) alterara fundamentalmente la posición del demandado respecto de la prevista a la época del contrato. Concluyó que éste no era el caso, pues el trayecto alternativo significaba ciento treinta y ocho días en lugar de ciento ocho (lo proyectado originalmente). Dicho aumento del tiempo –y de gasto– no autorizaba al demandado para poner término al contrato. Cfr. ZWEIGERT & KÖTZ (n. 3), p. 531.

¹⁷ “El dilema es si el contrato que las partes celebraron es, en su genuina interpretación, lo suficientemente amplio como para aplicarlo a la nueva situación: si no lo es, entonces ha llegado a su fin... la frustración se produce siempre que el Derecho reconozca que sin infracción de ninguna de las partes es imposible cumplir la obligación, pues las circunstancias bajo las cuales ésta debe satisfacerse la convertirían en algo radicalmente diferente de lo que se contrató. *Non haec in foedera veni. No fue esto lo que yo prometí hacer...*”, por lord Ried en *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* [1956] A.C. p. 696.

¹⁸ *W.J. Tatem v. Gamboa* [1939] 1 K.B. p. 132; *The Eugenia* (vid. n. 16).

¹⁹ *Hirji Mulji v. Cheong* (vid. n. 13).

²⁰ Cfr. Antonis KARAMPATZOS, “Supervining Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, en *European Review of Private Law*, vol. 2, Netherlands, 2005, p. 108.

estarían expuestos a este riesgo. Sin embargo, en contra se contesta que, supuesto que las partes estén conscientes de que no puede imponerse el cumplimiento de sus obligaciones excediendo sus límites definidos, la posibilidad de modificar o resolver el contrato, aunque sorprenda, genera una sensación de certeza en las transacciones y opera como un verdadero incentivo a la economía. Esto suscita una pregunta, más que razonable, sobre si la fuerza obligatoria del contrato, aplicada a ultranza, sirve mejor los fines de la seguridad jurídica que si su rigor es corregido según lo anotado²¹.

- d) A su turno, la equidad y la justicia contractual prescriben que si causas sobrevinientes e imprevisibles crean una notable asimetría en el contrato, es injusto y contrario a la buena fe no cejar un ápice en su literal ejecución. En tal hipótesis se impone restaurar el equilibrio atenuando la obligación de una parte o intensificando la contraprestación y, en subsidio, resolviendo total o parcialmente el contrato. Concretamente, en la revisión judicial se trata de reconstruir la voluntad inicial de los contratantes para poder integrar el contrato con cláusulas que éstos probablemente hubiesen incluido si al contratar hubiesen podido contemplar el acaecimiento de determinados acontecimientos²². La típica crítica contra este argumento es que la autonomía privada proporciona a las partes suficientes medios para protegerse de futuras contingencias, señaladamente, las cláusulas *hardship*; aunque, por cierto, en los hechos es imposible prevenir todos los eventos futuros por más empeño que se ponga en ello²³.
- e) En todo caso, se sostiene que ambos principios debiesen ser aplicados armónica y no antagónicamente. Para ello, en los casos de excesiva onerosidad sobreviniente el juez debiera procurar, antes que nada, un ajuste del contrato que redistribuya adecuadamente el riesgo entre las partes, antes que adoptar —como es costumbre— una solución radical (mantener intangible el contrato *vs.* ponerle término). Este análisis implica reconocer que, en principio, la revisión del contrato permite “recobrar su salud” sin comprometer la seguridad comercial ni —lo que es más grave— sin paralizar las transacciones²⁴. En el sistema inglés, sin embargo, aún se sigue un criterio “todo o nada”, entre otras razones, debido a su modelo económico liberal de mercado. El cambio de actitud que se espera en la judicatura

²¹ Cfr. KARAMPATZOS (n. 20), pp. 108-110.

²² La revisión judicial a menudo opera como la imposición de una solución que el juez considera justa y razonable. En palabras de *lord Radcliffe*: “En este tiempo parecería que las partes se han convertido en espíritus sin cuerpos de modo que a las personas reales debiera permitírseles descansar en paz. En su lugar surge la figura del hombre prudente y razonable. Y el interlocutor del hombre prudente y razonable, quien representa después de todo no más que la concepción antropomórfica de la justicia, es y debe ser el tribunal mismo”, en *Davis Contractors* (*vid.* n. 17).

²³ KARAMPATZOS (n. 20), pp. 110-112.

²⁴ KARAMPATZOS (n. 20), p. 113.

se funda en la misma práctica judicial, pues los tribunales, a menudo, intervienen los contratos, práctica que aparece como inconsistente con el atávico respeto por la intangibilidad contractual, el cual continúa siendo enarbolado como una excusa para negarse a revisar el contrato cuyo equilibrio inherente ha experimentado una alteración de importancia²⁵.

3. En cuanto a la clase de hechos calificados por la judicatura inglesa como eventos frustrantes, pueden mencionarse:

- i) los cambios en la ley, entre otros, los que tornan ilícito el contrato²⁶
- ii) la cancelación de un evento o ceremonia que fue el motivo que indujo a la celebración del contrato (“*coronation cases*”)²⁷
- iii) el retardo en el cumplimiento de las obligaciones que excede el plazo previsto en el contrato y los riesgos comerciales normalmente inherentes al tipo de contrato²⁸

²⁵ KARAMPATZOS (n. 20), pp. 144-145.

²⁶ En *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* (1943) A.C. p. 32, los demandados habían acordado fabricar cierta maquinaria para los demandantes y entregárselas en Polonia, pero antes de concluir la tarea el territorio polaco había sido ocupado por el ejército alemán. Se falló que la prohibición de comerciar con el enemigo en tiempo de guerra había frustrado el contrato, puesto que el interés público en asegurar que no se proporcionara ayuda al enemigo en tiempo de guerra predominaba sobre el hecho de que los demandados aún podían físicamente cumplir sus obligaciones. Adicionalmente, se ha resuelto que cuando la ilegalidad es temporal o parcial el contrato se frustra sólo si la ilegalidad afecta su cumplimiento en forma sustancial. Cfr. *Denny, Mott & Dickinson v. James B Fraser & Co Ltd* [1944] A.C. p. 265.

²⁷ *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. p. 740; *Blakely v. Muller* [1903] 2 K.B. p. 760. En el primero de estos casos, Krell era dueño de una casa ubicada en la ruta de la procesión de la coronación del rey Eduardo VII, y la arrendó para ese día a Henry. La ceremonia fue cancelada y Henry se negó a pagar el arriendo. La demanda fue desestimada aplicándose *Taylor v. Caldwell* (vid. n. 5), pues la *ratio decidendi* del mismo era aplicable no sólo cuando el cumplimiento del contrato deviene imposible porque deja de existir la cosa que es objeto de aquél sino, también, en los casos en que el evento que produce la imposibilidad de cumplimiento es la cesación o inexistencia de una condición expresa o un estado de cosas que subyacen en la raíz del contrato o que son fundamentales para su ejecución. En otro juicio, relacionado con la misma ceremonia frustrada (*Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* [1903] 2 K.B. p. 683), se resolvió que el contrato no se invalidaba por la cancelación de las festividades, pues el demandado había arrendado un bote del demandante para observar cómo el rey Eduardo VII pasaría revista a la flota inglesa y también para ver a esta última. La Corte mantuvo intangible el contrato, pues el objeto del mismo se consiguió parcialmente: pese a la cancelación de la ceremonia real, el demandado pudo hacer el *tour* en bote y observar —con sus invitados— la flota inglesa. Cfr. ZWEIFERT & KÖTZ (n. 3), p. 528.

²⁸ “El retardo aun considerable y de duración enteramente incierta es un incidente de aventura marítima, que está claramente dentro de lo previsto por las partes... tanto que a menudo es objeto de estipulaciones expresas. Retrasos como estos pueden afectar muy seriamente el objetivo comercial de la aventura... Sin embargo, esto no es frustración”, *Bank Line Ltd. v. Capel & Co.* [1919] A.C. pp. 435 y 458, por lord Sumner. “Usualmente es necesario esperar que sucedan los hechos para apreciar si el retardo producido y la posibilidad de otro retardo que derive del primero harán que cualquier cumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales sea radicalmente diferente de lo que se

iv) el fallecimiento o la incapacidad sobreviniente de una de las partes en un contrato de prestación de servicios personales (*intuitu personae*)²⁹.

4. La frustración presupone hechos futuros e imprevisibles. Por ende, si el contrato contempla el supuesto de suceso frustrante o prevé el caso fortuito, su letra en principio gobernará y excluirá la frustración, sin perjuicio de la interpretación judicial³⁰. Sin embargo, estas estipulaciones suelen tener un alcance limitado, pues, obvio es decirlo, la realidad frecuentemente supera la imaginación de los contratantes³¹.

a) Es de notar, sin embargo, que los tribunales ingleses son renuentes a aplicar la doctrina de la frustración, lo que es una de las razones por las cuales los particulares acostumbran insertar cláusulas de caso tanto fortuito como *hardship* para distribuir el riesgo asociado a hechos posteriores que encarecen sobremanera el cumplimiento³². Es decir, se parte de la premisa

pacó en el contrato. Pero, como frecuentemente se ha indicado, a los hombres de negocios no debe exigírseles que esperen demasiado tiempo la ocurrencia de eventos. Ellos están facultados para saber en qué situación se encuentran. Si el retardo puede o no frustrar el contrato es algo que debe ser establecido mediante un juicio informado basado en lo sucedido y en lo que probablemente sucederá en el futuro. A menudo será una cuestión de grado si el efecto del retardo, y la probabilidad de que se repita, es de tal entidad como para producir la frustración de la aventura en concreto", *Pioneer Shipping Ltd v. B.T.P. Tioxide Ltd. (The Nema)* [1982] A.C. pp. 724 y 752, por lord Roskill. Otros precedentes en: *F.A. Tamplin SS. Co. Ltd. v. Anglo-American Petroleum Products Co. Ltd.* [1916] 2 A.C. p. 397; *W.J. Tatem y Ocean Tramp* (*vid. n.* 18).

²⁹ Cfr. *Hall v. Wright* (1858) E.B. & E. pp. 746 y 793, por Pollock; *Graves v. Cohen* (1930) 46 T.L.R. p. 121; *Mount v. Oldham Corporation* [1973] 1 Q.B. p. 309.

³⁰ Una de las limitaciones de la doctrina de la frustración es la estipulación contractual expresa en el contrato, en cuyo caso éste no se frustra, salvo que el hecho consista en la prohibición impuesta por la ley, pues predominan las normas de orden público. Cfr. *Ertel Bieber & Co. V. Rio Tinto Co.* [1918] A.C. p. 260. Sin embargo, los tribunales suelen interpretar en forma estricta tanto las cláusulas *hardship* como las que excluyen *hardship*, estando vedada su aplicación analógica a otros hechos que los expresamente incluidos en las mismas. Un ejemplo de ello se aprecia en *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co. Ltd.* [1918] A.C. p. 119. Los demandados habían convenido construir un embalse en el plazo de seis años. El contrato establecía que, en caso de cualquier retardo ocasionado de cualquier forma, los contratistas debían solicitar al ingeniero una prórroga del plazo. Los demandados alegaron que el contrato se había frustrado debido a que por orden de la autoridad tuvieron que paralizar las obras y vender su planta, por lo que no podía aplicarse esa cláusula de mera suspensión. La House of Lords accedió a la pretensión de la defensa, declarando que dicha estipulación sólo perseguía cubrir dificultades temporales y no cambios fundamentales en la naturaleza del contrato.

³¹ Véase *Bank Line* (*vid. n.* 28) donde la cláusula no cubrió el evento sobreviviente que en los hechos produjo la excesiva onerosidad.

³² Cabe incluir las cláusulas de indexación, las cuales no han sido tan cuestionadas en Inglaterra como en otros países debido a la estabilidad de la libra esterlina. En *Chancery Division Multiservice Bookbinding v. Marden* [1978] 2 All E.R. p. 489, J. Browne-Wilkinson sostuvo que una cláusula de reajuste de las cantidades adeudadas bajo un préstamo por concepto de capital e intereses al valor del franco suizo no es contraria al orden público. Este juez, no sin cierto temor reverencial, se apartó

que el ajuste es de resorte de los contratantes, lo cual brindaría más certeza, permitiría insertar una mayor variedad de hechos calificables de caso fortuito o *hardship* y evitaría la drástica terminación del contrato, efecto insoslayable de la frustración³³, el cual –podemos agregar– generalmente debiera ceder ante el principio de la conservación de los contratos.

- b) Por el contrario, entre los hechos que no frustran el contrato figuran aquellos que impiden cumplir una obligación del modo proyectado por un sólo contratante³⁴; los provenientes de la culpa de la misma parte que alega la frustración (autoinducida)³⁵ y el cambio de las circunstancias económicas producido por una inflación creciente³⁶.

5. En cuanto a sus efectos, aparte de producir la terminación *ipso facto* del contrato, en un comienzo la frustración extinguía las obligaciones de las partes asumiendo la pérdida aquella en quien ésta caía³⁷. Posteriormente, se sostuvo que la suma de dinero pagada con anterioridad a la frustración del contrato era restituible por ausencia total de *consideration*, pues la contraprestación no había sido ejecutada³⁸. Sin embargo, esto no resolvía los casos de ausencia parcial de *consideration* ni permitía al contratante que había recibido el pago de la cantidad que se le adeudaba (pero sin él cumplir su prestación) descontar de ésta los gastos incurridos para cumplir el contrato. Estos inconvenientes fueron solucionados mediante norma expresa que permite al contratante que pagó sumas de dinero por causa de ciertos contratos frustrados exigir su restitución a la contraparte y quedar liberado de pagos futuros, mientras que el segundo puede compensar los gastos devengados en la restitución, según determinación prudencial del tribunal³⁹.

del precedente de lord Denning quien, en *Treseder-Griffin v. Cooperative Insurance Society* [1958] 2 All E.R. p. 33, había declarado, en sus propias palabras, que la cláusula de indexación promovía la inflación y, por ende, era contraria al orden público. Veinte años más tarde, en el primer caso aludido, J. Browne-Wilkinson señaló que este tipo de cláusulas son síntomas y no causas de la inflación. Asimismo, afirmó que no era función de los tribunales condenar una práctica comercial que se había convertido en lugar común, incluso, por las autoridades públicas, sino que era un problema que el Parlamento debía encarar. Este último no ha intervenido, hasta ahora.

³³ Cfr. MACKENDRICK (n. 2), pp. 269-270.

³⁴ Cfr. *Blackburn Bobbin Co. Ltd. v. Allen (T.W.) & Sons Ltd.* [1918] 2 K.B. p. 467.

³⁵ Cfr. *J. Lauritzen* (vid. n. 9).

³⁶ "Las cosas pueden haber sucedido de manera distinta de lo que las partes previeron, en cuanto la inflación se incrementó no al trote ni a paso largo y sentado, sino en forma galopante. Pero esa variación de grado y ritmo no es un cambio tan radical de la inflación prevista que pueda frustrar el contrato", *Wates Ltd. v. G.L.C.* (1983) 25 B.L.R. pp. 1 y 35, por L.J. Stephenson. Vid. también *Staffs Area Health Authority v. South Staffs Waterworks Co.* [1978] 1 W.L.R. p. 1387 (en especial el voto disidente de lord Denning, M.R.).

³⁷ *Chandler v. Webster* [1904] 1 K.B. p. 493.

³⁸ *Fibrosa* (vid. n. 26).

³⁹ Cfr. Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. El párrafo primero de esta ley trata del ajuste de los derechos y obligaciones de las partes de un contrato que se ha frustrado, disponiendo que:

II. DERECHO FRANCÉS: NEGACIÓN DE LA REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

1. La jurisprudencia francesa de la *Cour de Cassation* en materia civil⁴⁰, hasta ahora ha sido renuente a cuestionar la intangibilidad del contrato frente a circunstancias posteriores a su celebración que tornan su cumplimiento de suyo oneroso⁴¹. Un contratante sólo puede quedar exento de cumplir si ese evento es calificado de fuerza mayor ex art. 1.148 *Code*.

Nada ha cambiado a pesar de los esfuerzos desplegados por la doctrina después de la Gran Guerra para que la teoría de la imprevisión fuese acogida por el máximo tribunal galo, aun cuando —como en Chile— la misma ha sido justificada sobre importantes bases legales, como son los preceptos del *Code*, que tratan de la indemnización de los perjuicios previstos (art. 1.150), la buena fe (art. 1.134.3°) y la voluntad de las partes como regla de oro de la interpretación contractual

“(1) Si se hace imposible el cumplimiento de un contrato —o de otra forma se frustra— regido por el derecho inglés, motivo por el cual sus partes quedan liberadas de continuar dando cumplimiento al mismo, se aplicarán las siguientes normas de esta sección, según lo indicado en la sección 2 de esta Ley”; “(2) Todas las sumas pagadas o pagaderas a cualquier parte en cumplimiento del contrato antes de la fecha en que las partes queden liberadas... podrán —en el caso de las sumas pagadas— ser recuperadas de esa parte como dinero recibido por ésta en beneficio de la parte que hizo los pagos y, en el caso de las sumas pagaderas en el futuro, cesará la obligación de la parte que debía pagarlas. Si la parte a quien se han pagado o deban pagarse tales sumas incurriere en gastos con antelación a la fecha en que ambos contratantes queden eximidos del cumplimiento del contrato, el tribunal podrá, si lo estima equitativo habida cuenta de todas las circunstancias del caso, autorizar a esa parte para retener o recuperar total o parcialmente las sumas pagadas o pagaderas, por un monto que no exceda el de los gastos efectuados”. Al respecto, se ha resuelto que el tribunal debe gozar de amplia discreción para ejercer esta facultad, a fin de hacer justicia conforme al mérito del caso. Cfr. *Gamerco S.A. v. ICM/Fair Warning Agency Ltd. and Missouri Storm Inc.* [1995] 1 W.L.R. p. 1.226, por J. Garland. No obstante, esta ley no se aplica a los contratos de transporte de bienes y ciertos contratos de transporte de pasajeros, a los contratos de seguros ni a los de compraventa (Sección 2, N° 5).

⁴⁰ No consideramos en este trabajo la jurisprudencia en materia administrativa, emanada del Consejo de Estado, a partir del fallo de 30 de marzo de 1916 (D.P. 1916.3.25) que acogió la teoría de la imprevisión fundada en la importancia de preservar la continuidad de los servicios públicos y que, adicionalmente, la doctrina ha justificado en el derecho del particular que contrata con las autoridades públicas a esperar un equilibrio financiero en el contrato. Cf Hugh BEALE, Arthur HARTKAMP, Hein KÖTZ & Denis TALLON, *Casebooks on the Common Law of Europe. Contract Law*, Oxford, Hart, 2002, p. 630. Fallos posteriores han precisado la doctrina, exigiendo que se trate de hechos imprevisibles, fuera del control de los contratantes y de temporales. Sin embargo, resulta llamativa la incapacidad de la *Cour de cassation* para asumir que estos argumentos pueden ser igualmente plausibles en el Derecho Privado, sobre todo si se trata de hechos sustancialmente similares.

⁴¹ Cfr. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD & François CHABAS, *Droit Civil. Obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 1998, vol. 1, p. 736; Ambroise COLIN & Henri CAPITANT, *Traité de Droit Civil, Obligations, Théorie Générale*, Paris, Dalloz, 1959, para. 864-865; KARAMPATZOS (n. 20), p. 135.

(art. 1.156). No más fructífera fue la invocación, como principio consuetudinario, de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴².

2. El criterio de la *Cour de Cassation* quedó plasmado a mediados del siglo XIX en juicios relativos al contrato en cuya virtud el asegurador se obligaba a proporcionar al asegurado un sustituto si aquél era llamado al servicio militar. Con la entrada en vigencia en 1843 de una ley que dobló el número de conscriptos las compañías de seguros intentaron excusarse de honrar sus contratos y, aunque algunos sentencias de los jueces del fondo sostuvieron, indistintamente, que la base esencial del contrato había sido trastornada por esa circunstancia imprevisible o que la intención probable de las partes habría sido no contratar bajo ese supuesto o que, en fin, la ley en cuestión podía subsumirse en la noción de caso fortuito, la *Cour de Cassation* se mantuvo inflexible⁴³. El criterio fue reafirmado en el legendario caso del canal de Craponne⁴⁴ que ha permanecido hasta el presente⁴⁵.

Con todo, podrían verse signos de evolución (esperanzadores o no, según de qué lado se esté) tras un fallo de la *Cour de Cassation* de 1992, que admitió que

⁴² Cf. ZWEIFERT & KÖTZ (n. 4), p. 525.

⁴³ En sentencia de 9 de enero de 1856 (D.P. 56.1.41), la Corte sostuvo que no podía eximirse al asegurador de cumplir este peculiar contrato por cuanto (i) no se había estipulado ninguna limitación a la obligación de proporcionar el reemplazante, debiendo entenderse que el asegurador quiso asumir todos los riesgos asociados inherentes a su deber de procurar un reemplazante para cumplir el servicio militar; (ii) los términos del contrato eran claros y reflejaban la intención común de las partes, estando inhibido el tribunal de sustituir tal voluntad y (iii) es propio de un contrato aleatorio que los riesgos se carguen para uno u otro contratante. Uno puede apreciar la similitud entre esta sentencia y *Parade v. Jane* (vid. n. 8), ya que ambas apuntan a la responsabilidad de las partes en la distribución de los riesgos en el contrato.

⁴⁴ *Cour de cassation*, 6 de marzo de 1876, D.1876.I.193. En 1567 Adam de Craponne se obligó a construir y mantener un canal para irrigar los campos labrados por habitantes de Pélissanne, los que debían pagar tres soles por riego y área específica de tierra. Con el tiempo esta suma devino irrisoria. Los herederos de Craponne demandaron y obtuvieron en primera instancia un alza del precio, pero la *Cour de cassation* revocó el fallo por vulnerar el art. 1.134 inciso 1° del *Code* (*pacta sunt servanda*), sosteniendo que los jueces no podían —por equitativo que fuera— modificar los acuerdos de las partes a la luz de circunstancias y tiempos cambiantes, ni sustituir las estipulaciones libremente convenidas por los contratantes.

⁴⁵ Por ejemplo, *Cour de cassation* 6 de junio de 1921 (D.1921.I.73). Bajo un contrato de suministro celebrado en 1910, un campesino se obligó a restituir un conjunto de animales al propietario más cierto capital sin reajuste. El dueño demandó una proporción del valor adicional resultante de la depreciación del franco que sobrevino a la Primera Guerra Mundial. La Corte de Apelación sostuvo que dicho reajuste debía ser compartido entre ambas partes. La *Cour de cassation* revocó el fallo de apelación y declaró que el contrato únicamente obligaba al campesino a restituir la cantidad nominal recibida, junto al grupo de animales. Declaró que ninguna consideración de equidad autoriza al tribunal a modificar el contrato, estableciendo la preeminencia del art. 1.134.1 (*pacta sunt servanda*) sobre los arts. 1.134.3 (buena fe) y 1.135 (la integración del contenido del contrato conforme lo que le pertenece por naturaleza, costumbre y ley). En el fondo, esta sentencia comunica al público que son los propios contratantes quienes deben preocuparse de regular la imprevisión en los pactos que suscriben.

la buena fe contractual puede obligar a revisar el contrato que deviene particularmente oneroso⁴⁶. No obstante, se arguye, no puede vaticinarse si tal decisión "convertirá la herejía del presente en el dogma del futuro"⁴⁷.

3. Pero lo que resulta más interesante es preguntarse a qué obedece esta actitud. Al respecto, sólo diremos que se ha sostenido que esta mentalidad se condice con el hecho de que la cultura jurídica francesa mira con particular recelo el activismo judicial, conservando muy vivo el recuerdo de los abusos cometidos durante el Antiguo Régimen⁴⁸.

Frente a esta actitud jurisprudencial han reaccionado el legislador (aunque sus intentos son apreciados tan sólo como meras excepciones a la intangibilidad contractual)⁴⁹ y los particulares, estos últimos, incorporando en sus contratos cláusulas de distribución de los riesgos emanados de hechos imprevisibles (guerras, huelgas, fluctuaciones monetarias, etc.), sometiendo sus disputas a la decisión de árbitros facultados para revisar los términos del contrato cuando es justo y razonable su modificación por el cambio de las circunstancias o ambos⁵⁰.

Esta práctica pareciera reforzar la idea de que la revisión contractual acordada por las partes, contra la lógica aparente, puede fortalecer la economía e incrementar la seguridad en el tráfico jurídico comercial⁵¹. Es más, los tribunales no han trepidado en validar tales cláusulas, privilegiando los esfuerzos de las partes por renegociar sus contratos a fin de evitar su repentina terminación cuando es su intención continuar cumpliéndolos haciendo los ajustes necesarios⁵².

41

⁴⁶ Cass. Com. 3 de noviembre de 1992, *Bull. civ.*, IV, 1992, p. 338. Se resolvió que una compañía petrolera no había cumplido sus obligaciones contractuales para con un distribuidor de petróleo de acuerdo con las exigencias de la buena fe al rehusarse a renegociar con él en forma tal de poder afrontar la competencia del mercado, cuyo renovado escenario implicaba comercializar el petróleo a precios notoriamente más bajos.

⁴⁷ KARAMPATZOS (n. 21), p. 137.

⁴⁸ Cfr. KARAMPATZOS (n. 21), p. 136; John P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, U. of Michigan Law School, 1968, pp. 263, 305, 362, 375-376.

⁴⁹ El legislador intervino terminada cada guerra mundial: la ley Failliot de 21 de enero de 1918 y la ley de 22 de abril de 1949. La primera ley marcó el comienzo de una larga cadena de actos legislativos destinados a adaptar las relaciones contractuales de Derecho Privado a una situación económica trastornada totalmente. Esta ley concretamente confirió a los tribunales el poder de poner término o suspender los contratos celebrados antes de la Primera Guerra Mundial cuyo cumplimiento devino considerablemente más oneroso o ruinoso de lo previsto por las partes e, incluso, el juez podía obligar a los contratantes a renegociar los términos de sus pactos. Cfr. Werner LORENZ, "Contract Modification as a Result of Change of Circumstances", en Jack BEATSON & Daniel FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 359. (Reprinted in 2001).

⁵⁰ Cfr. ZWEIGERT & KÖTZ (n. 4), p. 527.

⁵¹ Cfr. KARAMPATZOS (n. 21), p. 139.

⁵² Esto se aprecia, por ejemplo, en sentencia de 28 de septiembre de 1976 de la *Cour d'appel* de París (*JCP* 1979.II.18810), que revocó un fallo del Tribunal de Comercio de París, que había

III. DERECHO ALEMÁN: JURISPRUDENCIA VANGUARDISTA

1. Se ha esgrimido, con fundamento histórico, que la respuesta dada por el Derecho alemán al impacto que produce el cambio de las circunstancias en la fuerza obligatoria de los contratos es consecuencia de la orientación social de mercado de su economía. Ello explica que para los jueces alemanes la interferencia en el contrato destinada a fijar su contenido justo es considerada en principio como legítima, sobre todo si procura proteger al contratante débil, como es precisamente el caso del deudor que, enfrentado a hechos imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, debe asumir gastos que trastornan la conmutatividad connatural al vínculo jurídico.

De hecho, la intervención judicial suele fundarse en el párrafo 242 del *BGB*, que impone cumplir las obligaciones con arreglo a la buena fe y los usos comerciales. Puede entonces apreciarse que, mientras en Inglaterra el *Pacta Sunt Servanda* goza de un respeto generalizado atribuible en gran medida a su economía más liberal, en Alemania existen menos barreras para atenuar el rigor de ese principio cuando se examinan las consecuencias jurídicas de la excesiva onerosidad sobreviniente⁵³.

Concentrándonos en el siglo xx y lo que va del XXI, pueden distinguirse tres hitos principales⁵⁴, a los que hacemos referencia en los números siguientes.

anulado un contrato de suministro de petróleo por considerar que había dejado de existir precio. El contrato contenía una cláusula de indexación que devino inútil ante la catástrofe del mercado derivada de la crisis del petróleo y que también incluía una cláusula de salvaguarda en cuya virtud, si el precio del petróleo subía seis francos por tonelada respecto del valor inicial, las partes debían consultarse recíprocamente para determinar si procedía modificar el contrato. Las partes infructuosamente intentaron una conciliación. La Corte de Apelación interpretó el deseo de las partes de seguir cumpliendo el contrato adaptándolo a las nuevas circunstancias y, para tal objetivo —y pese a que no había sido solicitado— ordenó que las negociaciones prosiguieran bajo la supervisión de un observador imparcial. La corte señaló, además, que si las partes fracasaban el tribunal podía regular el contenido del contrato sin alterar su estructura básica, adaptando el precio a las fluctuaciones del mercado.

⁵³ Cf. KARAMPAZOS (n. 20), pp. 120-121; Peter HAY, "Frustration and its Solution in German Law", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 10, 1961, p. 345 y ss.

⁵⁴ Sólo aludiremos al rechazo de la cláusula *rebus sic stantibus* por los juristas de la Escuela Histórica en la segunda mitad del siglo XIX. También sólo diremos que, en esa época (entre 1847 y 1892, en diversas publicaciones), Bernhard Windscheid propuso su tesis según la cual todo contrato es celebrado bajo el supuesto implícito de que las partes sólo entienden obligarse si se verifican determinadas circunstancias, de modo que si tal presuposición es equivocada el contratante puede demandar la terminación del contrato, pues éste deviene injustificado, como si hubiese fallado una condición tácita consistente en que el estado de cosas coetáneo al contratar se mantenga al tiempo de cumplir. Esta doctrina no fue recogida en el *BGB*, puesto que confundía la condición con el motivo (que es subjetivo y propio de una de las partes) y entrañaba inseguridad para los tratos comerciales. Cfr. LORENZ (n. 49), pp. 361-362. Ambos temas y, en general, la evolución sufrida por el Derecho

2. En primer lugar, cabe mencionar la jurisprudencia elaborada por el *Reichsgericht* (máximo tribunal civil alemán hasta 1945), la que se caracterizó por su marcada tendencia a proteger al deudor conforme a la equidad y la buena fe.

La primera forma en que el *Reichsgericht* resolvió los juicios por hechos sobrevinientes fue extendiendo el concepto de imposibilidad contenido en el párrafo 275 del *BGB* a la imposibilidad económica, ya sea porque el cumplimiento del contrato una vez superado el obstáculo hacía que sus efectos fuesen completamente diferentes de los contemplados al tiempo de su celebración⁵⁵, ya sea porque la obligación del deudor debía entenderse extinguida si insistir en el cumplimiento bajo el nuevo contexto resultaba una exigencia desmedida⁵⁶. En este escenario el *Reichsgericht* admitió en un número de casos la defensa de la ruina⁵⁷.

Posteriormente, el *Reichsgericht* echó mano a la doctrina de la base del contrato de Paul Oertmann, que permite poner fin al contrato a raíz de la alteración de las circunstancias cuando las expectativas de las partes al contratar —compartidas por ambas o, al menos, manifestada por una y aceptada por otra— son frustradas por hechos posteriores⁵⁸.

alemán a este respecto durante el siglo XX, son lúcidamente explicados por ZWEIFERT & KÖTZ (n. 3), pp. 518-524.

⁵⁵ En contratos de importación de materias primas que la guerra tornó imposibles o muy difíciles de cumplir, el tribunal liberó al vendedor si la entrega después del término de una guerra prolongada tenía lugar bajo condiciones económicas del todo diferentes de las imperantes en tiempos de paz, cuando los contratos fueron suscritos. RGZ 94, 68, 69.

⁵⁶ "El evento fortuito no sólo debe hacer más difícil producir el objeto para el cual se contrató... sino que debe implicar dificultades extraordinarias de tal entidad que los hombres de negocios considerarían imposible de cumplir", RGZ 57, 116, 118. En este caso, el demandado se obligó a suministrar al actor un importante volumen de cierto tipo especial de harina que debía fabricar en su molino aplicando una fórmula secreta. El molino fue destruido por un incendio fortuito y el vendedor alegó la imposibilidad de cumplir. La Corte debía determinar si tenía aplicación el entonces (hoy abolido) párrafo 279 del *BGB*, que trataba de las obligaciones de género. Además, el molinero había suministrado grandes cantidades del mismo tipo de harina a otro comprador antes de la destrucción del molino. Si se aplicaba dicha norma el deudor tenía que cumplir el contrato recurriendo a mercados extranjeros. La Corte, basándose en el párrafo 242 del *BGB*, declaró que el deudor no estaba obligado a cumplir, pues recurrir a ese medio le imponía una carga excesiva.

⁵⁷ Por ejemplo, la sentencia de 21 de septiembre de 1920 (RGZ 100, 129, 133-4) declaró que ninguna de las partes de un contrato de arrendamiento por ocho años, celebrado en 1912, había sido negligente al no incorporar una cláusula de guerra, pues sobrepasaba a toda previsión humana anticipar —en 1912— el escenario económico que sucedió a la Gran Guerra. La renta anual convenida era de nueve mil trescientos sesenta y tres marcos, pero a causa del enorme incremento de los precios del carbón, el arrendador incurrió en gastos adicionales de unos ochenta y nueve mil marcos entre 1917 y 1919, demandando el consiguiente reajuste de la renta. Los tribunales inferiores rechazaron su pretensión por estimarlo culpable al no calcular adecuadamente sus costos ni haber tomado en cuenta las consecuencias de un posible conflicto bélico, pero el *Reichsgericht* revocó dicho fallo por la razón antes anotada.

⁵⁸ *Reichsgericht*, 3 de febrero de 1922, RGZ 103.328. Se resolvió que en circunstancias excepcionales que afectan las raíces del contrato, el juez está autorizado para revisarlo y debe procurar no

A pesar de que esta tesis fue duramente criticada, entre otros motivos, por no resolver la mayoría de los casos (si las partes no pudieron razonablemente prever los eventos frustrantes al celebrar su contrato, resulta poco realista pretender que existió una suerte de común suposición de los contratantes), ésta continuó siendo empleada por el *Reichsgericht* e, incluso, por el *Bundesgerichtshof*, aunque normalmente como simple ornamento de sus verdaderas consideraciones⁵⁹.

3. En segundo lugar, debe destacarse la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (máximo tribunal civil alemán tras la Segunda Guerra Mundial), que puso el acento —invocando la doctrina del colapso del fundamento del contrato— en la aplicación del estándar de la buena fe en las circunstancias del caso y en la determinación de si la aplicación irrestricta del contrato era o no insoportable para el deudor, atendido el cambio de las circunstancias⁶⁰.

Asimismo, dicho tribunal planteó que la corrección del *Pacta Sunt Servanda* sólo se justifica si es indispensable para evitar un resultado intolerable e incompatible con el derecho y la justicia⁶¹, expresión genérica que confiere un poder discrecional a los jueces y que, a su vez, dificulta pronosticar el resultado probable de los litigiosos y vierte una dosis de incertidumbre en los tratos comerciales⁶².

44

ponerle fin. Esta sentencia fue la primera en reconocer abiertamente como base para tal revisión a la teoría de Paul Oertmann sobre la desaparición de la base contractual. El criterio es que pugnaría con la buena fe mantener inalterado el contrato, lo que se asemeja a la doctrina de la frustración en cuanto el contrato ha dejado de ser lo que originalmente se proyectó.

⁵⁹ KARAMPATZOS (n. 20), p. 124. Así, por ejemplo, en un caso que derivó de la reunificación alemana, se dictó sentencia de 14 de octubre de 1992 (BGHZ 120.10), en la que el *Bundesgerichtshof* declaró que la teoría de la desaparición de la base contractual debiera ser aplicada para proteger el contrato, teniendo en cuenta los requerimientos de la buena fe. La teoría de Oertmann es aplicada como último recurso, en defecto del ajuste contractual.

⁶⁰ En un famoso caso, el demandante se había comprometido a producir y entregar al demandado una cantidad de taladros de un modelo obsoleto y que el actor sabía que el demandado vendería en Alemania Oriental, pero el bloqueo a Berlín hizo imposible la entrega de los taladros en ese país. El *Bundesgerichtshof* declaró que en contratos de ventas y servicios el comprador debe soportar el riesgo de no poder utilizar los bienes como originalmente quería, pero agregó que, aunque el bloqueo existió al tiempo del contrato ambas partes compartieron la creencia de que la entrega de los taladros en Alemania del Este sería posible en el futuro previsible. Por ello eximió al demandado de su obligación de pagar los taladros, pero como el contrato debía ser adaptado a la nueva situación a la luz de la buena fe declaró que debía pagar un cuarto del total de la suma pactada, lo que permitía al actor compensar los gastos incurridos iniciar la ejecución del contrato. Cfr. MDR 1953.282. Esta sentencia ha sido criticada porque el comprador que adquiere bienes pensando en obtener una utilidad con su reventa debe soportar el riesgo de que ésta se torne imposible y, si quiere compartir tal riesgo con el vendedor, debe estipularlo expresamente en el contrato. Cfr. ZWIGERT & KOTZ (n. 4), p. 524.

⁶¹ Cfr. BGH JZ 1978, 235, 236; BGH NJW 1984, 1746, 1747; BGH NJW 1991, 1478, 1479; BGH NJW 1997, 320, 323.

⁶² KARAMPATZOS (n. 20), p. 125.

En fin, actualmente se sostiene que la excesiva onerosidad sobreviniente es un problema de distribución de los riesgos que concierne a los propios contratantes según el tipo de contrato. Por ende, la revisión judicial es sólo el último recurso que opera a falta de cláusulas expresas que regulen la materia. Esto siempre que el juez pueda obtener el resultado que, de otro modo, las partes habrían contemplado, para lo cual debe interpretar el contrato y aplicar las normas pertinentes del *BGB*⁶³. La modificación judicial del contrato puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la atenuación del cumplimiento *in natura* de las obligaciones, reducciones de precios, prórroga de plazos, cumplimiento por parcialidades, compensación, etc.⁶⁴. Entre estas cláusulas destacan las de indexación⁶⁵.

⁶³ Cfr. BGH NJW 1984, 1746, 1747; BGH NJW 1991, 1478, 1479. En el caso más emblemático (BGHJZ 1978, 235; WM 1978, 1922), el *Bundesgerichtshof* debió deliberar acerca de las repercusiones económicas de la primera crisis de los setenta. El demandado, un importador de petróleo, había celebrado en 1972 un contrato para el suministro de cierto volumen de gasolina al actor en parcialidades. A la época del contrato, el precio promedio de la gasolina era inferior a cien marcos alemanes por tonelada y las partes, no obstante, prever posibles fluctuaciones futuras del precio, acordaron un precio fijo. Durante 1973, debido a hostilidades en el Medio Oriente, el precio de la gasolina experimentó un alza sostenida hasta alcanzar los seiscientos marcos alemanes por tonelada. El demandado requirió del actor un ajuste del precio original que reflejara los costos actuales, pero este último se negó. El demandado decidió suspender el suministro, lo que obligó al actor a obtener el insumo de un tercero a un precio superior al pactado. El demandante reclamó perjuicios por incumplimiento contractual dadas las pérdidas incurridas al verse forzado a obtener un suministro más caro. La Corte falló en su favor, pues en su concepto el precio fijo establecido en el contrato reflejaba la intención de las partes de colocar de cargo del vendedor el riesgo de variaciones de precio. Además, declaró que, aunque ese acuerdo se considerara referido sólo a las fluctuaciones normales, el demandado debió tener en cuenta, a mediados de 1973 —cuando la crisis recién se había desencadenado— que eran esperables mayores alzas en los precios y, por ende, debió reducir en parte su riesgo adquiriendo volúmenes de gasolina en *stock*. En suma, el tribunal consideró que el demandado había sido negligente. Sin embargo, surge la duda de hasta qué punto el demandado pudo reducir realmente el riesgo, pues si todos o la mayor parte de los suministradores hubiesen observado el comportamiento exigido por el *Bundesgerichtshof* se habría producido una demanda generalizada de gasolina que habría provocado una repentina y acentuada alza en los precios, lo que a su turno habría seguramente impedido a ese particular demandado proveerse del insumo a precios razonables. Por tanto, si la conducta que la Corte esperaba era inexigible, uno debería coincidir en que se produjo el colapso de la base del contrato, aserto que parece ser más compatible con la justicia y el Derecho. Cfr. KARAMPATZOS (n. 20), pp. 128-129.

⁶⁴ Cfr. BEALE, HARTKAMP, KÖTZ & TALLON (n. 40), p. 637.

⁶⁵ Pese a que en Alemania rige el principio nominalista, ha sido modificado por la jurisprudencia, al punto que la ausencia de cláusulas de reajuste de los precios no es tan grave como en otras latitudes. A partir de una ley de 18 de junio de 1948 las cláusulas de indexación están sujetas a un control por el Banco Central. En sentencia de 4 de marzo de 1964 (NJW 1964.1021) se declaró la validez de la cláusula incorporada en un contrato que facultaba a un tercero a revisar la renta de arrendamiento de un edificio después de cinco años si durante este plazo se producía un cambio significativo en las circunstancias económicas. También se ha considerado válida la cláusula en cuya virtud las partes facultan al tribunal para ajustar el canon de arriendo (sentencia de 6 de diciembre de 1978, NJW 1979.2250).

4. El tercer hito tiene lugar desde el 1 de enero de 2002, cuando entró en vigencia el párrafo 313 del *BGB*, que consagra el problema del colapso del fundamento del contrato y cuyos incisos 1º y 3º disponen lo siguiente:

“1. Si las circunstancias que constituyen la base del contrato han cambiado considerablemente con posterioridad a la celebración del mismo, y si las partes no lo hubiesen celebrado o lo hubiesen celebrado bajo condiciones diferentes en caso de haber previsto el cambio, podrá reclamarse la revisión del contrato si no es posible exigir a una de las partes el contrato sin modificarlo, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso particular, especialmente la distribución –contractual o legal– del riesgo”.
 ...“3. Si la revisión del contrato no es posible o no puede ser exigida a la otra parte, el contratante en desventaja podrá pedir la resolución del contrato. En los contratos de obligaciones de tracto sucesivo el derecho a la terminación sustituirá al derecho de resolución”.

Se ha sostenido que esta reforma sólo persiguió elevar a rango de ley lo resuelto por la jurisprudencia y convenido por la doctrina, por lo cual no se espera un cambio en los criterios judiciales. Sí importa, en cambio, un abandono de la fórmula subjetiva de Paul Oertmann, aunque se concuerda en que desde hace mucho tiempo los tribunales le habían dado un uso meramente retórico. De este modo, el párrafo 313 del *BGB* es interpretado en forma estricta para permitir la modificación, resolución o terminación del contrato únicamente en situaciones extraordinarias, ninguna de las cuales opera *ipso facto*. Se privilegia la denominada “fórmula de colaboración”, por la cual las partes son las primeras convocadas a renegociar los términos de sus negocios cuando éstos se tornan excesivamente onerosos por hechos sobrevinientes e imprevisibles. Los tribunales, por el contrario, sólo intervienen en forma subsidiaria. La consecuencia es que, tras esta reforma legislativa, el *pacta sunt servanda* ha resultado fortalecido⁶⁶. En efecto, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la revisión judicial efectuada en Alemania frente a la desaparición de la base contractual no es una amenaza a la seguridad del contrato, pues sus tribunales actúan en forma consciente y moderada⁶⁷. No otra razón explica que su modelo ha sido imitado en diversas legislaciones nacionales y, más interesantemente, su impronta también se aprecia en los Principios del Derecho Europeo de Contratos y en los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. KARAMPATZOS (n. 20), pp. 133-134.

⁶⁷ Cfr. BEALE, HARTKAMP, KÖTZ & TAILLON (n. 41), p. 637.

⁶⁸ El art. 6.111 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos trata del cambio de las circunstancias. Este precepto establece, como regla general, la obligatoriedad del contrato, aun si deviene oneroso por un aumento del costo de la obligación de la parte que debe cumplir o por una

5. La sensación con la que uno se queda después de este apretado recuento, parafraseando a Werner Lorenz, es que: “una vez desvestidas de sus ornamentos teóricos, las decisiones alemanas evidencian que las soluciones satisfactorias en los casos cruciales sólo pueden ser alcanzadas tras un cuidadoso análisis de la distribución de los riesgos inherentes a cada tipo de contrato”⁶⁹.

IV. CONCLUSIONES: CON REFERENCIA AL DERECHO CIVIL CHILENO

1. Desde hace varias décadas se ha venido discutiendo en nuestro país sobre las ventajas e inconvenientes de consagrar expresamente la teoría de la imprevisión en el *Código Civil* o en una ley especial, los principios, reglas e instituciones que permitirían sustentarla con éxito frente al dogma de la intangibilidad del contrato, las alternativas de revisión o modificación sustancial (convencional, judicial, legal o ambos), su ámbito de aplicación (incluso, en obligaciones extracontractuales) y los efectos jurídicos de su implementación (renegociación, modificación, resolución/terminación). Por cierto, excede al propósito de este trabajo resumir tales avances⁷⁰.

disminución del valor de la contraprestación. Sin embargo, ante la excesiva onerosidad sobreviniente por un cambio de las circunstancias –y supuesto que sean hechos posteriores, imprevisibles e inimputables–, las partes deben, en primer término, negociar con la mira de modificar o terminar el contrato. Sólo si fracasan en su intento por lograr un acuerdo dentro de un plazo razonable, el tribunal puede intervenir, ya declarando terminado el contrato, ya sea ajustándolo de modo de distribuir en forma justa y equitativa entre los contratantes las pérdidas y las utilidades resultantes del cambio de circunstancias. En cualquiera de estos dos casos el tribunal puede otorgar una indemnización a la parte que ha sufrido daños por la negativa de la otra parte a negociar o por el rompimiento de las negociaciones en contra de la buena fe y de una negociación justa. Los arts. 6.2.1 y 6.2.2 de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales son sustancialmente similares a la norma en comento. Para una visión panorámica, *vid.* Rodrigo MOMBERG, “Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 10, Santiago, julio, 2004, pp. 151-166. Asimismo, para una clara comparación entre los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, la doctrina de la frustración y el Derecho Civil alemán actual, *vid.* Richard BACKHAUS, “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, en *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8, Tilburg (Netherlands), marzo, 2004.

⁶⁹ LORENZ (n. 49), p. 376.

⁷⁰ Sin pretensión alguna de ser exhaustivo, entre las obras más relevantes destaco las siguientes: Lorenzo DE LA MAZA R., “La Teoría de la Imprevisión”, en *RDJ*, tomo 30, Santiago, 1933, 1ª parte, p. 73 y ss.; Fernando FUEYO L., “Algo sobre la Teoría de la Imprevisión”, en *RDJ*, tomo 51, Santiago, 1954, 1ª parte, p. 89 y ss.; Juan Carlos DÖRR Z., “Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 12 N°2, Santiago, 1985, p. 253 y ss.; Jorge LÓPEZ S., *Los Contratos (Parte General)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986 (y ediciones posteriores); Pablo RODRÍGUEZ

2. Parece útil, eso sí, observar un interesante nivel de coincidencia entre algunas de las conclusiones alcanzadas hasta ahora en Chile y ciertas ideas debatidas en los sistemas que han sido revisados someramente en las secciones anteriores.

Uno de los aspectos cruciales apunta al papel protagónico que los contratantes deben representar al diseñar su “programa de distribución de riesgos”, máxime si el principal argumento aducido en contra de la recepción de la teoría de la imprevisión en nuestro Derecho Privado es el *Pacta Sunt Servanda*.

Aun cuando no existe jurisprudencia directa de los tribunales ordinarios de justicia que confirme o desmienta las aprensiones contra la reglamentación positiva de esta institución⁷¹, es evidente que este potencial problema (muy real y concreto en el Derecho francés) puede sortearse en la medida que la revisión contractual sea acometida por sus propios autores. Por esta vía es posible alcanzar mayores niveles de certeza jurídica en las transacciones y, aunque en absoluto inmuniza al contrato del escrutinio judicial, traslada la dificultad del terreno, aun, inexplorado por la judicatura ordinaria chilena a uno que les es más familiar (pero no menos complejo): la interpretación del contrato.

Por eso, con independencia del destino final que tenga el proyecto de ley que autoriza la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles⁷², éste, al menos, denota que el criterio correcto para enfrentar judicialmente la excesiva onerosidad sobreviviente, es focalizar la revisión en la modificación con preferencia a la terminación del contrato, a fin de respetar el principio de la conservación del acto jurídico. Asimismo, dicha iniciativa permite al demandado enervar la acción allanándose vía aumento de su obligación o disminución de la contraprestación, lo que sugiere que la intervención judi-

G., *La Obligación como Deber de Conducta Típica (La Teoría de la Imprevisión en Chile)*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1992; FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 2ª Parte, pp. 181-242 (cfr. exposiciones de profesores Claudio Illanes R., Juan Carlos Dótt Z. y Daniel Peñailillo A.); Daniel PEÑAILILLO A., “La Revisión Judicial de Obligaciones y Contratos en la Reforma del Código Civil (La Lesión y la Imprevisión)”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 208, año 68, Concepción, julio-diciembre de 2000, pp. 209-237; Pablo RODRÍGUEZ G., *Responsabilidad Contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003; Rodrigo BARCIA L., “Los Efectos de las Obligaciones desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado*, vol. 1, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2004, pp. 127-169; René ABELIUK M., *Las Obligaciones*, 4ª ed. reimpressa, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo II, pp. 755-763.

⁷¹ La Corte Suprema sólo ha deliberado sobre si los jueces pueden o no alterar el *Pacta Sunt Servanda*, a partir de la sentencia de 10 de enero de 1925, *RDJ*, tomo 23, Santiago, 1926, sec. 1ª, p. 423.

⁷² Cfr. *Boletín*, N° 00309-07, Valparaíso, Cámara de Diputados, de 7 de marzo de 1991, moción del diputado Sr. Sergio Elgueta Barrientos. El trámite legislativo quedó interrumpido en su paso a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el 9 de octubre de 2001.

cial debe ser siempre supletoria de la autonomía privada, incluso, si ésta es ejercida un tanto tardíamente, en el mismo litigio. En definitiva, “la seguridad jurídica impone la permanencia del contrato que es un acto de previsión. El principio de libertad y de responsabilidad, que deja a cada parte apreciar por sí misma la equivalencia de la prestación, reafirma esta opinión”⁷³.

3. Si uno observa la experiencia de los sistemas reseñados debiera coincidir en que el principal aliado o enemigo de la imprevisión no es la ley (si está o no tipificada dicha institución o si el *Pacta Sunt Servanda* está o no consagrado, como ocurre con el art. 1.545 CC) sino la actitud de los tribunales, de quienes depende la restauración de la justicia correctiva del contrato alterada significativamente por acontecimientos imprevisibles y posteriores a su formación.

Sería dogmática y prácticamente interesante ver cómo los tribunales ordinarios enfrentarán esta temática y cómo los árbitros continuarán desarrollando la experiencia hasta ahora acumulada. Cabe esperar de su actuación consistencia –respeto por el precedente judicial labrado con prolijidad en lo concerniente a las estrictas condiciones para aplicar la imprevisión– y prudencia en la atribución de sus efectos.

No tenemos por qué añorar la instauración de normas reguladoras de la institución, como tampoco temer su promulgación, si los jueces, en la ponderación de los hechos concretos de que conocen, cuidan de mantener un adecuado balance entre la preservación –en la medida de lo posible– de los vínculos jurídicos (relegando como última salida la terminación del contrato, es decir, sólo ante un trastorno irremediable o un evento de aquéllos que frustrarían el contrato en el sistema anglosajón) y la necesidad de restablecer el equilibrio contractual quebrado (lo que implica privilegiar la modificación contractual reunidas que sean las excepcionales circunstancias que lo justifican y en subsidio de la revisión hecha por los mismos contratantes).

Lo anterior, teniendo en cuenta que la imprevisión es un problema que, en su esencia, concierne una alteración del mecanismo de distribución de riesgos definido *ex ante* por las partes y que –si éstas no han readecuado y es necesario restablecerlo– debe ser ajustado *ex post* por el tribunal, no sólo echando mano a los argumentos estrictamente jurídicos, tales como la equidad, la buena fe, la interdependencia de las prestaciones, la finalidad del contrato sino, también, aplicando criterios de eficiencia (intentando responder qué contratante pudo evitar el riesgo a menor costo) y proyectando las consecuencias económico sociales de sus decisiones⁷⁴.

⁷³ Jacques CHESTIN & Marc BILLIAU, *El precio en los contratos de larga duración*, traducción de Luis Moisset de Espanés y Ricardo de Zavalía, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1994, p. 157.

⁷⁴ Cfr. BARCIA (n. 70), p. 151; Carlos PENA G., “Sobre el Análisis Económico de la Responsabilidad Civil”, en AA.VV., *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1996, pp. 516-531.