

UN ACERCAMIENTO DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DESDE EL ANÁLISIS EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO VIGENTE Y LA SOLUCIÓN DEL COMMON-LAW

AN APPROACH OF THE THEORY OF UNFORESEEN CONTINGENCIES
TO OUR LEGAL SYSTEM FROM THE ANALYSIS IN THE CURRENT
ITALIAN CIVIL CODE AND THE SOLUTION OF THE COMMON LAW

UMA APROXIMAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO AO NOSSO
ORDENAMENTO JURÍDICO DESDE A ANÁLISE NO CÓDIGO CIVIL
ITALIANO VIGENTE E A SOLUÇÃO DO COMMON-LAW

JOANNA GABA (*)

RESUMEN. El trabajo analiza la excesiva onerosidad como causa de resolución del contrato buscando ir más allá del manejo del contrato, relacionándolo con la operación económica, y así contemplar las necesidades jurídicas actuales en nuestro ordenamiento, producto de las fluctuaciones económicas mundiales, dejando de relieve una reflexión sobre la necesidad de incluir la teoría de riesgo en la normativa vigente.

PALABRAS CLAVE. Excesiva onerosidad, riesgo, teoría de la imprevisión, operación económica, remedios.

ABSTRACT. This paper analyses hardship as a cause of agreement termination, seeking to go beyond the agreement's handling, relating it to the economic operation, and thus contemplate the current legal needs of our system, as a result of global economic fluctuations, highlighting a reflection on the need to include the theory of risk in current regulations.

KEY WORDS. Hardship. Risk, Theory of unforeseen contingencies. Economic operation. Remedies.

(*) Doctor en derecho y Ciencias sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Correo electrónico: joanngaba@gmail.com.

RESUMO. O trabalho analisa a onerosidade excessiva como causa de rescisão do contrato, procurando ir além da gestão do contrato, relacionando-o com a operação económica, e assim contemplar as atuais necessidades legais de nosso sistema, produto das flutuações económicas globais, destacando uma reflexão sobre a necessidade de incluir a teoria do risco na regulamentação vigente.

PALAVARSA - CHAVE. Onerosidade excessiva. Risco. Teoria da previsão. Operação económica. Remédios.

I. Orientación del trabajo

La presente investigación tiene por finalidad un breve análisis de la excesiva onerosidad como causa de resolución del contrato desde la perspectiva europea, puntualmente desde el análisis del Código Civil italiano, así como, desde la aplicación del *Common Law* a efectos de individualizar los primeros puntos relevantes que es necesario atender en el derecho hispano, y latinoamericano, en relación a la aplicación de la Teoría del Riesgo y la resolución de contratos coligados a un acuerdo de partes principal; lo cual surgió en referencia al estudio y la búsqueda de aplicación doctrinaria dentro del sistema jurisdiccional uruguayo, sistema que a través de la doctrina plantea una constante necesidad de la aplicación de los institutos en análisis para ampliar las posibilidades de resolución de contratos, frente a una desigualdad en la ecuación económica. Producto de esta inquietud, a través de este análisis se deja a la vista la latente necesidad de una modificación profunda del Código Civil uruguayo.

El hecho de aplicar como fundamento esa desigualdad imprevisible que se produce en la ecuación económica contractual para la resolución del contrato constituye un tema discutido en doctrina, y falto de respaldo jurisprudencial, en gran parte por la falta de un artículo a texto expreso en el Código Civil uruguayo, donde se pueda entender que está comprendida la teoría del riesgo. Sin perjuicio de reiterados e infructuosos casos donde la doctrina ha recurrido a la teoría del riesgo, como fundamento para la resolución del contrato.

Partiendo de los temas planteados y comprendidos en el desarrollo de este caso, se decidió analizar los aspectos fundamentales de la excesiva onerosidad superviniente como causa de resolución del contrato, apuntando a que este análisis permita retomar el tema en la jurisprudencia en concreto, o la resolución en un caso concreto en nuestro ordenamiento jurídico, que aún no tienen un pronunciamiento jurisprudencial que haga lugar a la aplicación de la teoría de riesgo.

A través de este abordaje se pasa a analizar los distintos institutos: excesiva onerosidad, teoría de la imprevisión, principio de presuposición, condición implícita, *clausula rebús sic stantibus*.

II. Evolución del concepto y definición de excesiva onerosidad

Abordando el tema desde la perspectiva europea, y desde la uruguaya. Se opta por no traducir los textos oficiales, leyes o sentencia judicial tratadas, si así los títulos de las publicaciones citadas.

El derecho italiano cuenta con normas expresas sobre la teoría de la imprevisión, que han sido manejadas por su jurisprudencia durante más de 50 años, por lo cual su aporte es muy significativo a nuestro ordenamiento jurídico.

El tema de la excesiva onerosidad superviniente como causa de resolución del contrato, nos lleva al estudio de la relación entre el contrato y la operación económica, puesto que, la elección de determinado tipo contractual, la inserción de determinadas cláusulas en función de la finalidad que el contrato en concreto está dirigido a realizar, sirve para repartir entre las partes el riesgo contractual.

Considerar el riesgo en el contrato; esta consecuencia de eventos negativos, de eventos no previstos, o bien supervinientes. Estos eventos, riesgos, hacen que el contrato cambie su economía originaria, determinando de algún modo una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la propia prestación por una parte y creando para la misma pérdidas o sacrificios injustificados que finalizarían contra toda intención que su hubiera previsto, por aventajar a la otra parte.

En el derecho italiano la imprevisibilidad y extraordinariedad de un evento verificado luego de la conclusión de un contrato y antes de la ejecución debida es una causa para resolución del contrato con los establecidos en los artículos de referencia de ese Código, artículos 1453 a 1459 Código Civil italiano vigente.

La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad superviniente entra dentro de lo que se podría considerar normal a la propia naturaleza de este contrato, y la parte perjudicada en la eficacia del contrato, puede evitar la pérdida de sus efectos ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Debe ser considerada la posibilidad de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que vulneren profundamente el equilibrio contractual.

La regla que surge de la normativa italiana de la parte general de los contratos, en forma general y en su totalidad, representa la aplicación al derecho común de los contratos. Esto es, el principio de la tutela del deudor contra el riesgo de una agravación excepcional e imprevisible de su prestación. Lo que representa una exigencia de proporcionalidad en la disciplina de los actos de autonomía privada.

Mientras que el Código Civil italiano de 1865 no admitía el principio de presuposición como cláusula implícita en todo contrato, la jurisprudencia se había consolidado en el sentido de que la cláusula “*rebús sic stantibus*” debiese resultar de un pacto expreso, o en modo inequívoco, de elementos extrínsecos del contrato.

Previo a las modificaciones del Código Civil Italiano de 1942, los intérpretes se movían indecisos e inciertos entre la aplicación de la condición implícita, la teoría de la presuposición (*presupposizione*) y la de la cláusula *rebús sic stantibus*, haciendo uso de una o de otra técnica para solucionar las cuestiones conexas.

El principio de presuposición como cláusula implícita en todo contrato tiene su fundamento en la interpretación del contrato según criterios de distribución del riesgo contractual a ser aplicados al caso concreto para equilibrar los intereses contrapuestos del contratante golpeado por la imprevisibilidad del evento negativo, y de quien por tal evento resultaría injustificadamente favorecido.

La noción de excesiva onerosidad es comprensiva de una serie de fenómenos y manifestaciones variadas, que deben ser estudiadas y visualizadas en el caso concreto según la valoración del intérprete respecto al tipo, subtipo contractual, y al contenido singular y concreto objeto de valoración (GABRIELLI, 2000).

Todo riesgo extraño, cuando incide sobre el contrato es un efecto idóneo para producir una alteración de la causa del mismo. La reacción del ordenamiento jurídico a esta alteración debe existir, no en todos los casos, sino en aquellos en que la diferencia entre las prestaciones producida por la incidencia del riesgo, supera un cierto límite que varía según el tipo contractual. Se trata de operar una valoración concreta sobre la normalidad de la incidencia de ciertos factores de peligro y, hechos que implican un riesgo económico, conexos con una determinada figura contractual. Esta valoración queda restringida a la valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica de apreciación del juez.

III. Resolución de contratos aleatorios por excesiva onerosidad

El legislador italiano ha distinguido tanto a los contratos aleatorios por su naturaleza, como aquello que son tales por voluntad de las partes, en aplicación a la excesiva onerosidad (BRASSI, 1948).

La doctrina y jurisprudencia consideran aleatorio aquellos contratos en los cuales al momento de la conclusión es imposible valorar la relación de reciprocidad entre ventajas y pérdidas, de modo que la ventaja patrimonial

que puede derivar de un evento incierto para uno u otro de los contrayente constituirá la nota distintiva de la categoría.

IV. El problema de la equivalencia de las prestaciones

Se prevé la resolución para aquellas circunstancias negociales, en las cuales luego de estipulado el contrato y antes del término de vencimiento para su ejecución, se verifique un acontecimiento extraordinario no previsto ni previsible por las partes mediante el empleo de la diligencia debida y que produzca una significativa alteración de la relación de equivalencia entre las prestaciones objeto del contrato, de forma de alterar la relación y función originaria del contrato, en forma de perjuicio cierto. Quedando fuera de esta consideración de circunstancias, los contratos aleatorios.

El instituto de la resolución ha sido concebido sobre la excesiva onerosidad como causa de extinción de las obligaciones.

Acá debemos distinguir, la imposibilidad objetiva sobreviniente de la prestación que propone el problema del riesgo contractual, de la excesiva onerosidad de la prestación. En el caso de la imposibilidad sobreviniente de la prestación no imputable al deudor ocurre que, liberado el deudor, el problema será quien soporta el riesgo contractual. Esta situación es distinta a la excesiva onerosidad de la prestación, donde se produce un evento que no produce la liberación del deudor, y se debe establecer cómo se reparten los riesgos que generan una carga excesivamente onerosa en el tiempo a una de las partes. Sobre este punto las principales doctrinas pueden clasificarse en, doctrina de carácter subjetivo del Instituto y doctrina de carácter objetivo.

V. Generalidades del derecho de opcion del acreedor ante el incumplimiento contractual en el common law

En el sistema anglosajón la evolución del derecho de opción ha sido similar al Derecho continental. Se distingue entre *Condition precedent*, *concurrent condition* e *independent promises* (RIVERA RESTREPO, 2015).

Cuando se estipula, ya sea explícita o implícitamente, que el cumplimiento de la obligación de una las partes sea anterior al cumplimiento de la contraparte, se dice que el cumplimiento de la obligación del primer contratante, es una condición precedente de la obligación del segundo, y la prestación del segundo contratante constituye una *condition subsequent* del cumplimiento del primero. Y, cuando los contratantes deben cumplir simultáneamente sus obligaciones, se habla que el cumplimiento de cada contratante es *concurrent condition* del cumplimiento de la contraparte.

Al igual que en el derecho continental europeo que veníamos analizando, dada la ambigüedad del uso de la denominada *rescission* en la doctrina, no debemos confundir la “*ressicion*” por “*misrepresentation*” y otros vicios del consentimiento, ya que en este supuesto la *rescission* significa la inexistencia del negocio jurídico y, el incumplimiento en cambio, supone la existencia de una relación jurídica. Además debe resaltarse que en el caso de *misrepresentation*, la parte afectada no está legitimada para reclamar una indemnización por daños y perjuicios, lo que es el principal remedio en el caso de un incumplimiento contractual.

En el sistema anglosajón, la noción de remedios se conceptualiza como el conjunto de medios mediante los cuales se realiza un derecho personal, se intenta evitar, compensar o reparar su infracción. El derecho de remedios busca cualquiera de estas alternativas: a) ejecutar un crédito; b) evitar la lesión de un derecho o interés y, c) cuando esta se produjo, indemnizar al contratante inocente por dicha violación.

Los remedios contractuales, se llevan a cabo mediante la concesión de acciones o facultades, concedidos por el legislador o la convención.

Los remedios en el derecho anglosajón son:

- 1) Los *equity remedies* o *relief*, se trata de la justicia aplicada conforme a las circunstancias particulares del caso concreto.
- 2) Los *legal remedies*, donde el tribunal no solo recurre a la equidad con el fin de interpretar las cláusulas contractuales.

Desde el punto de vista procesal esta distinción carece de relevancia, ya que solo existe una clase de acción: la acción civil. En los casos de una *civil action* o acción civil se habla de *depent obligations*, en el sentido que el cumplimiento de una o ambas partes depende de un hecho futuro e incierto que consiste en el cumplimiento precedente o simultaneo de la contraria.

Siguiendo a John AUSTIN (2011), la doctrina inglesa en general señala que el remedio, es un derecho secundario por ejemplo a una indemnización por daños y perjuicios, y no es sino la respuesta a un derecho anterior o primario, por ejemplo el in-cumplimiento de una obligación.

Dentro de los actuales remedios que ofrece el derecho se encuentran: los recursos monetarios de la indemnización de daños y perjuicios, la liquidación de beneficios, los daños de restitución y la compensación equitativa.

La doctrina agrega que en el sistema anglosajón, las obligaciones pueden ser independientes, de tal forma que cada contratante puede obligar al otro a cumplir con su deber, aun cuando el no haya cumplido. Esta nomenclatura tiene su origen en el derecho procesal inglés del siglo XIX, donde el

Juez debía establecer previamente, si la promesa del actor era o no dependiente de la promesa del demandado.

En el siglo XVI se presumía la independencia de las promesas, excepto cuando los contratantes hubieran estipulado que del cumplimiento de una de ellas dependía el cumplimiento de la contraparte.

Ya en el siglo XVIII, se concluyó que la anterior solución podía contrariar el principio de justicia, ya que si las promesas eran consideradas independientes, el demandado estaba obligado a cumplir su deber aun cuando la contraparte no cumpliera o no pudiere cumplir con su obligación; si, por el contrario las promesas eran consideradas dependientes, el demandante debía cumplir con su deber, para exigir que el demandado a su vez cumpliera su obligación, lo que significaba un riesgo para aquel. Es por esto que la jurisprudencia considero que ambas prestaciones debían cumplirse mutua y simultáneamente, acogiendo la solución postulada por Lord Mansfield(1), que establece que para que prospere la acción basta con que el actor acredite que está dispuesto a cumplir su obligación. A partir de este momento se estableció que el incumplimiento de la obligación de una de las partes, exoneraba del cumplimiento a la contraria. Y finalmente se estableció que si las promesas eran independientes, el cumplimiento de una de las promesas, no liberaba al otro contratante de cumplir la suya.

VI. Conclusiones

Se apunta con este análisis a animar a la doctrina que se permita tomar el tema en el caso concreto, quedando a la vista la relevancia de la teoría del riesgo.

Queda de relieve la necesidad del operador legal de ir más allá de manejar el contrato y relacionarlo con la operación económica, para contemplar las necesidades actuales, por las fluctuaciones económicas mundiales, así como la necesidad de incluirlo en la normativa vigente en nuestro orden jurídico.

La sociedad actual, así como la estructura negocial, han evolucionado mucho en cuanto al tema, quedando nuestro sistema actual necesitado de normas expresas sobre la teoría de la imprevisión. Por su parte, los más de 50 años de jurisprudencia en este sentido manejados por el codificador italiano, constituyen un aporte muy significativo a nuestro ordenamiento jurídico.

(1) GREAT BRITAIN, COURT OF KING'S BENCH. Año: 2018. Reports of cases argued and adjudged in the Court of King's Bench, during the time Lord Mansfield presided in that court, Palala Press, Londres.

Referencias bibliográficas

AUSTIN, John, año 2011. Enciclopedia de Filosofía de la Universidad de Stanford.

BRASSI, L., año 1948, Milan. La teoría general delle obbligazion, Volumen II. Teoría general de la obligación, volumen 2. Por Dott. A. Giuffre Editore.

GABRIELLI, Enrico. Año 2000, Torino. Studi sui contratti. Estudio sobre los contratos. Ed. Giappichelli.

RIVERA RESTREPO, José Maximiliano, Setiembre de 2015. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid