



James Gordley^(*)

Imposibilidad, alteración de las **circunstancias e imprevisión**^(**)

“PARA CUALQUIER TEORÍA HABRÍA SIDO DIFÍCIL EXPLICAR LOS TEXTOS ROMANOS. ES DIFÍCIL VER, POR EJEMPLO, POR QUÉ SE NECESITAN DOS DOCTRINAS (LA IMPOSIBILIDAD Y LA CULPA) Y POR QUÉ LA PRIMERA APLICARÍA CUANDO LA PRESTACIÓN ES IMPOSIBLE DESDE EL PRINCIPIO, MIENTRAS QUE LA SEGUNDA CUANDO LA PRESTACIÓN SE TORNA IMPOSIBLE. SIN EMBARGO, EXISTIÓ UNA RAZÓN MÁS PROFUNDA DE POR QUÉ LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL NO PUDO EXPLICAR LOS TEXTOS ROMANOS.”

Asumamos que las partes se encuentran de acuerdo respecto a cuál es la prestación que cada una debe realizar; pero, ciertos eventos la tornan imposible, dificultan su ejecución o bien provocan que el precio de mercado cambie drásticamente. Estos problemas han sido tratados por dos doctrinas provenientes de dos fuentes distintas. El derecho romano desarrolló la doctrina de la imposibilidad para hacer frente al incumplimiento de prestaciones imposibles. El Derecho Canónico desarrolló la teoría de la alteración de las circunstancias para lidiar con los eventos inesperados que aumentan o disminuyen el valor de la prestación para cada una de las partes. En el Medioevo y en el temprano periodo moderno, los juristas desarrollaron explicaciones filosóficas y morales para estas doctrinas. Con el tiempo, estas explicaciones fueron olvidadas o simplificadas. Actualmente, para muchos juristas modernos, ambas doctrinas parecen desafiar cualquier explicación racional. Sin embargo, si echamos un vistazo a las historia de estas doctrinas,

(*) Al momento de publicarse el presente trabajo el autor era Shannon Cecil Turner Professor of Jurisprudence en la Facultad de Derecho en la Universidad de California, Berkeley (1978-2007).

El profesor Gordley es uno de los máximos exponentes de la comparación jurídica en el sistema estadounidense, ha realizado una serie de investigaciones de gran relevancia acerca de instituciones pertenecientes al *Civil Law*. En la actualidad es Profesor de la Universidad de Tulane y se encuentra a cargo de los cursos de *Common Law Property; Obligations II* y *Civil Law History Seminar*.

(**) Título original: *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volúmen 52, 2004; p. 513 y ss. Traducción de Renzo E. Saavedra Velazco, Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Asociado de Estudio Osterling Abogados, y de César E. Moreno More, Asistente de Docencia del curso *Derecho Civil VII: Derecho de contratos. Parte especial* en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Bachiller en Derecho por la misma casa de Estudios. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor y de *American Journal of Comparative Law*, ambas gestiones estuvieron a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco.

Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión

encontraremos que hay mucho por aprender, tanto para bien, como para mal. En este último sentido, veremos que los juristas nunca fueron capaces de desarrollar una buena explicación de los textos romanos que regulaban la imposibilidad. Sus explicaciones se centraron en que nadie puede encontrarse obligado a hacer lo imposible, pero esta lectura sencillamente no encaja con los textos. Por el lado positivo, los juristas desarrollaron una buena explicación del efecto ocasionado por la aparición de circunstancias imprevistas. Esta fue tan buena, que creemos que si es adecuadamente entendida, puede también explicar por qué en ocasiones se otorga un remedio cuando una prestación se torna imposible.

1. Imposibilidad: una doctrina que fracasó

Existe un sentido en el que la doctrina de la imposibilidad no fracasó. Esta figura es reconocida, de una u otra forma, por muchos sistemas jurídicos modernos. Estos no fuerzan el cumplimiento de todo contrato cuya prestación sea (o se haya tornado) imposible, pero sí exigen el cumplimiento de algunos y, como veremos, los resultados finales son generalmente correctos. Sin embargo, los intentos por explicar qué contratos deberían ser cumplidos en los términos en que su ejecución es posible o, en todo caso, deberían ser incumplidos, ha sido un fracaso.

1.1. Orígenes

Un célebre texto romano contiene la siguiente máxima: “nadie está obligado a hacer lo imposible”⁽¹⁾. Varios textos eximen de responsabilidad a una parte cuando la prestación es imposible al momento de la celebración del contrato, aquellos están referidos a dos tipos de contratos: la compraventa y la *stipulatio*⁽²⁾. Así, por ejemplo, una compraventa no es válida si el objeto vendido nunca existió o si pereció con anterioridad a la venta⁽³⁾. Es cierto, también, que si la prestación a cargo de una de las partes contratantes se tornaba imposible con posterioridad a la celebración del contrato, dicha parte se encontraba eximida de responsabilidad a condición de que no tuviese culpa. Pero de ello no puede concluirse de que en el derecho romano se exoneraba de responsabilidad a aquella parte cuya prestación era o se

“¿UN “IMPEDIMENTO AJENO A SU VOLUNTAD” QUIERE DECIR UN IMPEDIMENTO QUE ÉL NO PODÍA SUPERAR CON RAZONABLES ESFUERZOS? ¿EL NO HABER TOMADO EN CUENTA EL IMPEDIMENTO AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN SIGNIFICA QUE, CON LOS ESFUERZOS RAZONABLES, EL DEUDOR DEBERÍA HABER CUMPLIDO? SI ES ASÍ, PARECERÍA QUE EL DEUDOR NO ES RESPONSABLE SI ES QUE NO ES CULPABLE, UN PRINCIPIO QUE NO PUEDE EXPLICAR EL DERECHO DE NINGUNO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS (...)”

tornaba imposible, siempre que no tuviera culpa, en el sentido regular del término. De acuerdo con un texto, si la prestación era inicialmente imposible, una parte no puede librarse de responsabilidad si la prestación se encontraba únicamente fuera de su ámbito de control. Esta debe encontrarse fuera del ámbito de control de cualquiera⁽⁴⁾. Como los posteriores comentaristas establecieron, la imposibilidad debe ser “objetiva” o “absoluta”, y no “subjettiva” o “personal”. Si la prestación de una de las partes se torna imposible, esta no puede pretender liberarse de responsabilidad arguyendo que no era culpable, en el sentido ordinario de la palabra. Quien toma prestado gratuitamente un bien para su propio uso

(1) D. 50, 17, 185.

(2) ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town, 1990; p. 687.

(3) D. 18, 1, 15, pr.; 18, 1, 57.

(4) D. 45, 2, 137.



James Gordley

es responsable si es que no cumple con ejercitar la más escrupulosa diligencia (*exactissima diligentia*)⁽⁵⁾. Tal persona no era responsable si la propiedad era destruida por la invasión enemiga o por bandas de ladrones⁽⁶⁾. El acertijo es por qué una parte debería ser responsable si es que no logra ser “más diligente que alguien diligente”⁽⁷⁾. Muchos académicos modernos creen que en el Derecho romano clásico, una parte era responsable por la *custodia* lo que significaba ni negligencia ni responsabilidad objetiva. Una persona responsable por *custodia* era responsable, aunque se comportase con el debido cuidado, ante una pérdida que habría sido típicamente prevenida por el acatamiento de ese estándar de cuidado. Esta no era responsable por la *vis maior*, esto es, por los accidentes que nadie podría haber impedido⁽⁸⁾. Los juristas medievales clasificaron este tipo de “culpa” como *culpa levissima*, la culpa más leve. De aquí uno asciende a través de la *culpa levis*, a la *culpa lata* y a la *culpa latior*, hacia el *dolus* o daño intencional; la correcta definición de cada grado sigue siendo un problema en continua discusión⁽⁹⁾.

Los canonistas medievales, sin embargo, convirtieron a la imposibilidad y a la culpa en principios básicos de responsabilidad moral. Los canonistas concluyeron, luego de algunos titubeos iniciales, que uno no puede encontrarse moralmente obligado a hacer lo imposible. Así, Graciano había dicho que cuando toda alternativa de dirección de la conducta es pecaminosa, uno debe elegir el pecado menos grave⁽¹⁰⁾. En alguno de los casos que él estaba discutiendo, el pecado aparentemente menor era romper una promesa: luego de prometer guardar un secreto a un amigo, uno se entera que este está planeando un asesinato⁽¹¹⁾. Si Graciano estaba en lo cierto, una persona podría encontrar imposible

no pecar, en tanto que todo curso de acción posible resultaba pecaminoso. Los canonistas posteriores rechazaron esta posición. Por definición, uno se encuentra moralmente obligado a abstenerse de cometer pecado. Uno no puede, argumentaban, estar obligado a hacer lo imposible⁽¹²⁾. Si una persona en dichas circunstancias debía revelar el secreto de su amigo, entonces hacerlo no resultaba pecaminoso.

Los canonistas además concluyeron que una persona que era culpable por no haber ejercitado el cuidado debido no sólo era moralmente culpable⁽¹³⁾, sino que también se encontraba moralmente obligada a reparar todo el daño que había causado⁽¹⁴⁾. Ya que los canonistas estuvieron preocupados por la responsabilidad moral, no debería sorprendernos que concluyesen que una persona puede ser moralmente responsable sólo cuando esta pudo haber actuado de otra manera, por lo que su culpabilidad derivaba de no haber tomado dicho curso de acción. Sin embargo, sus conclusiones acerca de la responsabilidad moral entran en colisión con los límites que el derecho romano imponía sobre la responsabilidad civil.

En el siglo XIII, Tomás de Aquino se sirvió de la teoría aristotélica de la responsabilidad humana para explicar las conclusiones de los

(5) D. 44, 7, 1, 4.

(6) D. 13, 6, 18, pr.

(7) ZIMMERMANN, Reinhard. *Loc. cit.*; p. 192.

(8) ZIMMERMANN, Reinhard. *Loc. cit.*; pp. 192-197.

(9) Por ejemplo: SASSOFERRATO, Bartolo de. *Commentaria Corpus iuris civilis*. En: SASSOFERRATO, Bartolo de. *Omnia quae extant opera* al D. 16, 3, 3, 1615.

(10) GRACIANO. *Decretum dicta Gratiani ante* D. 13, c. 1. En: *Corpus iuris canonici*. Tomo 1. Friburgo, 1876.

(11) *Ibid.*; D. 13. cc. 1-2.

(12) *Glosa ordinaria* a Graciano, *Decretum dicta Gratiani ante* D. 13, c. 1, 1595.

(13) GRACIANO. *Decretum dicta Gratiani ante* D. 50. cc. 49-50.; *Decretales Gregorii IX* 50.10.7-13. En: *Corpus Iuris Canonici*. Tomo 2. Friburgo, 1876.; Papiensis, Bernardus, *Summa Decretalium*. Libro 5, Título 10, §§ 5-6. Laspeyres, 1956; PEÑAFORT, Raimundo de. *Summa de paenitentia*. Libro 2. Título 1, § 3 Roma: Ochoa y Diez, 1976. Ver: KUTTNER, Stephan, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Decretalen Gregors IX*. El Vaticano, 1935; pp. 213-217.

(14) *Glosa Ordinaria* a *Decretales Gregori IX* 5.36.50 *Casus al non custovit*; a *reddet*; a 5.36.6 a *voluntarie*; a 5.36.9, 1595.

Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión

canonistas. La elección era un acto de voluntad, y uno podía sólo elegir aquello que era posible⁽¹⁵⁾. Una promesa de hacer lo imposible no era vinculante⁽¹⁶⁾. En el siglo XVI, este enfoque fue seguido por una escuela conocida por los historiadores como los “escolásticos tardíos”, quienes trataron de sintetizar el derecho romano con la filosofía moral de Aristóteles y Tomás de Aquino.

Los escolásticos tardíos tomaron prestada la conclusión de que uno no puede estar obligado a mantener una promesa imposible⁽¹⁷⁾. Ellos nunca explicaron cómo reconciliar esta máxima con las reglas romanas. Ellos a su vez fueron seguidos por los miembros de la escuela nórdica del derecho natural de los siglos XVII y XVIII. Samuel Pufendorf afirmó que el vendedor nunca era responsable por incumplir lo imposible; pero, si él era culpable por haber hecho la promesa, el comprador podía recuperar cualquier pérdida sufrida⁽¹⁸⁾. Él había logrado ser coherente pero sólo a costa de sacrificar los textos romanos.

Respecto a la discusión en torno a la culpa, los escolásticos tardíos admitieron que ellos no podían reconciliar su filosofía moral con el derecho romano. En la filosofía moral y en teología, ellos dijeron que culpa significa pecado⁽¹⁹⁾, una desviación de la voluntad respecto de lo que es la recta razón y la ley de Dios⁽²⁰⁾. Para los romanistas la culpa significaba “la omisión de algún tipo de diligencia por la que algo desventajoso sucede”⁽²¹⁾, una “desviación de aquello que es bueno y que podía ser evitado por la diligencia humana”⁽²²⁾.

Dos importantes escolásticos tardíos, Lesio y Molina concluyeron que los juristas estuvieron describiendo el derecho positivo romano, no el derecho natural. Para el derecho natural, uno sólo podía ser responsable por no observar el cuidado que los hombres de la misma condición observarían⁽²³⁾. Ellos intentaron, aunque sin éxito, encontrar justificaciones pragmáticas para las reglas romanas. De acuerdo con Lesio, estas reglas impidieron el fraude y la iniquidad mediante la diligencia promovida⁽²⁴⁾. De acuerdo con Molina, ellas desincentivaron los litigios e incentivaron a la gente a celebrar contratos que fomentan el comercio y la sociedad humana, tales como el mutuo, el depósito y el arrendamiento⁽²⁵⁾.

Para cualquier teoría habría sido difícil explicar los textos romanos. Es difícil ver, por ejemplo, por qué se necesitan dos doctrinas (la imposibilidad y la culpa) y por qué la primera aplicaría cuando la prestación es imposible desde el principio, mientras que la segunda cuando la prestación se torna imposible. Sin embargo, existió una razón más profunda de por qué la teoría del derecho natural no pudo explicar los textos romanos. Los iusnaturalistas tenían una teoría sobre cuándo una persona era culpable en el sentido moral.

(15) AQUINO, Tomás de. *Summa Theologiae* I-II cit. 13, a. 5 ad 1.

(16) *Ídem.* II-II, cit. 88 a. 2 (la promesa a hacer lo imposible no vincula); cit. 89, a. 7 (el juramento a hacer lo imposible no vincula).

(17) CAYETANO (Tomás de Vio). *Commentaria* a Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* a II-II cit. 113, a. 1, 1698; SOTO, Domingo de. *De iustitia et iure libri decem*, Libro. 8, cit. 2, a. 1, 1663; MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure tractatus*, disp. 271, No. 1, 1614; LESIO, Leonardo, *De iustitia et iure, ceterisque vitutibus cardinalis libri quator*. Libro 2, cap. 10, dub. 10 n. 70, 1628.

(18) PUFENDORF, Samuel. *De iure naturae et gentium libri octo*, III. vii 2-3, 1688.

(19) LESIO, Leonardo. *Loc. Cit.* en lib. 2 cap. 7 dub. 6.

(20) MOLINA, Luis. *Loc. Cit.* en disp. 293 n. 10.

(21) LESIO, Leonardo. *Loc. Cit.* en lib. 2 cap. 7 dub. 6 (*omissio alicuius diligentia, unde sequitur aliquod incommodum*).

(22) MOLINA, Luis. *Loc. Cit.* en disp. 293 n. 12 (*devotionem ab eo, quod bonum est, quodque per hominis potuit diligentiam provideri*). La conclusión de que la culpa tuvo un significado diferente en el derecho y en la teología había sido inferida también por los primeros escritores. Por ejemplo: PRIARIAS, Sylvester. *Summa sylvestrina quae summa summarum merito nuncupatur*, v. *culpa* No. 1, 1591.

(23) LESIO, Leonardo. *Loc. Cit.* en lib. 2 cap. 7 dub. 6 n. 23; Molina, *supra* nota 17, en disp. 293 n. 18.

(24) *Ídem.*; en lib. 2 cap. 7 dub. 8 n. 44.

(25) MOLINA, Luis. *Loc. Cit.* en disp. 293 n. 24.



James Gordley

Como Zimmermann y Wollschläger han indicado, dicha teoría no pudo explicar el derecho romano porque en realidad los juristas romanos imponían responsabilidad sin culpa por aquellos riesgos que, en su perspectiva, debían recaer en el promitente⁽²⁶⁾. Una de las debilidades de la tradición del derecho natural, como lo he anotado en otro lugar, es que ella nunca logró encontrar un lugar para la responsabilidad objetiva⁽²⁷⁾.

De esta forma, los juristas del siglo XIX heredaron un cuerpo jurídico confuso. Las teorías del derecho natural parecían no explicar el derecho romano, el cual, después de todo, era muy difícil de explicar. En Francia, los problemas textuales cambiaron con la promulgación del *Code*; aunque de un modo tal, que fijaron soluciones basadas en estos principios aún más esquivas. En Alemania, donde los textos romanos permanecieron vigentes, los juristas desarrollaron explicaciones forjadas en atención a estos principios y luego forzaron los textos romanos para que encajaran en ellas. En Inglaterra, el derecho romano fue tomado en parte pero luego fue confundido completamente con otra doctrina referida a las condiciones implícitas.

En el siglo XVIII, Tomasio en Alemania y Le Brun en Francia criticaron aquella visión tradicional que postulaba la existencia de grados de culpa y que afirmaba que el grado de culpa por el que una persona es responsable dependía del tipo de contrato⁽²⁸⁾. Hablando por la comisión de redacción, Bigot de Préameneu calificó la antigua visión como inútil y demasiado sutil⁽²⁹⁾. Como consecuencia, el primer párrafo del artículo 1137 del *Code civil* prescribió que cuando una persona se encuentra obligada a custodiar un objeto, existirá un estándar de cuidado, el de un *bon père de famille*^(NT1).

Pero el antiguo concepto de *culpa levissima*, aunque rechazado por esta disposición, reapareció en otro lugar. Los artículos 1147 y 1148 del *Code civil* pusieron en duda si una parte era normalmente responsable por la negligencia ordinaria, como el primer párrafo del artículo 1137 sugería. De acuerdo con el artículo 1147, una parte es responsable “siempre que no pruebe que el incumplimiento se debió a una causa extraña (*cause étrangere*) que no pueda serle imputada”. De acuerdo con el artículo 1148, el deudor no era responsable si la ejecución de la prestación había sido impedida por una “fuerza irresistible (*force majeure*) o a un evento fortuito (*cas fortuit*)”. Para Pothier, de quien los redactores se sirvieron, *cause fortuit* y *force majeure* significaban *vis maior*, la clase de evento que exoneraría inclusive a la persona responsable por *faute la plus légère* o *culpa levissima*⁽³⁰⁾. Así, los redactores establecieron dos reglas generales contradictorias: una que imponía responsabilidad por la negligencia ordinaria y la otra por aquello que había sido tradicionalmente denominado *culpa levissima*.

El enfoque de los comentaristas franceses era confuso. Inicialmente, Toullier y Durantou, cada uno por su parte, expusieron teorías perspicaces, pero ninguna fue aceptada. Toullier afirmó que el *Code* había, en efecto, establecido un sólo estándar de responsabilidad para el ámbito contractual

(26) ZIMMERMANN, Reinhard. *Loc. Cit.* p. 693, 695-97; WOLLSCHLÄGER. *Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht*. En: *Symptica Franz Wieacker*, 1970, pp. 155, 178.

(27) GORDLEY, James. *Tort Law in the Aristotelian Tradition*. En: David Owen. *Philosophical foundations of tort law: a collection of essays*, 1995; p. 131, 151.

(28) TOMASIO, Cristian. *Dissertatio de usu pratico doctrinae de culparum praestatione in contractibus*. En: TOMASIO, Cristian. *Dissertationum academicorum varri in primis iuridici argumenti*, Tomo 2, 1777; p. 1006; LE BRUN. *Essai sur la prestation des fautes*. En: POTHIER, Robert. *Oeuvres de Pothier*. Tomo. II, M. Bugnet, 1861; p. 503.

(29) PRÉAMENEU, Bigot de. *Exposé des motifs*, En: FENET P.A.. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. Tomo 13, 1827, p. 230.

(NT1) Se refiere al conocido *standard* del buen padre de familia.

(30) POTHIER, Robert. *Traité des obligations*, § 142 en POTHIER, *Op.Cit.*

Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión

y para los hechos ilícitos: la responsabilidad por *culpa levissima*⁽³¹⁾. Durantón afirmó que el *Code* había mantenido la teoría tradicional de los grados de culpa dependiendo del tipo de contrato que las partes habían celebrado⁽³²⁾.

Los comentaristas franceses posteriores rechazaron ambas perspectivas en tanto incompatibles con el primer párrafo del artículo 1139 del *Code Civil*. Sus ideas fueron mucho menos coherentes. Con variaciones, Aubry, Rau, Demolombe, Laurent y Larombière concluyeron que el estándar de cuidado del primer párrafo del artículo 1137 era la negligencia ordinaria⁽³³⁾. Sin embargo, también estuvieron de acuerdo que bajo los artículos 1147 y 1148, una parte se liberaba solamente si es que probaba el advenimiento de aquel evento tradicionalmente llamado *vis maior*⁽³⁴⁾. Su listado de tales eventos es similar a la del derecho romano: tempestades, terremotos, guerras y así por el estilo. Luego, cayeron en contradicciones, normalmente, al afirmar o sugerir que estos estándares eran siempre o casi siempre los mismos: hay culpa cuando no hay *force majeure, cas fortuito* o *cause étrangère*⁽³⁵⁾. Demolombe observó que en ocasiones una parte podía no ser culpable a pesar de que no hubiese ocurrido ninguno de tales eventos; sin embargo, él simplemente afirmó que la seguridad de las transacciones requería que sea considerada responsable⁽³⁶⁾.

Demolombe y Laurent también combinaron *vis maior* con imposibilidad. Ellos explicaron los artículos 1147 y 1148 del *Code Civil* como una aplicación del principio que establecía que nadie es responsable por lo imposible. Ellos sostuvieron la regla romana que establecía que la ejecución de la prestación solo podía ser excusada cuando esta era objetivamente

imposible o imposible para cualquiera, no si esta era imposible únicamente para el deudor en particular⁽³⁷⁾.

Finalmente, René Demogue encontró una solución más consistente, la cual es ampliamente aceptada en la actualidad. Él distinguió las obligaciones dirigidas a la realización de los medios adecuados (*obligations de moyens*) de las obligaciones que realmente se dirigen a la obtención de un resultado determinado (*obligations de résultat*). En el primer caso, una parte era responsable por la negligencia ordinaria. En el segundo, dicha parte era responsable a menos que pudiese probar la *force majeure, cas fortuit* o la *cause étrangère*⁽³⁸⁾.

El problema es explicar qué obligaciones pertenecen a cada categoría y por qué. Aquí, ni el término "imposibilidad", ni el principio de que no hay obligación de hacer lo imposible, ayudan.

Despreciando tal pragmática confusión, los juristas alemanes del siglo XIX trataron de formular definiciones coherentes de imposibilidad y de culpa. A diferencia de los representantes del Derecho natural, los alemanes no afirmaron estar desarrollando explicaciones morales o filosóficas de la

(31) TOULLIER, Charles. *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*. Tomo 6, 1824-1827; p. 233-234.

(32) DURANTON, Alexandre. *Le droit français, suivant l'ordre du code*. §§ 410-412; 1834-1837.

(33) AUBRY, Charles y Charles RAU. *Cours de droit civil français*. Tomo 4. § 308 No. 28, 1869-1871, (el artículo 1137, párrafo 1 establece el estándar general; otros artículos crean excepciones que pueden ser extendidas analógicamente a casos similares); DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. Tomo 24. § 1137, 1854-1872 (el artículo 1137 párrafo 1 establece el estándar general; el párrafo 2 permite al juez aplicarlo de manera flexible); LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. Tomo 16. § 219. 3era. edición, 1869-1878; p. 231 (el art. 1137 par. 1 establece el estándar general; otros artículos crean excepciones); LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie et pratique des obligations*. Tomo 1, 1857; p. 400-401, (el artículo 1137 párrafo 1 establece un estándar máximo de cuidado, otros artículos lo restringen).

(34) AUBRY, Charles y Charles RAU. *Loc. Cit.*; p. 308; DEMOLOMBE, Charles. *Loc. Cit.*; pp. 549-552; LAURENT, François. *Loc. Cit.*; § 256-257; LAROMBIÈRE, Léobon. *Loc. Cit.*; 541-542.

(35) Ver AUBRY, Charles y Charles RAU. *Loc. Cit.*; § 308; LAURENT, François. *Loc. Cit.*; § 256; LAROMBIÈRE, Léobon. *Op. Cit.*;

(36) DEMOLOMBE, Charles. *Loc. Cit.*; § 550.

(37) DEMOLOMBE, Charles. *Loc. Cit.*; § 549; LAURENT, François. *Loc. Cit.*; § 255.

(38) DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Tomo V. § 1237, 1921-1933.



James Gordley

responsabilidad. Ellos intentaban establecer con claridad las concepciones últimas sobras las que el Derecho se erigía. Esta vez, sin embargo, sus métodos los llevaron a la misma gran conclusión que la de los juristas del Derecho natural y con los mismos desafortunados resultados.

Ellos concluyeron que afirmar que una persona se encontraba obligada a realizar una prestación imposible era lógicamente contradictorio. La obligación de hacer algo presupone la posibilidad de hacerlo⁽³⁹⁾.

Ellos afrontaron las mismas dificultades que los iusnaturalistas al encajar esta conclusión con los textos romanos. Reconocieron que un contrato era inválido solamente por la objetiva imposibilidad inicial⁽⁴⁰⁾, una conclusión que encontró su lugar en el § 306 del Código Civil alemán. Pero ellos nunca encontraron una explicación satisfactoria del porqué debería importar que la prestación fuese imposible desde el inicio. Finalmente, la reforma del derecho alemán del 2002 abolió la distinción entre imposibilidad inicial y sobrevenida^(NT2).

De manera similar, los juristas alemanes concluyeron que, lógicamente, la culpa puede solamente significar la falta de cuidado que una persona podría razonablemente esperar. Como Puchta dijo, responsabilidad por cualquier grado mayor de cuidado es responsabilidad por lo fortuito⁽⁴¹⁾. Por su parte, y como dijo Windscheid, no se impone responsabilidad

porque uno fue negligente, sino que se impone responsabilidad a pesar del hecho de que uno no fue negligente⁽⁴²⁾. De nuevo, los textos parecían interponerse en su camino. Así, Thibaut y Hasse afirmaban que los textos romanos no imponían responsabilidad por lo que tradicionalmente se había conocido como *culpa levissima*⁽⁴³⁾. Eventualmente, la mayoría de los juristas alemanes se convencieron ellos mismos de que Thibaut y Hasse estaban en lo cierto⁽⁴⁴⁾. Para llegar a esta conclusión, se afirmó que los textos que imponían responsabilidad por *custodia* estaban referidos únicamente al tipo de cuidado que una persona debe observar y no al grado de cuidado⁽⁴⁵⁾. Como mencione anteriormente, la mayoría de los juristas modernos no leían los textos de esta manera.

La solución de los juristas pasó al Código civil alemán. Mientras que la imposibilidad inicial y objetiva invalida el contrato, la imposibilidad sobrevenida libera al promitente sólo si este no era “responsable” (§ 275). En cambio, él es responsable si actuó intencional o negligentemente (§ 276). Así, la negligencia es definida como inobservancia del “cuidado

(39) BRINZ, Aloys von y Philipp LOTMAR. 2da. edición. Tomo II. § 245, 1892; DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*. 4ta edición. Tomo 2. § 16, 1894; PUCHTA, Georg. *Pandekten*. 2da. edición. § 302, 1844; WINDSCHEID, Bernard. *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*. No. 2, 1855; pp. 106, 118.

(40) WINDSCHEID, Bernard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 7ma. edición. Tomo 2. § 264, 1891.

(NT2) Al respecto es necesario hacer mención al escrupuloso y valiosísimo ensayo del profesor LEÓN HILARIO, Leysser. *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos: A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)*. En: IUS ET VERITAS. Año XIII, No. 26. Lima, 2003; pp. 12-46; y el texto íntegro de la modernización puede ser consultado en *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. No. 66 (enero-marzo), Trujillo, 2006, pp. 267-292.

(41) PUCHTA, Georg. *Loc. Cit.*; § 266.

(42) WINDSCHEID, Bernard. *Loc. Cit.*; Tomo1. § 101.

(43) THIBAUT, Anton. *System des Pandekten-Rechts*. 6ta. edición. § 252, 1823; HASSE, Johann. *Die Culpa des Romischen Rechts*. 2da. edición. § 24, 1838; *Essai sur la prestation de fautes par Le Brun*, en *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*. No. 4, 1820; pp. 189-256.

(44) ARNDTS, Karl. *Lehrbuch der Pandekten*. No. 3. 14ta. edición. § 86, 1889; BRINZ, Aloys von y Philipp LOTMAR. *Loc. Cit.*; p. 267; VANGEROW, Karl. § 107.

(45) ARNDTS, Karl. *Loc. Cit.*; § 86; BRINZ, Aloys von y Philipp LOTMAR. *Loc. Cit.*; § 267; PUCHTA, Georg. *Loc. Cit.*; § 266; VANGEROW, Karl. *Op.Cit.*

Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión

ordinario” (§ 277). Por tal motivo, la reforma del derecho alemán del 2002 abolió la distinción entre imposibilidad inicial e imposibilidad sobrevenida⁽⁴⁶⁾. Supuestamente, una parte iba a ser responsable por culpa incluso luego de que la reforma del 2002 eliminase la distinción entre imposibilidad inicial y sobrevenida. Sin embargo, a pesar de que los redactores del Código civil habían usado el término “culpa” en su sentido ordinario, las cortes alemanas no estaban dispuestas a vivir con tal posición incluso antes de la reforma del 2002. Ellas habían considerado responsable a una parte por un evento que no pudo prever con el cuidado ordinario si es que el evento era del tipo que normalmente se encuentra dentro del control de una persona: en este sentido, dicha parte era responsable si, por ejemplo, no cumplía por no contar con los recursos económicos para hacerlo⁽⁴⁷⁾, o si la mercancía le fue entregada tarde⁽⁴⁸⁾, o si sus proveedores le fallaron⁽⁴⁹⁾. Asimismo, si el evento que impide el cumplimiento debe ser uno que las partes no previeron o no tomaron en cuenta al momento de la celebración del contrato⁽⁵⁰⁾. Como resultado, los casos en Alemania se resuelven de manera muy similar a como se resuelven en Francia, y como veremos, en Inglaterra y en los Estados Unidos⁽⁵¹⁾. El problema reside en cómo distinguir los casos en los que el demandado es eximido de aquellos casos en los que no. Como en Francia, esto no puede hacerse invocando el principio según el cual nadie es responsable

por lo imposible o que una persona sólo es responsable por culpa.

Antes del siglo XIX, en ocasiones las cortes inglesas eximían a la parte que no podía realizar la prestación. Ellas procedían de este modo cuando, por ejemplo, la prestación era ilícita⁽⁵²⁾, o cuando la parte obligada había muerto⁽⁵³⁾, o cuando el bien comprometido había sido destruido por un *act of God*⁽⁵⁴⁾, o cuando una plaga paralizaba las obras de construcción⁽⁵⁵⁾. De otro lado, en el caso *Paradine v. Jane*⁽⁵⁶⁾, el arrendatario no fue eximido de pagar la renta cuando soldados de la Guerra civil británica le impidieron ocupar la propiedad.

En el siglo XX, Williston afirmó que *Paradine v. Jane* representaba el principio original del *common law* (la imposibilidad no es eximente) y que los casos del siglo XIX habían incursionado en dicho principio⁽⁵⁷⁾. Max Rheinstein estaba de acuerdo, él decía que el principio era el resultado de la “esencia” del *assumpsit* y que los casos en donde se eximía

(46) Antes de la reforma del 2002, la jurisprudencia y los comentaristas ya habían distinguido la “imposibilidad inicial” (*anfängliche Unmöglichkeit*) de la “incapacidad inicial” (*anfängliches Unvermögen*). En el caso de la “incapacidad inicial”, el promitente es responsable aunque no sea culpable. La distinción era artificial. Simplemente se permitía a la jurisprudencia burlar el código en los casos en que parecía razonable que el promitente debía soportar el riesgo de su incapacidad de cumplir. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ. *An introduction to comparative law*. 2da. edición, 1992; p. 526.

(47) EMMERICH. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 3era. edición. No. 3, al § 285, 1995; LÖWISCH, Manfred. *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13era. edición. No. 12, al § 285, 1994; PETERS, Frank. *Staudinger Kommentar*, No. 13, al § 635.

(48) BATTES, Robert. En: ERMAN, Walter. *Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. edición, 1993, No. 2 al § 285.

(49) EMMERICH, *Loc. Cit.*; No. 3 al § 285.

(50) EMMERICH, *Op.Cit.*; PETERS, Frank. *Loc. Cit.*; No. 12 al § 635; WIEDEMANN, Herbert, *Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 12nda. edición. No. 6 al § 285, 1990.

(51) LÖWISCH, Manfred. *Loc. cit.*; No. 11 al § 282; SCHLECHTRIEM, Peter. *Rechtvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtreform in Deutschland*. En: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. No.1, 1993; p. 228-229.

(52) *Abbott of Westminster v. Clerke*. Día 1. 26b, 28b, 73 Eng. Rep K.B., 1536, pp. 59, 63.

(53) *Hyde v. Dean of Windsor*, Cro. Eliz. 552, 78 Eng. Rep., K.B., 1597, p. 798.

(54) *Williams v. Hide, Palm.*, 1624, p. 548.

(55) *H. Rolle, Abridgment* 450, Cond. (G), Londres, 1668, p. 10.

(56) *Aley* 26, 82 Eng. Rep., K.B., 1647, p. 897.

(57) WILLISTON, Samuel. *The Law of Contract*. § 1931, 1920.



James Gordley

a una de las partes eran excepciones de ese principio⁽⁵⁸⁾. Como Williston, Rheinstein pensaba que la imposibilidad se convirtió en una defensa por primera vez en 1863 en el *leading case Taylor v. Caldwell*, cuando el juez Blackburn eximió al propietario de un salón de bailes que se había quemado al facilitar este lugar para la ejecución de la prestación⁽⁵⁹⁾. De acuerdo con Williston y Rheinstein, esta regla fue tomada del *civil law*⁽⁶⁰⁾.

Pero no es claro el por qué deberíamos pensar que el *assumpsit* tendría una “esencia” de la cual se desprenda tal principio. Asimismo, cuando las cortes proceden de manera aparentemente contradictoria, es raro para un historiador afirmar que él sabe qué acciones reflejan el verdadero principio y cuáles son las excepciones. Los mismos jueces anteriores al siglo XIX no afirmaban que *Paradine v. Jane* era un ejemplo del citado principio. Estos jueces no discutieron el caso. La primera referencia a este caso parece haber aparecido recién en 1802, en las notas de Sergeant Williams⁽⁶¹⁾. El caso tampoco fue discutido por los tratadistas anteriores al siglo XIX. Por ejemplo, Blackstone no lo menciona⁽⁶²⁾ y en el tratado de derecho contractual más antiguo, escrito por Powell en 1790, tampoco aparece⁽⁶³⁾.

Además, es raro citar *Paradine* por la afirmación de que, en principio, la imposibilidad no excusa el cumplimiento. Como señalaba Pollock, la prestación permanece posible: el arrendatario aún puede pagar la renta⁽⁶⁴⁾. La Corte no había dicho aún que la imposibilidad nunca liberaría al arrendatario de cumplir su obligación. Se distinguían entre obligaciones expresamente asumidas (como el pago de la renta) de aquellas que se imponían por ley sin una promesa expresa

(como devolver el local sin “desperdicios”). Las últimas serían excusadas por un evento lo suficientemente incontrolable.

En todo caso, antes de tratar de revivir esta distinción, antes y después de que *Taylor v. Caldwell* fuera decidido, los tratadistas del siglo XIX tomaron las ideas acerca de la imposibilidad del derecho continental. Powell, W.W. Story, Leake, Pollock y Williston, todos ellos afirmaban que la prestación era excusada por eventos que la hacían absoluta u objetivamente imposible, pero no por aquellos eventos que simplemente la tornaban imposible para el promitente⁽⁶⁵⁾. En Estados Unidos, este parecer pasó al *First Restatement of Contracts* y se preservó, aunque con un cambio de vocabulario, en el *Second Restatement*⁽⁶⁶⁾. Leake y Hammon trataron, aunque sin éxito, de introducir la distinción entre la imposibilidad inicial y la sobrevenida⁽⁶⁷⁾.

Sin embargo, Blackburn impuso otro requisito que debería cumplirse antes de que la imposibilidad excuse el cumplimiento. Una parte sólo sería eximida cuando “el contrato no es estipulado como un contrato positivo, sino como sujeto a una condición implícita respecto de la cual las partes serán liberadas en caso que, antes de verificarse el incumplimiento, la prestación se torne imposible por el

(58) RHEINSTEIN, Samuel. *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses in anglo-amerikanischen Recht*, 1932, p. 162.

(59) *Best & S.* No. 3, p. 826, Eng. Rep., No. 122, 1863, p. 309.

(60) WILLISTON, Samuel. *Loc. Cit.*; § 1931; RHEINSTEIN, Samuel. *Loc. Cit.* p. 175.

(61) Él lo cita en su comentario a *Walton v. Waterhouse*, *Wms. Saund.*, No. 2, p. 420, Eng. Rep., n. 85, K.B., 1684, p. 1233.

(62) BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, 1766.

(63) POWELL, John J. *Essay upon the Law of Contracts and Agreements*, 1790.

(64) POLLOCK, Sir Frederick. *Principles of Contract*. 4ta. edición, 1888; p. 365.

(65) POWELL, John J. *Loc. Cit.*; 161; STORY, William Wentworth, *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal*. 3era. edición. § 463, 1851; LEAKE, Stephen. *The Elements of the Law of Contracts*. § 369, 1867; POLLOCK, Sir Frederick. *Loc. Cit.*; p. 356; Williston, WILLISTON, Samuel. *Loc. Cit.*; § 1932.

(66) *Restatement (Second) of Contracts*, Comentario “e”, § 261.

(67) LEAKE, Stephen. *Loc. Cit.*; pp. 358-359, 361; HAMMON. *The General Principles of the Law of Contract*, § 414, 1912.

(68) *Best & S.*, No. 3, en 122 Eng. Rep., Q.B.

Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión

perecimiento de la cosa sin culpa del contratista⁽⁶⁸⁾. Al hacer esto, él confundió la doctrina tradicional de la imposibilidad con otra doctrina tradicional que analizaremos luego: una parte puede ser excusada de su prestación por una condición implícita. Entonces, el problema sería determinar en qué casos una corte debe percibir la existencia de tal condición.

Williston hizo una observación que desafortunadamente se ha convertido en un lugar común⁽⁶⁹⁾. El afirmaba que el *common law* y el *civil law* toman posiciones opuestas: de manera contraria al *civil law*, el *common law* trata todo caso de inejecución como un incumplimiento, a pesar de la culpa, aunque se admite a la imposibilidad como una eximente. Realmente, es un problema en Francia, determinar qué contratos están sujetos al *cas fortuit* y la *force majeure* previstos por los artículos 1347 y 1348 del *Code Civil*; en Alemania, cuándo la incapacidad de cumplir cuenta como “culpa” en sentido ordinario; mientras que en Inglaterra y en Estados Unidos, cuándo una condición implícita acerca de la posibilidad de cumplir debe ser vista en el contrato. Las diferencias no reflejan un desacuerdo en política legislativa o de principio respecto a qué contratos hacer cumplir. Como dijo Williston, y como lo sostienen ahora Zweigert y Kötz, los resultados prácticos en ambos sistemas son en gran medida los mismos⁽⁷⁰⁾. Ellos reflejan la circunstancia histórica de que diferentes sistemas toman prestado, de diferentes maneras, normas tradicionales del derecho continental. En cualquier caso, cada sistema enfrenta un problema similar al decidir qué contratos se deberían cumplir y cuáles no. Este problema no puede ser resuelto apelando a los principios que alguna vez fueron creados para explicar la doctrina de la imposibilidad: que nadie es responsable por inejecutar lo imposible o por un resultado por el que él no era culpable.

1.2. La búsqueda moderna de soluciones

Algunos intentos modernos por explicar por qué se otorgan remedios frente a la imposibilidad o la impracticabilidad^(NT3)

parecen descansar en la idea de que una persona no debería ser considerada responsable por el cumplimiento de una obligación que se ha tornado imposible por causa ajena a ella. Un ejemplo es la norma de la Convención de Viena:

“Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si es que prueba que tal incumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y que no cabía razonablemente esperar que este tuviese en cuenta dicho impedimento al momento de la celebración del contrato, o que pudiese evitarlo o superarlo, o sus consecuencias.”⁽⁷¹⁾

¿Un “impedimento ajeno a su voluntad” quiere decir un impedimento que él no podía superar con razonables esfuerzos? ¿El no haber tomado en cuenta el impedimento al momento de la celebración significa que, con los esfuerzos razonables, el deudor debería haber cumplido? Si es así, parecería que el deudor no es responsable si es que no es culpable, un principio que no puede explicar el derecho de ninguno de los sistemas jurídicos que hemos estudiado.

Desde que no estamos tratando con una doctrina basada en la culpa, parecería que tendríamos que estar tratando con un problema de asignación de riesgos independiente de la culpa. Tal posibilidad es sugerida por los juristas alemanes quienes tratan de determinar a qué “esfera de riesgo”

(69) WILLISTON, Samuel. *Loc. Cit.*; § 1789.

(70) *Ibid.*; § 1979; ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ. *Loc. Cit.*; p. 546-548.

(NT3) Se refiere a la doctrina de la impracticabilidad comercial, una figura que tiene grandes semejanzas con nuestra excesiva onerosidad de la prestación y tal vez más con la doctrina germana de la pérdida de la base del negocio jurídico.

Tal figura tiene expreso reconocimiento en dos importantes cuerpos normativos estadounidenses. Me refiero a la sección 261 del *Restatement (Second) of Contracts* y a la sección 2-615 del *Uniform Commercial Code*.

(71) Artículo 79 de la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías.



James Gordley

de las partes pertenece dicho evento⁽⁷²⁾. El problema es que hablar de esferas de riesgo no ayuda a menos que uno pueda explicar por qué un riesgo debería surgir en una de las partes y no en la otra.

Tal explicación fue intentada por Richard Posner⁽⁷³⁾. Este observó, correctamente, que una parte puede soportar de mejor manera un riesgo si es que está en mejores condiciones de preverlo (sea por medio de un mejor seguro o auto-seguro) o de prevenir su ocurrencia. Estas observaciones son útiles en otros contextos. Por sí mismas, no son tan útiles al explicar la doctrina de la imposibilidad. Supongamos que se declara la guerra y, como resultado, un embarque no puede ser realizado. Este no es el tipo de eventos que puede ser normalmente previsto por las partes, quienes no estipularon nada al respecto al momento de la celebración del contrato. No es el tipo de evento para el cual uno pueda fácilmente comprar un seguro. Si uno pregunta cuál de las partes se encuentra obligada en transacciones similares, es probable que no haya una respuesta clara. Una parte se encuentra constantemente enviando mercaderías y la otra se encuentra del mismo modo recibéndolas. Lo que nos deja con un factor: control. Es verdad que los resultados en los casos de imposibilidad parecen referirse al grado en el que una parte puede haber controlado el evento que torna a la prestación imposible. Sin embargo, ninguna de las partes contratantes puede controlar si es que una guerra es declarada. Ciertamente, cada parte tiene mayor control sobre sus proveedores, sobre sus trabajadores, o sobre sus condiciones financieras, que sobre el de su contraparte. Pero respecto de la posición de la asignación de riesgo, parecería que el grado de control importa sólo porque la parte en control pudo haber disminuido el riesgo tomando precauciones razonables. En ese caso, ¿por qué una parte no es eximida de responsabilidad si prueba haber tomado las precauciones razonables? Para ponerlo de otra manera, ¿por qué una parte no es eximida cuando no es culpable, tal como los escolásticos tardíos y los iusnaturalistas lo afirmaban?

Aún otra explicación es que el remedio debería ser otorgado porque un evento imprevisto rompe la “equivalencia” entre lo que una parte da y la otra recibe. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 6.2.2 de los Principios *Unidroit* sobre los Contratos Comerciales Internacionales, un remedio es otorgado por la “dificultad en el cumplimiento”, y “(h) ay dificultad en el cumplimiento cuando la ocurrencia de ciertos eventos alteran de manera fundamental el equilibrio del contrato, sea porque el costo de la prestación de una de las partes se ha incrementado o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido (...)”. Los Principios *Unidroit* inmediatamente añaden, sin embargo, que el remedio será otorgado sólo si “el riesgo de los eventos no fue asumido por la parte perjudicada”. Como Helmut Köhler observó, antes de que uno pueda hablar de ruptura de la equivalencia, uno tiene que saber cuál de las partes asumió el riesgo del acaecimiento del evento⁽⁷⁴⁾. En un contrato de seguro, nada puede parecer más desigual que el que una persona haya pagado \$ 2000 para asegurar su casa, deba recibir \$ 800 000 cuando esta se quemó. Pero el contrato no era desigual cuando este fue celebrado. En efecto, el punto fue transferir el riesgo a la compañía de seguros. Por lo tanto, antes de preguntar cuándo la equivalencia en el valor de las prestaciones fue quebrantada, tendremos que preguntar qué riesgos transfirió el contrato.

Por consiguiente, otra solución es preguntar directamente qué riesgos fueron asumidos por la parte que incumplió. De acuerdo con el *Uniform Commercial Code*⁽⁷⁵⁾ y el *Second*

(72) HEINRICHS, Helmut. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* § 242. 60ma. edición. No.126; ROTH, Günter. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* al § 242, No. 745.

(73) POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD. *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*. En: 6 *Journal of Legal Studies*, 1977, p. 83.

(74) KÖHLER, Helmut, *Zur ökonomischen Analyse der Regeln über die Geschäftsgrundlage*. En: OTT, Claus y Hans-Bernd SCHÄFTER (editores). *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, 1989, pp. 148, 152.

(75) U.C.C., § 2-615.

Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión

Restatement of Contracts⁽⁷⁶⁾ una parte no se encuentra obligada cuando el contrato se basaba en una “*asunción esencial*” (*basic assumption*) que era falsa. Preguntarnos en qué *asunción esencial* se sustentó un contrato no es muy diferente de preguntarnos, como lo hizo el juez Blackburn, en qué condiciones implícitas se celebró el contrato. Como mencioné antes, Blackburn había confundido la doctrina de la imposibilidad con otra doctrina tradicional: la así denominada *clausula rebus sic stantibus*: una condición implícita consistente en que las partes no estarán obligadas bajo circunstancias que no fueron previstas. Esta regla es la antecesora de la doctrina de la alteración de las circunstancias y de la imprevisión, la cual es reconocida en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, con la notable excepción de Francia. Esta doctrina no fue parte del derecho romano, pero fue desarrollada por los canonistas, de donde logró extenderse al derecho civil. Entendida de manera correcta, sin embargo, creo que puede explicar los casos que los romanistas, y los posteriores sistemas jurídicos, han tratado de resolver con la doctrina de la imposibilidad.

2. Imprevisión

2.1. Orígenes

De acuerdo con los canonistas, si bien era incorrecto romper una promesa, uno podía pretender hacerlo de manera legítima cuando las circunstancias se habían modificado suficientemente. El *Decretum* de Graciano contenía un pasaje en el que San Agustín, siguiendo a Cicerón, decía que uno no debía mantener una promesa de devolver una espada a una persona que ha perdido la razón⁽⁷⁷⁾. Una glosa al *Decretum* explicaba que “esta condición siempre es entendida: si las cosas permanecen en el mismo estado”⁽⁷⁸⁾. El gran jurista medieval, Baldo degli Ubaldi, posteriormente tradujo la doctrina al derecho civil. Todas las promesas se regían por este tipo de condición⁽⁷⁹⁾.

Tomás de Aquino utilizó la doctrina aristotélica de la equidad para explicar el por qué. De acuerdo con Aristóteles, cuando una ley es hecha, circunstancias particulares podrían surgir respecto de las cuales el legislador no querría que la ley se aplicase. Como un problema de “equidad”, la ley no debería ser aplicada en esas circunstancias. Tomás de Aquino concluyó que, de manera similar, las promesas son un tipo de ley que uno se otorga a sí mismo y que no son vinculantes en aquellas circunstancias en las que el promitente no habría querido estar obligado⁽⁸⁰⁾.

La explicación de Tomás de Aquino fue adoptada por los escolásticos tardíos⁽⁸¹⁾ y mantenida por los representantes del Derecho natural del siglo XVII y XVIII. El promitente no se encuentra obligado si el cambio de circunstancias está referido a la “única razón” o “única causa” de su promesa⁽⁸²⁾ o la “presunción de algún hecho” a la cual su consentimiento estaba condicionado⁽⁸³⁾.

En el siglo XIX, sin embargo, la doctrina de la alteración de las circunstancias tenía pocos defensores. Estos explicaban el remedio afirmando la existencia de ciertas circunstancias bajo la forma de condiciones contractuales tácitas o implícitas. De acuerdo con el jurista francés Larombière, un “error in motive” afectaba la validez de un contrato sólo si las partes así lo deseaban, pero el juez lo determinaría examinando “de acuerdo a las circunstancias, si el hecho alegado

(76) *Restatement (Second) of Contracts*, § 261.

(77) GRACIANO. *Loc. Cit.*; C. 22, cit. 2, c. 14.

(78) *Glossa ordinaria* a Graciano, *Decretum dicta Gratiani ante, a furens* a C. 22, cit. 2, c. 14, 1595.

(79) UBALDI, Baldo degli. *Commentaria Corpus iuris civilis* al Dig. 12,4,8, 1597.

(80) AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae* II-II, cit. 88, a. 10; cit. 89 a. 9.

(81) LESIO, Leonardo. *Loc. Cit.*; libro 2, cap. 17, dub. 10; cap. 18, dub. 10.

(82) GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres* II.xvi.25.2, Kantervan Hetting Tromp, 1939; BARBEYRAC, Jean. *Le Droit de la nature et des gens... traduit du Latin*. 5ta. edición. a n. 3 a III.vi.6, 1734; WOLF, Cristian. *Ius naturae modo scientifica pertractatum* III. §504, 1764.

(83) PUFENDORF, Samuel. *Loc. Cit.*; III.vi.6.



James Gordley

como un motivo fue tomado como la razón determinante (*raison déterminante*) y si el consentimiento dependía de su realidad⁽⁸⁴⁾. El jurista alemán Windscheid decía que la continuación de ciertas circunstancias podría ser una “condición inmadura” del contrato, “inmadura” en el sentido de que no era expresamente querida por las partes. Para la mayoría de los juristas del siglo XIX, la objeción obvia a dicha doctrina fue que una condición tácita o inmadura no había sido nunca querida conscientemente por las partes. Ellos no pensaron nunca acerca del cambio en las circunstancias, y mucho menos estuvieron de acuerdo en lo que debería pasar si el cambio ocurría. Así, la doctrina de la alteración de circunstancias permaneció dormida durante el siglo XIX.

Esto continuó de manera similar en Francia; no obstante, a partir de 1916, las cortes administrativas desarrollaron una versión de esta denominada *imprévision*⁽⁸⁵⁾. Los redactores del Código civil alemán ignoraron la doctrina, pero las cortes la trajeron de vuelta bajo la presión de la Primera Guerra Mundial y la dramática inflación de la década de 1920⁽⁸⁶⁾. Ellas otorgaban el remedio bajo el que resulta tal vez el párrafo más general del Código, el § 242, el cual requiere que el contrato se cumpla de buena fe. La doctrina está ahora acogida en el § 313 del Código civil alemán. Esta ha sido aplicada por las cortes alemanas y anglo-americanas a situaciones en las que una prestación no es imposible pero sí más difícil de lo que se esperaba⁽⁸⁷⁾. Como veremos, la doctrina puede ser usada para explicar el remedio en ambos casos.

2.2. Aplicaciones

2.2.1. Una prestación imposible

Como aplicación al problema de las prestaciones que son imposibles, este enfoque requiere preguntarnos por qué las partes entrarían en cualquiera de los dos posibles acuerdos: un acuerdo en el cual una parte es responsable por incumplimiento solo si es que no era culpable (vale decir, su incumplimiento no se debe a causas que pudieron haber sido razonablemente tomadas en consideración) o un acuerdo en el cual una parte será responsable cuando esta sea o no culpable. Esta es simplemente otra manera de preguntar

cuándo su capacidad de cumplir es una condición tácita del contrato.

A primera vista, parecería que el acordar ser considerado responsable inclusive cuando no haya culpa es hacer una apuesta (equivalente al monto de los daños que uno debe pagar) en un evento que se encuentra fuera del propio control. Ninguna diferencia parece existir, en principio, con una cláusula que asigna el monto que una parte debe a la otra en atención a un tiro de dados. Como los economistas nos dicen, sin embargo, la aversión al riesgo hace que las partes no apuesten a menos que las probabilidades se inclinen a su favor. Supongamos que los daños ocasionados por el incumplimiento son \$ 100 000 y que las probabilidades de incumplir, a pesar de los esfuerzos razonables para cumplir, son una en mil. Una de las partes no estaría de acuerdo en ser considerada responsable a menos que le fuese ofrecido más de \$ 1000 adicionales, un monto que la otra parte, quien es también adversa al riesgo, nunca estaría dispuesta a ofrecer.

Por consiguiente, parecería que, empleando la terminología de los franceses, todos los contratos deberían ser *obligations de moyens* o acuerdos para usar los esfuerzos razonables y ninguno debería ser *obligations de résultat*, contratos en los que una parte se compromete a alcanzar cierto resultado. Lo que claramente, sin embargo, no es el caso. Por otro lado, como hemos visto, la razón no es seguramente una de las que esgrimió Posner para explicar por qué una parte se encuentra en una mejor posición para soportar un riesgo de modo más barato que su contraparte. Aquí, estamos tratando con riesgos que, en la mayoría de los casos, ninguna de las partes puede prever

(84) LAROMBIÈRE, Léobon. *Loc. Cit.*; tomo I, pp. 282-83.

(85) CONSEIL D'ÉTAT, 30 de Marzo de 1916, D. 1916.III.25, S. 1916.III.17.

(86) Por ejemplo: RG., 29 de Noviembre de 1921, RGZ, No. 103, p. 177; RG., 28 de noviembre de 1923, RGZ, No. 107, p. 78.

(87) *Restatement (Second) of Contracts*. Comentario “d”, § 261, 1981.

Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión

mejor o asegurar. Es verdad que en muchos de los casos se aparenta retornar sobre el grado en el cual una parte puede normalmente controlar el evento en cuestión. Ninguna parte puede controlar si una guerra es declarada. Ella tiene mayor control sobre sus proveedores, sus trabajadores o sobre su condición financiera. Pero, desde el punto de vista de la asignación de riesgos, parecería que el grado de control importa sólo porque la parte que controla el riesgo podría haberlo disminuido tomando precauciones razonables. En ese caso, ¿por qué una parte no es siempre eximida de responsabilidad si prueba haber tomado las precauciones razonables?

La respuesta, a mi parecer, es que es demasiado difícil para una parte probar que la otra fue culpable al no tomar las precauciones razonables. Cómo puede uno saber que el deudor no ha podido tratar con proveedores más confiables, cultivar mejores relaciones con sus trabajadores o mantener su situación financiera. Por consiguiente, tendrá más sentido si es que, en tales casos, el deudor es considerado responsable simplemente por incumplir y que cobre algo adicional para compensarse por asumir tal posibilidad. Si esto es así, si bien la responsabilidad sin culpa no es una condición explícita del contrato, esta debería ser una condición implícita. Sin embargo, en dicho contrato, algún evento podría impedir el cumplimiento, respecto del cual es extremadamente improbable que la parte en cuestión sea culpable, además porque nadie podría haber tomado las precauciones frente a tal evento o porque sus propios intereses le daban alguna razón para tomar precauciones. Si el punto de un acuerdo para asumir responsabilidad sin culpa es evitar las dificultades derivadas de la probanza de la culpa, dicho acuerdo no debería aplicarse en casos como estos, donde la culpa no es realmente cuestionada. Como los escolásticos tardíos dirían, si las partes acordaron la responsabilidad por incumplimiento sin culpa solamente para evitar una eventualidad, dicho acuerdo no debería ser aplicado en circunstancias en las cuales este no surge.

2.2.2. Dificultad en el cumplimiento

Las cortes modernas también han otorgado remedios cuando la prestación no es imposible pero es físicamente más difícil de lo que las partes habían imaginado. Por ejemplo, en *Mineral*

Park v. Howard⁽⁸⁸⁾, una corte de California excusó el cumplimiento cuando el demandado había acordado recoger la grava que él requería del terreno de los demandantes, pero el costo de llevarlo a cabo resultó mucho mayor de lo que se había previsto, toda vez que las partes ignoraban que la grava se encontraba bajo el agua.

Estos casos son en alguna medida análogos a los que ya hemos analizado. Como hemos visto, las dificultades en la probanza de la culpa explica el por qué los contratos son, a menudo, compromisos para producir ciertos resultados en vez de simples compromisos a usar razonables esfuerzos para producirlos. De manera similar, aquí, las partes tienen que escoger entre dos tipos de acuerdos: un *Cost plus contract* en el cual la parte que debe cumplir recobra un monto extra ante la dificultad en el cumplimiento y un *Fixed price contract* en el cual normalmente el deudor acuerda soportar el incremento inesperado de los costos. Una razón para celebrar un *Cost plus contract* es similar a acordar la producción de cierto resultado: una dificultad de prueba. En un *Cost plus contract*, puede ser muy difícil probar que la parte obligada a realizar la prestación usó los esfuerzos razonables para mantener los costos bajo control. Si esto es así, uno puede ver por qué un remedio es otorgado en un caso como el de *Mineral Park*. El costo en cuestión es uno que el excavador no pudo posiblemente controlar. Él no pudo evitar que la grava se encontrara bajo el agua o que los costos de excavación fueran por lo tanto mucho mayores respecto del monto esperado. La razón fundamental es la misma que la anterior: si las partes han celebrado un *Cost plus contract* sólo para evitar ciertas dificultades, luego el acuerdo no debería regular las circunstancias en las que estas dificultades no ocurren.

(88) 156 P. 458, Cal. 1916.



James Gordley

2.2.3. Cambios de mercado

Algunas veces un contrato se torna más fácil o difícil de cumplir porque el precio de mercado cambia. Normalmente, tales cambios no invocan a los remedios. Una de las principales razones por la que las partes elegirían un acuerdo en el cual ellas puedan pedir *expectation damages* en vez de *reliance damages*^(NT4) es establecer qué es lo que ellas creen que es un precio favorable. Este es claramente su objetivo en un contrato sujeto a plazo para la entrega de bienes fungibles de fácil adquisición en el mercado. Uno no puede afirmar que cualquiera de las partes celebra un contrato con ningún otro riesgo en mente que una fluctuación del precio de mercado.

Sin embargo, supongamos que el precio de mercado cae por el suelo o sube hasta el cielo. Las cortes alemanas algunas veces han otorgado remedios: por ejemplo, con el estallido de la Primera Guerra Mundial se incrementó enormemente el precio de la energía a vapor⁽⁸⁹⁾ o del alambre de hierro⁽⁹⁰⁾. En el litigio de Westinghouse⁽⁹¹⁾, en el cual hubo un arreglo antes de la apelación, la *Westinghouse Corporation* vendió generadores nucleares y acordó la venta de uranio a precio fijo por un periodo determinado a partir de entonces. El precio del uranio se disparó con la crisis mundial de energía de tal manera que cumplir con dicho contrato habría llevado a la quiebra a la compañía. Dado que se llegó a un acuerdo, uno no puede decir si una corte americana habría otorgado un remedio o no⁽⁹²⁾.

Creo que si el enfoque que hemos tomado hasta el momento es correcto, el remedio algunas veces está garantizado. Tenemos que preguntar por qué las partes habrían querido sujetarse a lo que consideraron un precio favorable. En el caso Westinghouse, los compradores de los generadores esperaban comprar uranio de Westinghouse para impulsar los generadores y vender electricidad generando ganancias.

La ganancia sería equivalente a sus ingresos de la venta de electricidad menos sus costos operativos, menos el costo del capital invertido en la construcción del generador, menos el monto pagado a Westinghouse por el uranio. Supongamos, sin embargo, que el precio del uranio se incrementa lo suficiente, los compradores podrían hacer más dinero apagando sus generadores y revendiendo el uranio en mercado abierto. No veo por qué los compradores deberían estar autorizados a recuperar más de la ganancia que de otra manera ellos habrían hecho restando el costo que han ahorrado apagando sus generadores. Para permitirles recobrar más, el contrato tendría que leerse como si tuviese dos finalidades: (i) garantizar que el aumento del precio del uranio no reduzca la ganancia que los compradores harían vendiendo la electricidad y (ii) permitir a los compradores ganar con el incremento del precio del uranio en tal magnitud que ellos puedan hacer mayores ganancias con la reventa de este. La segunda finalidad es simplemente una apuesta acerca del precio de mercado futuro del uranio, el cual no está relacionado con el uso del uranio por parte de los compradores. Si las partes hubiesen pensado en la posibilidad de que el precio del uranio subiría, ellos habrían hecho tal apuesta. Las partes con aversión al riesgo no se aventuran a menos que la apuesta se incline a su favor. Una vez más, se encuentra fuera de las finalidades que ellos tenían en mente cuando celebraron el contrato.

(NT4) En este punto es de obligatoria consulta los trabajos de FULLER, Lon L. y William R, PERDUE (jr.). *The reliance interest in contract damages*: 1. En: *Yale Law Journal*. No. 1. Volumen XLVI, 1936; pp. 52 y ss.; y, *The reliance interest in contract damages*: 2. En: *Yale Law Journal*. No. 3. Volumen XLVI, 1936, pp. 373 y ss.

(89) RG, 21 de setiembre de 1970, RGZ 100, 129.

(90) RG, 29 de noviembre de 1921, RGZ 103, 177.

(91) Ver JOSKOW, *Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case*, 6 *Journal of Legal Studies*, 1977, p. 119.

(92) Ellas frecuentemente han negado otorgar remedios cuando el cumplimiento se torna más difícil por una variación en los precios. 55 A.L.R. 5° 1n. 21.

3. Conclusión

Como hemos visto, el problema de los eventos inesperados que afectan la posibilidad o la dificultad del cumplimiento ha sido afrontado con dos doctrinas: una de origen romano, la doctrina de la imposibilidad, y una de origen canónico, la doctrina de la *cláusula rebus sic stantibus* o alteración de las circunstancias. La doctrina del derecho romano resistió a los esfuerzos de los juristas que por siglos intentaron darle sentido. Esta nunca significó, ni podía significar, que una parte no estaba obligada a cumplir simplemente porque la encontraba imposible de realizar. La doctrina del derecho canónico, si es rectamente comprendida, puede explicar los problemas que la doctrina del derecho romano afrontó y más. Bajo la influencia de la filosofía moral aristotélica, significaba

que uno tenía que preguntar bajo qué circunstancias las partes habrían querido estar obligadas cuando asumieron el compromiso. Por consiguiente podemos distinguir compromisos marcadamente distintos sobre lo que podrían haber hecho y preguntar cuál habría servido mejor a sus propósitos: uno en el cual una parte está obligado sólo a realizar esfuerzos razonables o uno en el cual está obligada inclusive si dichos esfuerzos fallan; uno en el cual una parte puede soportar sus costos razonables más una autorización para obtener ganancias o una en la cual debe soportar un precio fijo, aunque pueda existir un sobrecosto; uno en el cual vende a un precio fijo para garantizar a su comprador cierta ganancia o uno en el cual garantiza a su comprador cualquier monto por el que el precio del contrato exceda el precio de mercado. Responder a estas interrogantes requiere preguntarnos qué harían las partes, como personas razonables, si ellas afrontasen problemas que en un principio no tomaron en cuenta. Pero esto difícilmente es una objeción. Todo intento de interpretar su contrato requiere preguntarnos la misma cuestión. (18)