

La Frustración del contrato

Dr. Mosset Iturraso

Abogado, Doctor en Derecho Civil, Catedrático y Profesor en varias Universidades Argentinas.

Capítulo I

INTRODUCCION.— La frustración ocurre en un contrato válidamente celebrado y aún no agotado por el cumplimiento. 2.— Frustración no es imposibilidad absoluta y objetiva. 3.— Frustración no es excesiva onerosidad sobreviniente, art. 1198, 2da. parte. 4.— La frustración tiene que ver con el cambio de las circunstancias que llevaron a las partes a vincularse. 5.— Los antecedentes históricos: a) la "rebus sic stantibus" como limitación de la "pacta sunt servanda" en el Derecho Romano; b) el contrato como el "intercambio justo en las prestaciones, tanto en el D. Romano como en el D. Intermedio; c) la "teoría de la presuposición de Windscheid", las críticas de Lenel. La recepción de la presuposición por Ciermann; las críticas de Lorenz. d) la doctrina de la "base del negocio jurídico; base objetiva y base subjetiva. Lorenz y los expositores posteriores.

—¿El tema de la frustración del contrato tiene actualidad en Argentina y en el Derecho Comparado?

—¿Qué hechos son los que privan a una o ambas partes del negocio de aquello que esperaban obtener?

—¿Cuándo los hechos dejan sin efecto el propósito perseguido —frustración— no se configura la imposibilidad del art. 868 del Cod. Civil o bien el caso fortuito del art. 512 del mismo cuerpo?

—¿La frustración no encuentra solución razonable y suficiente con la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente —cf. 1198, 2da. parte?

—¿Dónde se encuentran, finalmente, las diferencias entre alteración "de las bases", de "las circunstancias" y excesiva onerosidad sobreviniente?

—¿Se trata de una idea moderna, de los tiempos actuales o de una idea tan vieja como el Derecho, en tiempos de transformación?

Si bien el significado etimológico de frustración es preciso —"Privar a uno de lo que esperaba"; "Dejar sin efecto, malograr un intento"; "Dejar sin efecto un propósito contra la intención del que procura realizarlo" — Diccionario de la lengua española

El perfil de la frustración. Similitudes y diferencias. Antecedentes históricos.

Marzo 13 de 1990. J. Mosset Iturraso

la, edic. 1970 — no resulta tan claro o evidente el significado jurídico del vocablo, puesto que puede entenderse que la frustración deviene de cualquier vicisitud: nulidad del contrato, ineficiencia, imposibilidad, rescisión, resolución, revocación, etc. Creemos que el significado jurídico restringe o limita el idiomático, proveniente del latín "frustrare", que no se trata de cualquier supuesto de privación de efectos, de todas las hipótesis que muestran un contrato mologado, sino:

—de una vicisitud que acontece en un contrato válidamente celebrado, de larga duración, en su etapa de ejecución o cumplimiento;

—que afecta los fines del contrato, sean los subjetivos o motivos determinantes, sean los objetivos o propósito económico-jurídico perseguido;

—y que ello deviene de la alteración de las circunstancias tenidas en vista al contratar;

—y origina un impedimento grave para el cumplimiento por una de las partes, un rigor injusto, que se traduce en una excesiva onerosidad;

—que puede concluir en el reajuste o readaptación del contrato por el juez, las partes o un árbitro, o bien en la resolución del negocio (1).

2.— Si la frustración se ubica en la fase de ejecución o cumplimiento del contrato e importa un obstáculo o impedimento para satisfacer las prestaciones a cargo de uno de los contratantes, conviene que nos detengamos, con sentido comparativo, en trance de señalar semejanzas y diferencias en dos instituciones, reguladas por los códigos tradicionales que tienen que ver con la cuestión:

—la imposibilidad de cumplimiento, que aparece tratada como medio extintivo de la obligación en el art. 888 del Cod. Civil argentino, y,

—el caso fortuito o fuerza mayor, regulado en los arts. 513 y 514.

La imposibilidad de cumplimiento —tanto de la obligación como del contrato— que libera al deudor o contratante, en la mayoría de los códigos que siguieron al francés, es la absoluta, definitiva e irrefragable (2).

Queda descartada, pues, al decir de Lombas, "una dificultad para cumplir, "difficultas prestandi", por extremada que ella sea, aún ruinosa para el deudor". Y agrega el recordado maestro: "Tal evento no libera al deudor aunque él pueda encontrar un paliativo para remediar la infortunada de su situación en el juego de la teoría de la imprevisión" (3).

El caso fortuito o la fuerza mayor se configuran, a su turno, cuando media un impedimento absoluto para el cumplimiento del contrato o de la obligación; además, el hecho debe ser imprevisible e inevitable, además de sobreviniente, actual y ajeno al deudor (4).

Citas

- (1) Es obvio que sólo intentamos esquematizar la figura de la frustración, para que el lector tenga, de entrada, el marco o perfil de la cuestión. Por ahora queda decaer una larga serie de aspectos que han menester de mayor precisión, que es la tarea que se intentará cumplir a lo largo de la obra.
- (2) Por interpretación del art. 888: "La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor". El físico cuando media un impedimento material que obsta al cumplimiento de deudor; destrucción o desaparición de la cosa; ceguera de obligación a hacer, etc. El legal cuando el impedimento que obsta a la ejecución de la debida proviene de la ley misma: expropiación de la cosa debida, colocación fuera del comercio, etc.
- (3) Lombas, J.J. Tratado, obligaciones, t. II, edic. Perce, B. A. 1973, 1991, p. 286 y ss.
- (4) Es provechosa la lectura de Sola Nieto, F., el caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación, Edic. Nauka S.A., Barcelona 1985.
- (5) Jordano Piaga, F., La irresponsabilidad contractual, edic. Civitas S.A., Madrid 1967, p. 145 y ss.; 150 y ss.
- (6) Mengoni, Obligaciones, p. 281 y ss.; Vinturi, Imposibilidad, p. 3 y ss.; La responsabilidad, p. 81 y ss.; Roppo, El contrato, p. 403 y ss.; Basore, Adempimiento, p. 291 y ss.; en una postura tradicional se encuentran, en cambio, Giorganni Longo, Del Mesnece y otros; también

imposibilidad y caso fortuito tienen en común, por ende, la índole absoluta del impedimento. Su carácter de insuperable. La situación es diferente en la frustración, en la cual el impedimento se relativo.

Empero, no podemos dejar el tema sin señalar que la doctrina más reciente ha tendido un puente entre imposibilidad y frustración al admitir, con auxilio de la buena fe en la ejecución del contrato — nuestro art. 1198, parte — la existencia de "imposibilidad relativa".

—a través de la buena fe se produce un ensanchamiento del hecho liberatorio configurado por la imposibilidad, en tanto que junto a la imposibilidad estricta de la prestación vienen en consideración todas aquellas supuestas en que, con arreglo a la valoración de buena fe de las circunstancias del contrato, el esfuerzo requerido al deudor para cumplir sobrepasaría el límite de lo exigible, de forma que la exigencia por el acreedor del cumplimiento en estos casos se califica como desleal, incorrecta o abusiva (5).

Se han expuesto, con estas bases, las teorías de la inevitabilidad y la del "límite del sacrificio", con aceptación en la doctrina alemana, italiana, española y de otros países:

—en Alemania, las teorías recordadas han tenido su origen (Unzumturbkeit, Opfergrenze) y consisten, precisamente, en proclamar la liberación del deudor del deber de prestación siempre que ésto sólo sea posible realizarlo con un sacrificio excesivo según buena fe o con medios tales que no puedan decirse comprendidos en la naturaleza de la prestación misma, en forma que de realizarse la prestación con ellos, la prestación resultante sea diversa a la inicialmente concebida.

—en Italia, el tema fue introducido por Mengoni, quien puso de relieve la necesidad de coordinar las normas de responsabilidad, por el incumplimiento, con aquellas otras que consagran la cláusula general de la buena fe (6);

—en España también se ha abierto camino la tendencia a interpretar el término de la imposibilidad de la prestación en un sentido más humano, más racional, más equitativo, sosteniéndose que el deudor debe quedar liberado, no sólo cuando el cumplimiento de la prestación le resulta imposible, sino también cuando el deudor, a pesar de haber empleado los esfuerzos que racional y humanamente pueden esperarse de una persona sometida al vínculo obligatorio, soportando su realización sacrificios extraordinarios los que, de acuerdo con la buena fe, no se obligó (7);

—en Argentina, finalmente, la doctrina se muestra sensible a la denominada imposibilidad relativa, que afecta al deudor por las peculiaridades de su situación y circunstancias particulares, y afirma, en general, que es liberatoria para el deudor, siempre que haya sobrevenido sin culpa alguna de su parte (8).

—Sin embargo, debe quedar claro que el acontecimiento entre imposibilidad relativa y frustración se produce en orden a la relevancia dada a los impedimentos no absolutos de cumplimiento, así como a la trascendencia de la buena fe contractual, pero la frustración mantiene su propio perfil, en consideración a lo que está en su base: el cambio de las circunstancias. (9).

3—Un sector de la doctrina, tanto nacional como extranjera, parece confundir "frustración" con "teoría de la imprevisión"; para quienes sostienen criterio semejante los hechos que dan pie a la aplicación de la teoría de la imprevisión o al remedio concreto de la "excesiva onerosidad sobreviniente", del art. 1198, 2da. parte del Cod. Civil argentino, reiterado en muchas legislaciones de Europa y América, en seguimiento del Código Civil italiano de 1942, son los mismos hechos que se invocan a la frustración. De ahí que, en ocasión del proyecto de reformas y unificación argentino de 1987, hubieran voces que aludieran a una reificación innecesaria—para qué el agregado al art. 1197 si el art. 1198 proyectado mantiene el remedio que incorporó la teoría de la imprevisión.

Para perfilar mejor el Instituto en examen creemos oportuno detenemos en semejanzas y diferencias:

A)—la manera como se ha nombrado la "teoría de la imprevisión", pone el acento en el desequilibrio sobreviniente en las prestaciones, vale decir en una cuestión que puede calificarse como objetiva (10);

B)—el acontecimiento que aprehende la teoría de la imprevisión tiene un carácter de generalidad y está desvinculada, por ende, de factores relativos a las personas de los contratantes; se habla de alteraciones graves que han transformado la economía general de un país¹² (12); de circunstancias semejantes a las que "configuran la fuerza mayor", "de las condiciones ambientales que autorizaban una cierta creencia común"; de la que "cualesquiera contratantes en análogos circunstancias y relativamente al mismo contrato" habrían presupuesto (13); de eventos "de índole general o común a muchos sujetos" (13); que "afectan a toda una categoría de deudores" (14); "que no sean personales o estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada" (15);

—los acontecimientos que aprehende la frustración son personales o particulares de los contratantes: son las circunstancias que determinan para cada uno de ellos su celebración... lo cual no obsta a que puedan ser circunstancias generales o comunes a una región o un país; pero, y es lo más interesante, pueden no ser generales (16);

C)—lo hasta aquí explicitado ayuda a comprender por qué en la norma inspiada en la teoría de la imprevisión se subraya que los acontecimientos desequilibrantes deben ser "extraordinarios e imprevisibles": hasta el ocurrir o devenir habitual de la vida o de los negocios y de allí que no hayan podido ser anticipados (17)

—mientras que los que conducen a la frustración pueden tener o no estos caracteres, no es imprescindible que los tengan, como surge de la norma del Código de Portugal y el art. 791 de la Convención de Viena de 1980 (18);

D)—en la imprevisión hay un cambio de circunstancias que conlleva a una excesiva onerosidad sobreviniente: ideas de fin del contrato, como propósito o que el contrato sírva dentro de la vida real, se mantiene, "pero a otro precio";

—en la frustración, el cambio de las circunstancias que determinarían para cada uno de ellos su celebración, opone la pérdida de sentido y razón de ser del contrato; se frustra el resultado práctico o empírico que en orden a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar.

Citas:

- Coffa, L'Impossibilità, p. 136 y ss., concibe la imposibilidad en términos absolutos; en una posición intermedia, que atiende a los intereses de la personalidad, de la economía pública, a los tutelados por normas específicas del Derecho Público o incluso Hipótesis de conflicto con otros intereses privados, se encuentra Mosca.
- (7) Costas Tabetas, La idea de equidad y su relación con otros conceptos, *Monatsschrift für Rechtswissenschaften*, Rev. Gen. Legisl. y Jurispr., 1980, p. 280. En el mismo sentido se expresan Díaz Palao, Hug Buitos, Dirección y Gulon y otros.
- (8) Liambra, ob. cit. II, n.º 1990, p. 288; conformes con la doctrina Lafolla, Coffa, Cassese—Bigo Reppes y otros.
- (9) La doctrina ha estado trabajando, en los últimos años, el concepto de "imposibilidad económica", que es diferenciado de la imposibilidad material y está motivado por el finis del contrato del deudor. Materialmente la ejecución puede ser posible, pero económicamente imposible. Basone, ob. cit. p. 157.
- (10) El fundamento de carácter objetivo se refiere particularmente al equilibrio y equivalencia de las prestaciones contractuales, a la causa funcional, a la base objetiva, u la teoría del principio de conservación de la economía del contrato, expuesta por el Ministro —L'excèsive onerosité du exécution du contract, Milano 1950— y Betti —Teoría general de las obligaciones, p. 221, etc.
- (11) El fundamento subjetivo hace entrar en juego, más o menos directamente, la valoración de la intervención de la voluntad en el consentimiento: teoría de la cláusula "rebus sic stantibus"; teoría del presupuesto; la teoría de la voluntad marginal, expuesta por Celi —Assunti per una teoría della sopravvenienza, en Riv. Civ., 1913, p. 647; la teoría del consentimiento, elaborada por Dui —Sulla cláusula rebus sic stantibus, en Riv. Dir. Comm., 1915, p. 168 y ss.; la teoría del error sobre la situación de hecho que rodea al negocio y con ello un error de valoración —Giovane, L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza, Padova 1941; o bien la versión de Basone, quien sostiene que el error en la sustancia relevante puede caer en circunstancias no contempladas por el contrato pero que lo supone la estructura y función del mismo—ob. cit. p. 114; Maritano, qui turno, considera relevante el error de previsión o en los motivos —Presupposizione ed error sul motivo nel contratto, en Riv. Dir. Civ., 1953.
- (12) Forriels, La cláusula rebus sic stantibus, en J. A., 1962-IV, p. 9 sec. doct.
- (13) Orgaz, A. el contrato y la doctrina de la imprevisión, en Nuevos Estudios de Derecho Civil, edit. Bibliografía Argentina, Bs. As. 1954, p. 31 y ss.
- (14) Barneque, Supplément, t. III, p. 316; Mainat, II., el cambio de circunstancias y el contrato, en J. A. 1959-IV, p. 16; Carbonogno, la teoría de la imprevisión en el contrato y en el derecho en general, J. A. t. 43, p. 17 y ss. 800, doc. 1; Rezzonico, L.M. La Fuerza obligatoria de los contratos y la teoría de la imprevisión; Corán, E.O. Lesión sobreviniente, p. 56 y la teoría de la imprevisión, n.º 142. La referencia a acontecimientos generales también aparece en el texto de la Comisión del Segundo Congreso de Derecho Civil, Córdoba 1927, que dictaminó sobre el tema.
- (15) Lorenz, H., Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1956, p. 226, al considerar la base del negocio objetivo.
- (16) Tal como lo expone Lorenz al aludir a la "base del negocio subjetiva": "no se entendiese una representación mental o esperanza de ambos contratantes por lo que ambos se han dejado guiar al concluir el contrato" —ob. cit. p. 224.
- (17) Toda la doctrina que se ocupa de la teoría de la imprevisión, así como los textos legales que la consagran, tienen en cuenta estos extremos o requisitos.
- (18) No pueden caber dudas de que "el impedimento" que "no debía razonablemente esperarse", del texto de la Convención de Viena, la "alteración anormal", del artículo del Código de Portugal, nos están diciendo de hechos y consecuencias que escapan a lo normal y habitual. De un riesgo mayor que el previsto. Pero nos parece que la intensidad ha disminuido con respecto a los requisitos de la teoría de la imprevisión. El "qué" de la cuestión es ahora

2.- Las operadoras jurídicas, tanto prácticas como doctrinarias, han estado en la cuenta que en los contratos de larga duración, sean de ejecución íntegra o sucesiva, el cambio de las circunstancias tenidas en más por los celebrantes, la alteración de aquellas circunstancias en las que las partes han confiado y esperado, es un hecho cada vez más común y corriente. Y ello es así tanto en los contratos internos como en los internacionales, por una serie de factores que hacen a la economía y a sus etapas, a la producción, la comercialización y el consumo, a los avances tecnológicos, a las preferencias de los consumidores, a los costos y a los riesgos, etc. etc.

Y cuando nos referimos a las circunstancias adivinos, obviamente, a las tenidas en cuenta por ambas partes, como también a las que determinaron para cada una de ellas su celebración y fueron aceptadas por la otra parte.

Y el cambio o alteración negociada significa que las circunstancias de la celebración del negocio, las que motivaron la declaración de voluntad, el acuerdo, art. 1137 del Cod. Civil argentino, son otras que las existentes al tiempo de la ejecución. No hay una subsistencia o mantenimiento, sino una alteración o modificación del marco, ámbito o raíz del contrato (19).

Y ese cambio no ha sido contemplado por las partes, no lo han previsto en las cláusulas negociales, no han pactado respecto de los efectos de su producción o incidencia.

Precisamente para evitar una semejante frustración, pues es dable pensar que el cambio de las circunstancias produce la pérdida de sentido y de razón de ser del contrato, se ha impuesto en las épocas actuales una técnica o práctica contractual que consiste en incorporar en el texto del contrato inicial u original, cláusulas en virtud de las cuales las partes se comprometen a modificarlo, si se producen alteraciones no previstas. Equivale a decir, que los contratantes, a priori, antes del perfeccionamiento de los hechos que alteran la conmutatividad o el equilibrio de la convención, se obligan a adaptar ellas mismas el contrato, o un tercero en subsidio, a fin de mantener el espíritu asociativo que los han conducido a entrar en una relación jurídica duradera.

Esas cláusulas integran lo que se ha dado en llamar la "revisión convencional del contrato". Una revisión por las mismas partes, pero con la característica de estar pactada en el negocio original, no quedar librada a la posibilidad o no de volver a negociar, siempre existente pero plena de dificultades (20).

Otro sector de la doctrina incorpora esta cuestión apasionante como "obligación de negociar la ejecución del contrato", distinguiendo entre los casos en que esta obligación de negociar es impuesta por las mismas partes, como un pacto que las obliga a ellas mismas, de aquellos otros casos en que la obligación de negociar la ejecución es impuesta "a las partes", por un tercero, la ley o el juez (21).

El tema viene ahora por las semejanzas y diferencias con la frustración del contrato. La frustración lleva a un revisión no pactada originalmente, pero, a nuestro juicio, sobreentendida, presupuesto. De allí que las cláusulas que vamos a considerar como más comunes han sido, como ocurre con la "cláusula hardship", calificadas como implícitas o sobreentendidas en los contratos de larga duración.

El antecedente de las cláusulas de revisión lo constituyen las denominadas "cláusulas de estabilización", ajuste, salvaguarda o garantía (22), acerca de las cuales, en particular de la motivada por la depreciación monetaria, denominada "de indexación", tenemos los argentinos una larga experiencia (23). Empero, cabe destacar, desde ya, que mientras la de estabilización o garantía apuntan a hechos de cuantías previsibles de ahí que su aplicación sea automática, las de revisión, en general, apuntan a hechos imprevisibles, o alteraciones no previstas, y requieren, para su aplicación, una nueva negociación (24).

Coppett - Bruno, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances. La clause de hardship, publicada en *Journal de Droit International (Clunet)*, París 1974, p. 794 y ss. - señala, entre las cláusulas de readaptación que se encuentran en el 90% de los contratos internacionales de suministro y de abastecimiento, las siguientes:

— la "government take clause", introducida por los grandes empresarios distribuidores de petróleo, que les permite trasladar

Citas:

- iz "persistencia" de "determinadas circunstancias" positivamente esperadas. La frustración o consecuencia de una sobrevivencia de circunstancias, señala a la entera misma del contrato, es uno de los capítulos o supuestos de frustración, pero esta no se agota en - Espinal Sanz, V., La frustración del fin del contrato, edit. Irujo, Madrid 1968, p. 203.
- (19) Dedicamos el Capítulo Subsiguiente al tema de las circunstancias. Repetimos, desde ya, como introducción a ese tema, que "el contrato se da cierto en una estructura vital más amplia: todas las circunstancias concretas existentes en el momento en que el contrato se celebra". Y agrega Víctor Raúl Sander en su diccionario sobre la cuestión, presentado al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, "tan es así, que un contrato (todo contrato) sólo es inflexible como objeto de sentido, en atención y con referencia a esas circunstancias ("ahí y ahora") que conforman la estructura vital a la que pertenece. Desde otro punto de vista el contrato, además, es un "proyecto de conducta", un "coproyecto", diseñado en atención, también a una estructura vital; pero esta vez futura. Como todo proyecto de conducta humana está, en buena medida, influenciado por el futuro. Y concluye esta idea diciendo: "Se toma así el contrato en nudo o punto entre dos estructuras vitales de las partes intervinientes: entre la estructura vital presente, en la que el contrato como un acto vital nace, y la estructura vital futura en la que el contrato, también como acto vital, ha de cumplirse" - Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, L. E. Univ. Naz. de Córdoba, 1962, p. 576.
- (20) El tema ha sido ampliamente considerado por la doctrina francesa, tal vez porque en el derecho francés la defensa de la autonomía de la voluntad, pacta sum servanda, y de la fuerza imperativa de las convenciones, no ha sido sostenida o "dulcificada". Pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: Chou, V.A., La modificación de obligaciones contractuelles par la volonté des parties, *Thés.*, París I, 1974, L.S.D.J. 1982, t. 166; Raffoy, G., Les institutions de contractants en cours d'exécution du contrat, *Thés.*, Montpellier, 1977; Fappé, Régis, Les clauses d'adaptation dans les contrats, en *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1983, p. 1. Este autor profiere en Montpellier, además de "mogulones", a los "contulones" que sufre el contrato como resultado de su proyección en el tiempo y afirma que las cláusulas de adaptación tienen por objetivo asegurar el equilibrio de la operación contractual. Más reciente aún es el trabajo de Cedros, Jean, L'obligation de négocier, en *Revue Trimestrielle de droit Commercial et de droit économique*, *Univ. du Maine*, edit. Sirey, septiembre 1985.
- (21) Cedros, op. cit. p. 10. Puede leerse, al mismo, el trabajo de Lagarde, V., La draft des officiers, un droit sentimentuel?, *Mélanges Sander*, p. 491.
- (22) Tiene como finalidad poner al acreedor o cubierto del riesgo de la devaluación monetaria o bien, al decaer de Dolores Bóhórquez-Albino - L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, en "La Tendance et la stabilité du rapport contractuel", *Etudes de droit privé sous la direction de Paul Dureau*, p. 213, París 1960 - proteger a las partes contra los efectos de la depreciación del ítem. No olvidamos, empero, que ese es sólo uno de los riesgos, que entraña la modificación de las circunstancias. Affray, *The use and fall of freedom of contract*, p. 220 y ss., London 1974. Los riesgos en general pueden ser compartidos, o asumidos uno de las partes, por lo común "el fruito de la idea", o menos que sea asumido especialmente por la contratante. Cotán, *On contracts*, n. 1326, p. 1101, St. Paul, Minn 1962.
- (23) Moset Iturrage, J., Indexación, ajuste y desindexación, edit. Rubinzal y Cuyabí, Santo Lito, 1982.

a los compradores del crudo los aumentos de precio impuestos por los países productores:

—la "first refusal clause", o cláusula de alineamiento sobre las ofertas de la competencia, por la cual el vendedor se compromete a bajar el precio del suministro, si bajo las especies cobradas por sus competidores en el mercado;

—la cláusula "del cliente más favorecido", por la cual el proveedor promete a su comprador proporcionarle los mismos beneficios que pudiere, en el futuro, acordarles a otros clientes;

—la cláusula "de alza y de baja", por la cual las partes se obligan a revisar el contrato, modificando los términos financieros, en casos de aumentos o de disminución del nivel de los salarios o del costo de las materias primas.

—la cláusula "de fuerza mayor", destinada a garantizar la sobrevivencia del contrato, aunque ocurra el caso fortuito indicado. A fin de evitar la terminación del contrato a largo plazo, por imposibilidad de ejecución, convencionalmente se modifica el efecto normal de la fuerza mayor, que es la extinción de las obligaciones, estipulándose que si sobreviene la fuerza mayor se suspenderá por un determinado lapso el contrato, luego del cual recuperará vigencia sobre nuevas bases, las que se negociarán por las partes contratantes durante el período de suspensión.

—finalmente, la cláusula "hardship", que está destinada a provocar la renegociación del contrato en virtud de la alteración de las circunstancias, con la finalidad de evitar que ese cambio le ocasione un rigor injusto a quien reclama la revisión convencional, no anticipa ni establece la causa o causas particulares que podrán provocar el proceso de renegociación del contrato (25). Se emplea una fórmula general: basta el cambio de las circunstancias exteriores, que no dependen del control o manipulación de las partes, que los contratantes tuvieron en vista al obligarse, para que se inicie el procedimiento de adaptación del contrato. Obviamente que la alteración de las circunstancias ha de ser sustancial o importante, debiendo tener un impacto decisivo en la economía del contrato (26). No se trata, tampoco, de una "renegociación permanente". Por eso, al estipularse la cláusula hardship suele convenirse que no podrá ser invocada antes de los cuatro años, transcurridos desde la fecha del contrato. O que las adaptaciones no serán más de una cada dos años. La parte que estima que ha sido afectada por un hardship debe avisar al contratante, proporcionándole detalles sobre la naturaleza del cambio de las circunstancias, el impacto económico sufrido y sus proposiciones para remediar el problema. La contraparte tendrá un plazo breve para contestar. En caso de que no se logre acuerdo, se recurre al árbitro. Este determinará si ha existido hardship. En caso negativo el contrato sigue en vigor sin alteración alguna. En caso afirmativo, se pasa a las negociaciones, las que se desenvolverán de acuerdo al *modus operandi* y en los plazos que se hubiesen estipulado. Lo normal es que las negociaciones tengan éxito, pues el solo hecho de incluir la cláusula hardship en un contrato representa una manifestación de ánimo conciliador y de disposición a buscar la salida en la repartición de las cargas y de los frutos del contrato a largo plazo. Pare si fracasan, el árbitro decidirá como se adaptarán los términos del contrato a la mayor onerosidad sufrida por quien alegó el hardship. Producida la adaptación del contrato, su nuevo texto, sea que lo determine las partes o el árbitro, se entiende que se traslapa al texto primitivo. No hay un nuevo contrato que reemplaza al anterior. No hay novación objetiva. Subsisten o continúan vínculos jurídicos. (27).

(24) Precisamente, por comprender un espectro de riesgos más rico o amplio, que alcanza a todo aquello que pueda desajustar el contrato, sobre la base de una perspectiva más genérica, menos concreta o precisa, la aplicación de los criterios de reasignación no puede ser automática, sino negociada por las partes o resuelta por un árbitro.

(25) Fontaine, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans le contrat à long terme*, en *Droit et pratique du commerce international*, 1976, p. 16.

(26) La doctrina coincide en que no son necesarios los extremos del caso fortuito o de la falta de la imprevisión: extraordinariedad e insalvabilidad. Kahn, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, en *Journ. de Internat.*, 1975, p. 467 y s.

(27) Oppetit, *op. cit.* p. 794 y s.; López Santa María, J., *Los contratos*, Parte General, edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 229 y s. Es muy interesante lo que se lee sobre el tema en "Le contrat aujourd'hui: comparaison franco-anglaise", bajo la dirección de Denis Tallon y Donald Horst, edit. L.G.D.J., Paris 1987, p. 217 y s. el informe francés, a cargo de I. de Lamberlé distingue la adaptación potencial del contrato por las partes, de los supuestos de "protección contractual", en los que a falta de una cláusula se pretende la intervención del juez o del legislador. Señala el autor que las circunstancias son el medio en el cual se encuentra el contrato, que puede ser un "medio homogéneo" o un "medio heterogéneo", según que los mismos se mantengan o cambien. Clarifica los métodos de adaptación en dos categorías:

a) Automáticos, si funcionan sin un acto de voluntad de las partes posterior a la celebración del negocio; y, b) no automáticos, que suponen la negociación de las partes. Distingue, al mismo, según que la adaptación automática sea el resultado de la fluctuación del contrato" como cuando se expresa que el médico se obliga a una "atención constante, alerta y conforme con las avances de la medicina"—o bien de cláusulas específicas. Ejemplifica con las "cláusulas de revisión del precio" que, conforme con la jurisprudencia de la Corte de Casación, debe tener una base precisa, independiente de las partes y guardar relación con el objeto del negocio o el rubro negocial de los contratantes. En cuanto a las técnicas de adaptación que supone la negociación de las partes, pueden diferenciarse, nos dice Lamberlé, "la adaptación operativa", que se logra, por vía de ejemplo, con la cláusula "Hardship", de las que suponen la necesidad de renegociar el contrato inicial. La renegociación puede originarse en cláusulas muy vagas o generales, respecto de los sucesos que pueden dar pie a ella—fluctuaciones económicas—, o en cláusulas más precisas, que tengan en cuenta aspectos del orden económico o comercial, las condiciones de la ejecución o de la inexecución. Pueden versar sobre las modalidades de la renegociación, la manera de plantearla y llevarla adelante, o bien sobre las sanciones frente al apartamiento o negativa de una de las partes. Para la doctrina francesa, que recuerda el autor, el desequilibrio en virtud de circunstancias sobrevinientes plantea o la aplicabilidad de la "teoría de la imprevisión", que la Corte de Casación francesa y la mayoría de la doctrina rechazan. Con respecto al Derecho inglés, la opinión de Jacques Belsahelo, en primer lugar, la necesidad de precisar que significa un "contrato a largo plazo", como categoría puesta a la de contrato ocasional o alzado; "no constituyen categorías estrictamente delimitadas, más bien una gama infinita a lo largo de la cual pueden ser apreciados los relaciones contractuales". Más adelante, el Profesor Bál se ocupa de las "principales problemáticas que originan las relaciones contractuales a largo plazo": la dificultad de prever para establecer una "buena línea de conducta", conocer las necesidades, el funcionamiento de los negocios, las ocasiones razonables, el impacto del mercado y otras circunstancias similares; aquello que comienza con una marcha jurídica, no dice, puede volverse, como resultado de hechos imprevisibles, muy oneroso, en razón de un cambio en las condiciones económicas, políticas, técnicas o de aprovechamiento. Distingue entre las "circunstancias internas" y las "externas", según que puedan ser previstas por las partes y de cuáles que se las respaldan por ellas, o bien que ocurren sin que pueda atribuirse negligencia alguna. Es importante destacar el siguiente párrafo: "Teniendo en cuenta los límites de la racionalidad de las partes y el deseo de evitar ventajas de la incertidumbre que se presentan, no es posible considerar todos los cambios de circunstancias que afectan a las partes como incluidos necesariamente en los riesgos del contrato inicial". Señala que la incorporación de una u otra cláusula dependerá de que las causas de incertidumbre estén o no bajo el control de las partes; de que según que región alguna de los problemas siguientes: a) duración del contrato; b) precio de los bienes o servicios; c) cantidad; d) tecnología. En el Derecho inglés, frente a un cambio radical de circunstancias se aplica la "teoría de la frustración".