

Presuposición y riesgo contractual

(Introducción al estudio del riesgo contractual)

JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ

Catedrático Interino de Derecho civil de la Universidad de Valencia

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION.—1. *Formulación y encuadramiento en la doctrina jurídica alemana.*—2. *Reconstrucción de la teoría de la presuposición.*—3. *Crítica a la teoría de la presuposición.*—II. MARGINACION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION Y RECIENTE REVALORIZACION DE LA PRESUPOSICION.—1. *No positivación de la teoría de la presuposición.*—1.1. *El Código civil español de 1888-89.*—1.2. *El Código civil alemán de 1896-1900.*—1.3. *El Código civil italiano de 1942.*—2. *Tendencias revalorizadoras de la presuposición.*—III. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO, IRRELEVANCIA DE LOS MOTIVOS Y PRESUPOSICION.—IV. EL RIESGO CONTRACTUAL.—1. *El riesgo contractual en sentido amplio.*—2. *El riesgo contractual en sentido estricto.*—2.1. *Delimitación material del fenómeno.*—2.2. *Delimitación temporal del fenómeno.*—2.3. *Delimitación del fenómeno en función de la estructura del contrato.*—3. *Consideraciones finales.*

INTRODUCCION

Iniciamos con ésta lo que querríamos que fuese una serie de reflexiones relativas al riesgo contractual: la delimitación de su concepto, el estudio detallado de cada uno de los fenómenos que comprende, así como los criterios que determinan su distribución entre los contratantes.

Comenzamos analizando, sin embargo, la teoría de la presuposición de B. Windscheid. Nuestra atención no se dirigió espontáneamente a este punto. Por el contrario, nos fue sugerido por el Profesor Galgano. Fue a comienzos de 1984 cuando, a las pocas semanas de haber llegado a Bolonia con una beca del Real Colegio Mayor de San Clemente de Los Españoles en aquella ciudad, me entrevisté con Galgano, quien me propuso trabajar sobre «la presupposizione», lo cual acepté «volentieri», aunque con el ruego de que me explicara qué era eso. Mi interés por el tema fue aumentando conforme yo me iba documentando, pero, a la vez, se iba desplazando hacia una

cuestión más general, que es la que subyace en aquella teoría: el riesgo contractual. El resultado de aquellas tareas dirigidas por Galgano fue un denso trabajo sobre el riesgo contractual y que, titulado «*Pre-supposizione e rischio contrattuale*», constituyó mi «Tesi di Laurea», defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia en julio de 1985.

Dada la amplitud del tema, aquélla no pudo ir más allá del planteamiento de las cuestiones y de la determinación de los criterios o puntos de vista desde los que poder abordar la cuestión del riesgo contractual, así como el estudio de la doctrina y de las normas del Código civil italiano al respecto.

Pues bien, ahora publicamos una parte de aquel trabajo, la que tenía por objeto llegar a poder proporcionar un concepto de riesgo contractual que fuese aceptable a la luz, o a las sombras, de los textos legales y de la crítica a la teoría de Windscheid. Por ello, bien puede decirse que no es el estudio de la teoría de la presuposición lo que constituye la finalidad última de este trabajo, sino, más bien, la delimitación de los fenómenos que cabe englobar en lo que entendemos por riesgo contractual en sentido propio.

Hemos de decir, no obstante, que esta obra no es una mera traducción de una parte de la tesis boloñesa. Hemos desarrollado los planteamientos iniciales, hemos apoyado con nuevos argumentos y nuevos textos las tesis que propugnamos y, también, las hemos matizado. Además, hemos ampliado los materiales a tratar, que ya no son los del Derecho italiano exclusivamente, sino, en general, los que se refieren al riesgo contractual. Con todo, las referencias a la doctrina italiana siguen ocupando un lugar destacado: el que merecen por ser el país en el que parece estar más viva y actual la polémica en torno a la presuposición como criterio de distribución del riesgo contractual.

El primer capítulo de este trabajo está dedicado a la teoría de la presuposición de Windscheid: su formulación y su encuadramiento en la dogmática alemana del siglo pasado. Al fin y al cabo, esta teoría no se comprende si no es a partir de la exaltación del dogma de la voluntad, que Windscheid llevó a sus más radicales consecuencias. Además, puesto que se trata de una abstracción, hemos intentado reconstruir su posible proceso de elaboración. Finalmente, con su crítica pretendemos hacer la de las diversas teorías que, como la de la base del negocio, traen causa directa de aquélla o de las que, como la de la cláusula «*rebus sic stantibus*», tienen también un fundamento voluntarista.

El capítulo segundo está dedicado a lo que ha sido de la teoría de la presuposición. No parece que ésta haya sido positivada, al menos como principio general, en una serie de Códigos hoy vigentes y que fueron elaborados después de su formulación: el español —lo que sobre él decimos es trasladable, «*mutatis mutandis*», al italiano de 1865—, el alemán y el italiano del 42. Sin embargo, recientemente, la presuposición ha sido objeto de una cierta revalorización, aunque desde posiciones muy distintas, al menos en principio, de aquellas desde las que fue formulada.

En el capítulo tercero intentamos dar una explicación de lo que se expuso en el segundo. La razón última del rechazo tradicional, así como de la reciente reivindicación de la presuposición, parece hallarse en la distorsión que ésta introduce en los esquemas de protección de intereses que resultan de la afirmación de una serie de dogmas: la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria («legal») del contrato y la irrelevancia de los motivos.

Finalmente, en el cuarto capítulo proporcionamos una concepción objetiva del riesgo contractual, en función de la estructura del contrato, una vez delimitado material y temporalmente el ámbito que estrictamente le es propio.

Terminamos con una serie de consideraciones sobre el riesgo contractual que, por el momento, no podían dejar de ser generales. Por una parte, son conclusivas de todo lo anterior, pero por otra, plantean unos criterios sobre bases más objetivas, que nos habrán de servir para abordar en ulteriores trabajos el estudio más detallado de los fenómenos que integran el riesgo contractual.

CAPITULO I

LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

1. FORMULACION Y ENCUADRAMIENTO EN LA DOCTRINA JURIDICA ALEMANA

Esta teoría fue enunciada por Bernard Windscheid en el siglo pasado (1), y empleó el término «Voraussetzung», expresión que en la doctrina italiana fue traducida como «presupposizione», de donde ha pasado a nosotros como «presuposición».

Windscheid utilizaba esa expresión para referirse a una condición no expresada («unentwickelte Bedingung»). Esta especie de condición sería una autolimitación de la voluntad («Selbstbeschränkung» o «Willensbeschränkung»), de la misma naturaleza que la condición, pero que no se ha explicitado o desarrollado hasta configurarse como una condición típica (2).

Según este autor, la circunstancia a la que se refería la presuposición podía ser de hecho o de derecho, positiva o negativa, pasada, presente o futura; y podía venir referida a un hecho o a una relación permanente (3).

La presuposición podía resultar también de las circunstancias que hubiesen acompañado la declaración de voluntad, sin que fuesen expresamente manifestadas como queridas. Más precisamente, en las declaraciones de voluntad inter vivos la presuposición podía, para ser relevante, no sólo desprenderse de las circunstancias concomitantes de la declaración, sino que era suficiente que pudiera ser conocida por aquel a cuyo favor había sido emitida la declaración de voluntad (4). Esto significa que para Windscheid era suficiente su cognoscibilidad.

(1) *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850. Pero ya antes había tratado la cuestión en *Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfte*, 1847, pp. 271-279.

Y después también en *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, del que hemos manejado la 8.ª edición anotada por T. Kipp, Frankfurt, 1900, pp. 435-445.

(2) «Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung (eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist)» (*Lehrbuch...*, *loc. cit.*, pp. 435 y 437, y también *Die Lehre...*, *cit.*, pp. 1 y 3).

(3) *Die Lehre...*, *cit.*, p. 10; *Lehrbuch...*, *loc. cit.*, pp. 438 y 439.

(4) *Die Lehre...*, *cit.*, pp. 82 y 83; *Lehrbuch...*, *loc. cit.*, pp. 439 y 441.

Por lo que se refiere a la eficacia reconocida a esa figura, Windscheid sostenía que quien manifestara un querer bajo una presuposición querría, al igual que quien emite una declaración de voluntad condicionada, que el efecto jurídico querido llegase a existir y producirse solamente si se diese un cierto estado de relaciones o de circunstancias. Pero como el declarante, por hipótesis, no había llegado a hacer depender la producción del efecto de ese estado de cosas, la consecuencia de ello sería que el efecto jurídico subsistiera y perdurara, no obstante haber venido a menos la presuposición (5).

Ante esta situación Windscheid continuaba su razonamiento afirmando que en estos casos ello no correspondía al verdadero y propio querer del autor de la declaración de voluntad y, por tanto, la subsistencia del efecto jurídico, si bien formalmente justificada, no tendría sustancialmente razón que la justificase. Como consecuencia de ello, aquel que resultase perjudicado por la declaración de voluntad podría defenderse con una excepción contra la reclamación que la otra parte le dirigiese en base a la declaración de voluntad, o bien dirigirse el declarante contra aquel a cuyo favor se hubiese producido el efecto jurídico, mediante una acción dirigida a hacerlo cesar (5 bis).

Por tanto, nos parece evidente que la razón de la relevancia de la presuposición era la de evitar que el efecto jurídico no se correspondiese con el verdadero querer de quien emitiese una declaración de voluntad (6).

Por otra parte, nos interesa hacer ver que esta teoría puede ser encuadrada bajo un doble punto de vista histórico.

Desde una perspectiva espacial y anacrónica, la teoría formulada por Windscheid se inserta en el movimiento dogmático de la pandectística alemana del siglo pasado (7). Este autor debe ser considerado como perteneciente, acaso como uno de los más significativos, al ambiente cultural del que uno de los productos más relevantes fue la teoría del negocio jurídico, entendido como declaración de voluntad explícita o resultante de un comportamiento concluyente, dirigida a generar efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce en cuanto hayan sido queridos (8). En definitiva, aquélla fue una época en que tuvo gran predicamento el dogma de la voluntad individual y Windscheid fue, sin duda, uno de sus sostenedores más convencidos.

Así, según este autor, el negocio jurídico sería una declaración de voluntad privada, que va dirigida a producir un efecto jurídico... Se declara querer que tenga lugar un efecto jurídico y el ordenamiento jurídico hace que ese efecto jurídico tenga lugar en la medida en

(5) *Die Lehre...*, cit., p. 1; *Lehrbuch...*, loc. cit., p. 438.

(5 bis) *Die Lehre...*, cit., pp. 2-4; *Lehrbuch...*, loc. cit., p. 438.

(6) *Die Lehre...*, cit., pp. 4-7, 202 y 203.

(7) Vid. LAREZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de M. Rodríguez Molinero, 2.^a ed., Madrid, 1980, pp. 48 y ss.; WIEACKER, F.: *Storia del Diritto privato moderno*, traducción de U. Santarelli y S. Fusco, vol. II, Milano, 1980, pp. 144-146.

(8) GALGANO, F.: *Negoziio giuridico (dottrine generali)*, voz en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXVII, 1977, p. 933.

que es querido por el autor del negocio... Y concluye afirmando que el negocio jurídico es la fuerza creadora correspondiente en el campo jurídico a la voluntad privada; la persona ordena y el Derecho se apropia de la orden (9).

He aquí, por tanto, cómo la teoría de la presuposición parece no ser otra cosa que el corolario de las anteriores afirmaciones. Supondría, pues, un intento de garantizar que no existirán divergencias entre los efectos queridos y los efectos que se produzcan en la realidad. Se trataba, pues, de que el ordenamiento jurídico no reconociese efectos no queridos realmente y que sólo hiciese propios aquellos que se correspondiesen con los efectos queridos.

Desde una perspectiva diacrónica la teoría de la presuposición puede ser relacionada o agrupada con otras, formuladas antes y después de ella. Antes, había sido formulada, desarrollada y «olvidada» la de la llamada cláusula «rebus sic stantibus», con la que se había intentado proporcionar un fundamento a la revisión del contrato en casos de alteración sobrevenida de las circunstancias (10). Después, fueron formuladas algunas teorías repristinadoras de la de la cláusula «rebus sic stantibus» (11), pero, sobre todo, han tenido gran difusión las argumentaciones que hacían referencia a la base o fundamento del negocio («Geschäftsgrundlage») (12).

(9) WINDSCHEID: *Lehrbuch...*, loc. cit., pp. 266-269.

(10) Vid. OSTI, G.: *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, «Rivista di diritto civile», 1912, pp. 1 y ss.

La doctrina de esta cláusula parece tener sus orígenes entre los glosadores. Tuvo un desarrollo importante en la escuela de Derecho natural del seiscientos (Grocio, Pufendorf). No eran extrañas afirmaciones tales como que «nadie contrata para el futuro si no es en ciertas circunstancias, y cuando las circunstancias cambien, los motivos del contrato cambian también» (ESPINOZA, B.: *Tratado político*, trad. de E. Tierno Galván, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 164).

Parece que en el fondo subyacía como criterio de justicia sustancial del contrato el de la equivalencia de las recíprocas prestaciones (aequalitas), entendida en el sentido de equilibrio sinalagmático en el plano económico: «ne plus exigatur quod par est» (WIEACKER, *op. cit.*, vol. I, Milano, 1980, pp. 449, 450 y 475).

Esta teoría fue recogida en el Allgemeines Landrechts bávaro de 1756 (tít. IV, cap. 15, § 12) y, sucesivamente, en el Allgemeines Landrechts prusiano de 1774 (tít. I, cap. 5, § 378), así como en el Código civil austríaco de 1815 (art. 936, en relación con el precontrato). Sin embargo, los Códigos liberales no acogieron esta doctrina que, a lo largo del ochocientos, permaneció como olvidada.

(11) «Los cambios de circunstancias deben ser tomados en consideración cuando se ha puesto en peligro el fin esencial del contrato, por ejemplo, cuando resulte destruida la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación...». La cláusula rige, aunque ninguno de los contratantes la haya acogido en su voluntad empírica, puesto que no es ésta la que determina las consecuencias jurídicas, sino la voluntad eficaz, más amplia que aquélla; puesto que comprende todo cuanto, pudiendo deducirse de la declaración, sea por ello imputable al declarante (KAUFMANN, E., *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, 1911, p. 107).

La cláusula ha sido también considerada como una suerte de reserva virtual que sería inmanente a la voluntad negocial de las partes, aunque no hubiesen sido conscientes de ello. La cláusula deviene, así, parte del contenido del contrato si una de las partes no la rechaza expresamente, excluyendo la reserva virtual (KRUCKMANN, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, separata del «Archiv für die Zivillistische Praxis», núm. 116, p. 62).

(12) Ha sido definida como la representación mental de una de las partes en el

Por consiguiente, la teoría de la presuposición puede ser considerada, desde otra perspectiva, como uno de los expedientes con los que la doctrina, sobre todo la alemana, ha tratado de fundamentar la solución a los problemas que se plantean cuando, perfecto el contrato, sobrevienen eventos que determinan alteraciones tales que dejen insatisfechos los intereses o que frustran las expectativas de uno de ambos contratantes.

Si admitimos que éstas son las líneas fundamentales que subyacen en la formulación de la teoría de la presuposición, se deberá concluir que la construcción teórica perfilada por Windscheid no fue, realidad, otra cosa que el resultado lógico de plantearse la cuestión, históricamente presente de manera constante, de la sobrevenida de eventos que alteran las circunstancias en las que fue emitida una declaración de voluntad, desde la óptica del dogma de la voluntad y, al mismo tiempo, es el resultado de elaborar con todo ello una ulterior abstracción.

momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida y no rechazada por la otra parte, o bien como la común representación de las partes sobre la existencia o la sobrevenida de ciertas circunstancias en las que se fundamenta la voluntad negocial (OERTMANN, P., *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921, p. 37).

Han existido también intentos de coherencia la teoría de la base del negocio y la de la cláusula «*rebus sic stantibus*»:

Así, se ha dicho que la base del negocio está constituida no por las representaciones de las partes, sino por aquellas circunstancias necesarias para alcanzar el objeto o la finalidad del negocio, determinadas por las partes y puestas de manifiesto por el contrato a través de su conducta. Y el objeto o fin del negocio es siempre el de una de las partes que ha pasado a ser parte integrante del contenido del contrato y ha sido admitido por las dos partes (LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, «*Archiv für die Zivilistische Praxis*», 121, pp. 67, 20, 29 y ss. y 74 y ss.).

Se ha intentado también construir una teoría unitaria afirmando que era necesario esperar que el otro contratante, actuando de buena fe, habría admitido que el contrato dependía de ciertas circunstancias o habría debido lealmente admitirlo si se hubiese dado cuenta al concluir el contrato de la inseguridad de estas circunstancias (LEHMANN, H., *Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., 1949, p. 221).

Finalmente, ha sido también formulada la distinción entre base subjetiva y base objetiva del negocio. La primera sería una representación mental de ambos contratantes y de la cual se han dejado llevar al concluir el negocio. La segunda sería el conjunto de circunstancias cuya existencia o subsistencia habría sido objetivamente necesaria para que el negocio, según las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como reglamento dotado de sentido. Así, la base objetiva desaparecerá en dos casos: primero, cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que resulta del negocio haya quedado destruido en una medida tal que no sea ya posible razonablemente hablar de una contraprestación, y segunda, cuando el común fin objetivo del contrato, expresado en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aunque la prestación del deudor sea todavía posible (LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción de C. Fernández Rodríguez, Madrid, 1956, pp. 95, 96, 170, 224 y 225).

2. RECONSTRUCCION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

Una vez encuadrada en una adecuada perspectiva histórica, podemos intentar un análisis que nos permita ver cómo pudo ser elaborada o construida.

Pensamos que es necesario poner de relieve que el carácter abstracto de dicha teoría obedece al intento de presentar como una consecuencia lógica o natural aquello que, por el contrario, es el resultado de una precisa elección entre las diversas soluciones posibles. Esta afirmación está necesitada de ulteriores precisiones.

Sin pretender por nuestra parte excluir la originalidad de la construcción windscheidiana, hemos de llamar la atención sobre el dato de que ya antes de que aquélla fuese formulada no era extraño acudir a expedientes parecidos al de la «unentwickelte Bedingung» para explicar ciertos fenómenos. Así, ya Domat se refería a la existencia de una condición presunta para explicar la regla de la revocación de donaciones por sobreveniencia de hijos (13). Curiosamente, Pothier explicaba esa regla en base a una disposición secreta de la voluntad, relevante como una condición implícita (14).

Quizá, pues, la originalidad de Windscheid consistiese en la generalización de esa explicación a otros supuestos en los que fuese posible hablar de condiciones tácitas o presuntas (15), mediante la formulación de una teoría que por su abstracción pudiese comprender a todos ellos. Con esto no queremos afirmar que el punto de partida en la elaboración de la teoría de la presuposición fuese la revocación de la donación por sobreveniencia de hijos del donante, sino que la existencia de condiciones tácitas o presuntas ya había sido empleada anteriormente para explicar ciertos fenómenos que, después de la formulación de la teoría de la presuposición no será difícil considerar como aplicaciones de ella. Por nuestra parte, consideramos que es bastante probable que el fenómeno que tuvo a la vista, el que le proporcionó la base para construir su teoría, fue el del error.

Lo que, en cualquier caso, parece bastante claro es que los fundamentos históricos de la teoría de la presuposición (15 bis) serían sólo

(13) «Si après une donation faite par une personne qui n'a point d'enfans, il lui survient, la donation demeure nulle, par la présomption que celui qui donnoit, n'ayant point d'enfans, n'auroit pas donné, s'il en avoit en, et qu'il ne donnoit que sous cette condition; que s'il venoit à avoir des enfans, la donation seroit sans effet» (DOMAT, J., *Lex loix civiles dans leur Ordre naturel*, «Des Donations», tomo I, París, 1777, art. XV, secc. III, p. 179).

(14) «La raison de notre jurisprudence est qu'on doit supposer dans le donateur qui n'a pas d'enfans, une disposition secrète de volonté de ne pas donner s'il en avoit: d'où il suit que les donations doivent être censées faites sans la condition implicite que le donateur n'aura pas d'enfans» (POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, tomo I, París, 1845, p. 382).

(15) Por ejemplo, nuevamente Domat explicaba en clave condicional la responsabilidad del vendedor por vicios o defectos ocultos en la cosa vendida (DOMAT, *op. cit.*, tít. II, secc. X, libro III, p. 77).

(15 bis) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, *cit.*, pp. 41-80.

a duras penas reconducibles al Derecho romano (16), en el que, si bien es posible ver empleadas las expresiones «conditio», «causa» y «modus» (17), no parece que pueda obtenerse por generalización la aceptación de una doctrina tan abstracta, tal alejada de los casos, como es la de la presuposición. Estaríamos otra vez, parece ser, ante una referencia al Derecho romano que sería no tanto inspiradora cuanto legitimadora a posteriori de una construcción doctrinal.

Para intentar, en la medida de lo posible, reconstruir la elaboración de la teoría de la presuposición habría que tener en cuenta, en primer lugar, la constante distinción que Windscheid recoge y sostiene entre la llamada voluntad real o verdadera («der eigentliche Wille»), que sería la que corresponde a los intereses y expectativas del declarante, y la voluntad declarada («der wirkliche Wille»), que es la que resulta del negocio. Pues bien, la primera, permaneciendo oculta en el interior de la declaración, actuaría subordinando la eficacia de la declaración a la existencia de las circunstancias que hubiesen constituido el presupuesto de la voluntad declarada (18).

En segundo lugar, consideramos que para reconstruir el proceso de elaboración de esta teoría habría que tener en cuenta la concepción de Windscheid —en general, la de la dogmática alemana del XIX— acerca del error. Según este autor, el error, como motivo de la voluntad declarada, es el defecto de la verdadera idea del estado de cosas tenido en cuenta al emitir la declaración (19). El error obstativo sería, a su vez, la divergencia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva o real; aquí no es el error la causa de la invalidez de la declaración de voluntad, sino más bien el no corresponder a la declaración una voluntad efectiva, no siendo en este caso el error otra cosa que el motivo por el que algo no querido realmente ha sido declarado como querido (20).

Si recordamos la conceptualización del negocio jurídico que propugnaba el mismo autor, así como sus referencias a la fuerza creadora de la voluntad y al papel del ordenamiento jurídico como instrumento de la voluntad, concluiremos sin dificultad que el fundamento de la relevancia del error no podía ser otro que la no coincidencia entre los efectos realmente queridos (error en la declaración) o que hubieran sido realmente queridos de haber captado certeramente la realidad (error en los motivos) y los efectos realmente producidos por la declaración de voluntad. En la medida en que estos efectos no fuesen queridos no deberían ser reconocidos e impuestos por el ordenamiento jurídico (21).

(16) FADDA, C., y BENZA, P. E.: *Notas al Derecho de Pandectas de Windscheid*, en el vol. IV de la edición italiana, Torino, 1926, pp. 561 y 562.

(17) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, cit., *últ. loc. cit.*

(18) Vid. BESSONE, M.: *Adempimento e virchio contrattuale*, Milano, 1969, p. 59.

(19) *Lehrbuch...*, loc. cit., p. 343.

(20) *Ult. op. cit.*, loc. cit., p. 329.

(21) El fundamento de la ineficacia de la declaración de voluntad en caso de error no está, según Windscheid, en el error en sí mismo, sino en que, como consecuencia de él, haya sido declarada una voluntad que sin el error no habría sido declarada,

Ahora, tal vez, podemos preguntarnos qué añadía la teoría de la presuposición a la del error. La respuesta bien podría ser la siguiente: lograr, mediante su abstracción, acoger veladamente y sin mencionarla a la de la cláusula «rebus sic stantibus» (22), y someter a ambas, como si fuesen especies pertenecientes a un mismo género, a la consideración de supuestos de no correspondencia entre efectos queridos y efectos realmente producidos por la declaración de voluntad.

Con la elaboración de la teoría de la presuposición se evitaba que el efecto jurídico pudiese producirse en forma tal que no se correspondiese con el verdadero querer del autor de la declaración de voluntad (23). He aquí cómo se distinguía entre efecto jurídico querido y verdadero querer, esto es, entre efecto de la declaración de voluntad y efecto realmente querido. He aquí también cómo la razón de la relevancia de la presuposición coincidía con el fundamento de la relevancia del error, entendido como divergencia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad real (24). A nuestro modo de ver, esto nos muestra cómo la teoría de la presuposición no suponía sino un grado más elevado en una abstracción que parece tener su base en la teoría del error.

Más precisamente, si tenemos en cuenta que la inadecuada representación de la realidad pasada o presente, o la no correspondencia entre voluntad declarada y voluntad real había sido reconducida al error como vicio de la voluntad (25), lo que se introducía como novedad era referir al mismo punto —la voluntad y la divergencia entre efectos queridos y efectos realmente producidos— la sobrevenida a la emisión de la declaración de voluntad o, incluso, a la formación de esa voluntad, en función del grado de subjetivación que se desee, de circunstancias que frustran las expectativas o que determinan la insatisfacción de los intereses de una de las partes.

Es más, en realidad, con el recurso a la cláusula «rebus sic stantibus» ya también se había buscado situar la justificación de la relevancia de la sobrevenida de circunstancias en una pretendida cláusula contractual presunta, en definitiva, en la voluntad (26).

una voluntad que, a pesar de ser la declarada, no es la real o propia (*Die Lehre...*, cit., p. 5).

(22) Recordemos que la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus», considerada contraria a las exigencias de certeza y seguridad en el desenvolvimiento de los negocios, había sido abandonada por los codificadores latinos del ochocientos (*vid.* nota 10).

(23) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, cit., pp. 2, 3, 202 y 203.

(24) *Vid.* WINDSCHEID: *últ. op. cit.*, pp. 4-7; *Lehrbuch...*, loc. cit., pp. 329 y 343, con citas de Savigny.

(25) La consideración misma del error como vicio de la voluntad y como causa de invalidez es manifestación de la idea de un poder de autoobligarse, perteneciente a la voluntad individual como fuente primaria de la obligación (GORLA, G.: *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, en «Il Diritto privato nella società moderna», a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 281).

(26) Son interesantes al respecto las técnicas anglosajonas del «common mistake», «implied term» e «implication of condition», para resolver las cuestiones relativas a la sobrevenida de circunstancias alteradoras de la composición de intereses que resulta del contrato (*vid.* BESSONE, *op. cit.*, pp. 121 y ss. y 178 y ss.; DAVID, R., *con*

Por consiguiente, quizá, lo que Windscheid añadió fue, de una parte, la ubicación de la sobreveniencia dentro del fenómeno más general y abstracto de la no correspondencia entre los efectos queridos y los realmente producidos por la declaración de voluntad, al lado de otros como el error (27). De otra parte, encontró el expediente a través del cual se conseguía dar apariencia de naturalidad, esto es, de rigor lógico, a su construcción dogmática: la condición no expresada o presupuesta. A nuestro modo de ver, la utilización de este instrumento fue el recurso necesario para que la abstracción a la que se pretendía llegar con la teoría de la presuposición pudiera salvar su coherencia interna y externa. Expliquémonos.

Como ya hemos dicho, consideramos altamente probable que la teoría elaborada por Windscheid tuviese su punto de partida en la del error como causa de invalidez de la declaración de voluntad, que por abstracción fue extendida hasta comprender los supuestos de sobreveniencia de circunstancias que alteran la situación existente al tiempo de la declaración. Pues bien, si el fundamento de la relevancia del error es la divergencia entre los efectos queridos y los realmente producidos, debida a la inadecuada representación de la realidad pasada o presente al tiempo de la formación de la voluntad, o la no correspondencia entre la voluntad interna o real y la declarada, el fundamento de la relevancia de la sobreveniencia de circunstancias que defraudan las expectativas de una parte podía y debía ser la no correspondencia entre las representaciones mentales de la realidad futura (las previsiones) y la situación existente al tiempo de la ejecución del negocio o, mejor, de la prestación aplazada, periódica o continuada.

Pues bien, si es posible tratar de conocer adecuadamente la realidad exterior e, incluso, fijarla, no resulta nada fácil, por no decir imposible, identificar la representación que de ella se hicieron las personas, de manera que no es posible disponer con certeza de los dos términos de la comparación de correspondencia o divergencia que exige la teoría de la presuposición. Por el contrario, al observar la realidad se verá, todo lo más, una cierta configuración de la misma como resultado de las más variadas circunstancias pasadas o presentes, así como una declaración de voluntad expresa o un cierto comportamiento y, finalmente, un dato normativo que regula la situación resultante de los dos elementos anteriores.

Pues bien, lo que Windscheid hizo fue atribuir relevancia a otro elemento, la llamada condición no expresada o presupuesta, en que consiste la presuposición. Ello era tanto como establecer que no sólo se trataba de encontrar y determinar la voluntad declarada, sino también otra: la no manifestada, pero que no por ello era menos real;

la colaboración de GRIVART KERSTRAT, F., *Les contrats en droit anglais*, París, 1973, pp. 332 y ss.)

(27) Esa relación entre error en los motivos y cláusula «rebus sic stantibus» aparecía de forma explícita en algún pasaje de la exposición de motivos del proyecto de Código civil alemán elaborado por la primera comisión redactora (vid. FADDA y BENSA, *loc. cit.*, p. 564).

es más, ésta era la verdadera voluntad, coincidiese o no con la declarada, siempre que hubiese sido formada de acuerdo con una adecuada representación de la realidad. Y es precisamente aquí donde se ponen de manifiesto ciertas contradicciones: atribuir relevancia a la presuposición de circunstancias futuras cuando las sobrevenidas frustran las expectativas del autor de la declaración, aun cuando no hubiesen sido expresadas en la declaración de voluntad, suponía en realidad la quiebra del dogma de la irrelevancia de los motivos no elevados a condición de la declaración. Por esto era preciso recurrir a un expediente que evitase esta posible objeción, y fue hallado, creemos, en la teoría del error, cuya relevancia no parecía estar sujeta a discusión.

En el error, si el fundamento de su relevancia como causa de invalidez de la declaración de voluntad era la inadecuada representación de la realidad pasada o presente en el proceso de formación de la voluntad negocial, o bien la no correspondencia entre lo querido y lo declarado, tales divergencias debían ser probadas. La prueba del error debe ser proporcionada, lógicamente, haciendo referencia al comportamiento del declarante y a la situación existente al tiempo de la declaración. Una vez acreditado este extremo se dirá que los efectos de la declaración no deberán ser acogidos ni mantenidos por el ordenamiento jurídico porque no se corresponden a los queridos en realidad, esto es, a los que hubieran sido queridos si —aquí estamos ya ante un discurso condicional— el declarante hubiera logrado representarse adecuadamente la realidad o si hubiese declarado lo que realmente quería manifestar.

El siguiente paso en la elaboración de la abstracción está constituido por la afirmación de que el declarante había manifestado su querer sometiéndolo a la condición, ciertamente, no expresada de que los efectos de la declaración correspondiesen a los que él se había representado —así, se abarca también el error obstativo—, los cuales, a su vez, debían concordar con los intereses reales del declarante —así, se abarca el error en los motivos como vicio de la voluntad.

El paso definitivo hacia la abstracción está constituido por la extensión de esa argumentación a todos los casos en los que la alteración de circunstancias determine que los efectos materiales realmente producidos por la declaración de voluntad no se correspondan con los queridos y previstos, como puede también suceder en los casos de sobreveniencia de circunstancias desfavorables.

El discurso que hemos desarrollado en relación al error no debe ser considerado como excluyente de otras posibilidades, de otros posibles puntos de partida. Concretamente, estamos pensando en la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos y, sobre todo, por la falta de cualidades de la cosa vendida. Si la cosa ha de reunir no sólo las cualidades prometidas por el vendedor o, si no hay tales promesas, las requeridas para el uso al que normalmente está destinada, sino también las necesarias para el uso al que el comprador ha previsto destinarla, se estaría ante un supuesto de relevancia de una condición presupuesta: la compra sólo seguirá siendo eficaz si la cosa ven-

didada resulta apta para el uso al que el comprador ha previsto destinarla, aunque no haya recaído el acuerdo del vendedor. El comprador sólo quería, se dirá, adquirir la cosa en la medida en que pudiera servirse de ella conforme a sus previsiones.

Pues bien Windscheid decía que el vendedor debe entregar la cosa vendida con la calidad expresamente prometida o con las que el comprador, según las circunstancias, podía esperar, de modo que éstas deban considerarse como tácitamente convenidas (28).

Parece que estamos, ahora, ante una suerte de presuposición común a ambas partes o, mejor, de unas garantías que el comprador podía entender otorgadas por el vendedor por resultar de las circunstancias que debieron ser contempladas por éste. Esto sería lo más coherente con la formulación en abstracto de la teoría de la presuposición: el comprador sólo querría seguir vinculado por el contrato de compraventa si la cosa comprada reuniese no sólo las cualidades expresamente prometidas y garantizadas, sino también las que él puede considerar, en base a las circunstancias, como tácitamente prometidas. Las cualidades tácitamente prometidas pueden ser no sólo las necesarias para el uso normal, esto es, al que la cosa está natural o más frecuentemente destinada, sino también otros que suponen una destinación específica. Respecto de ésta, si de las circunstancias resultase que el comprador podía esperar que el vendedor la hubiese contemplado también o si estuviese al corriente de las intenciones del adquirente, se debería considerar como tácitamente garantizada la aptitud de la cosa para esa destinación específica.

Puesta de manifiesto la relación entre lo que sería la teoría general de la presuposición y la responsabilidad del vendedor por la falta de cualidades de la cosa vendida como una de sus aplicaciones, lo que no podemos hacer es, con los materiales que hemos podido manejar, aventurar si lo que parece no ser más que una aplicación especial de la teoría de la presuposición en general es, además o más bien, uno de los puntos de partida en la elaboración de aquélla.

Este posible proceso de elaboración que hemos propuesto y descrito es, pues, el que teóricamente corresponde al método dogmático de la jurisprudencia de conceptos. Según éste, se partiría de conceptos fundamentales —elaborados, normalmente, a partir de fuentes romanas— y de ellos se derivarían otros más específicos que irían concretando cada vez más al concepto abstracto fundamental, dando así lugar a la pirámide de conceptos (29). Nuestra te-

(28) WINDSCHEID: *Lehrbuch...*, cit., vol. II, p. 652; *Die Lehre...*, cit., pp. 116-119.

(29) Fue Puchta quien encaminó la ciencia del Derecho de su tiempo por la vía del sistema lógico en el sentido de una pirámide de conceptos y, de este modo, decidió su evolución hacia la jurisprudencia de conceptos. Lo que Puchta denominaba genealogía de conceptos (*Cursus der Institutionen*, I, pp. 36 y 101), no era otra cosa que la pirámide de conceptos del sistema construido según las reglas de la lógica formal. La opinión de Puchta es que cada concepto superior permite determinados enunciados; ahora bien, al subsumir el concepto inferior en el superior, valen para él forzosamente todos los enunciados que se hubieran hecho del concepto superior. Este concepto tiene

sis es la de que, al menos en la presuposición, del mismo modo que primera en el tiempo fue la elaboración de la categoría del contrato como un concepto unitario y abstracto y después lo fue la del negocio jurídico, primero fue la teoría del error, la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos de cualidad de la cosa vendida, la revocación de donaciones por sobreveniencia de hijos del donante, etc., y, sólo después y, probablemente, a partir de ellos, fue elaborada la teoría de la presuposición y no al revés (30). A la posible derivación «lógica y natural» de la teoría de la presuposición a partir de la del negocio jurídico nos referiremos en el capítulo III.

Volviendo a la teoría del error como el posible punto de partida más próximo en la elaboración de la de la presuposición, nuestra tesis anteriormente expuesta queda reforzada por el hecho de que, según Windscheid, la prueba de la presuposición se obtenía atendiendo a las circunstancias concomitantes a la declaración de voluntad (31). Mantener esta afirmación, también en relación a la presuposición de eventos futuros, nos abona en nuestra idea acerca de los que el autor citado tenía delante cuando formulaba su teoría: fundamentalmente, el error, cuya prueba ha de ser suministrada atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de la declaración pretendidamente errónea.

Por consiguiente, parece que fue así como Windscheid, a través de la figura de la condición presupuesta, trató de abarcar también la cuestión de la relevancia o irrelevancia de las circunstancias cuya sobreveniencia determinase una divergencia no querida ni prevista entre efectos materiales —ganancias o pérdidas, en definitiva— queridos o previstos y los efectos materiales realmente producidos, reafirmando así el dogma de la voluntad.

De todas formas, lo más interesante de su construcción es el expediente que le permitió compatibilizar este dogma con otro: el de la irrelevancia de los motivos Windscheid no habló de motivo inexpreso, sino de condición no manifestada. Esta figura le permitió alcanzar un triple objetivo: primero, mantener la coherencia interna de la abstracción que supone la teoría de la presuposición, dado que el ele-

que tener un contenido, si es que de él se ha de obtener determinados enunciados; y este contenido no debe provenir de los conceptos de él derivados, de lo contrario, todo sería un círculo vicioso (LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 40-42).

Así pues, según Puchta, la legitimidad de toda máxima jurídica se funda exclusivamente sobre su precisión sistemática, sobre su veracidad lógica y su racionalidad; la producción jurídica no es otra cosa que desarrollo por derivación conceptual (WIEACKER, *loc. cit.*, p. 81).

(30) Windscheid prosigue, en el fondo, la línea de Puchta, si bien con un giro, típico de él y de su tiempo, hacia el psicologismo. Para él, el Derecho es más que una suma de imperativos, es también una conexión objetiva de sentido, de la que puede derivarse, por medio de conclusiones deductivas —en especial, por medio de conclusiones analógicas—, el eslabón intermedio que falta. En realidad, detrás de esto está la idea de la racionalidad inmanente del Derecho como un organismo espiritual, de un todo objetivo con sentido, en la medida en que esta idea se ajusta al psicologismo y al positivismo legal de Windscheid (LARENZ, *últ. loc. cit.*, pp. 48 y 50).

(31) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, cit., pp. 82 y 83; *Lehrbuch...*, cit., vol. I, p. 441.

mento común, si no el único, que hay entre el error y la sobreveniencia de circunstancias no previstas no es otro que la existencia de aquella condición presupuesta; segundo, insertando así ambos fenómenos, como si fuese una consecuencia lógica y natural, en la más abstracta categoría de la presuposición, parece como si todo ello no fuese otra cosa que el resultado de extraer de la teoría del negocio jurídico sus consecuencias lógicas y naturales, reafirmando de este modo el dogma de la voluntad; y tercero, hablando en términos de condición no ponía en duda el dogma de la irrelevancia de los motivos.

He aquí, pues, las razones objetivas, conscientes o no, del empleo de la expresión «*unentwickelte Bedingung*»: gracias al término condición se daba relieve a la voluntad, intentando a la vez excluir los meros motivos individuales; añadiendo que esa condición no se había expresado se podía abstraer la disciplina del error y hacer, así, de éste y de la sobreveniencia de circunstancias no previstas, dos especies del mismo género: la presuposición. Fue así como Windscheid presentó una solución, por así decir, psicologista y, en definitiva, voluntarista para el fenómeno de la sobreveniencia, como una consecuencia o deducción lógica del sistema. Y, así proporcionaba la confirmación de que la voluntad individual llevaba en sí misma los elementos o la fuerza suficientes para proporcionar la regla a seguir, como si fuese una fuente inagotable de la que recabar los criterios para decidir la suerte de los efectos de las operaciones económicas, cuando las circunstancias en las que debía procederse a la ejecución del acto o contrato no fuesen las que permitiesen satisfacer los intereses de ambas partes.

En otras palabras, con esta teoría resultaba transformada una cuestión de riesgo contractual, como es la de la sobreveniencia de circunstancias que defraudan las expectativas de las partes, en otra cuestión: la no correspondencia entre voluntad y realidad, haciendo de la no realización de la llamada condición presupuesta una suerte de vicio de la voluntad. Además, esas circunstancias no eran solamente las posteriores a la emisión de la declaración de voluntad, sino también las anteriores o coetáneas, de tal manera que pareciese lógico que, del mismo modo que en el error no se plantea otra cuestión que la divergencia entre voluntad real y voluntad declarada o entre realidad presente o pasada y su representación, la sobreveniencia de circunstancias que determinan la insatisfacción de los intereses de una de las partes no sería otra cosa que una voluntad formada como consecuencia de inadecuadas representaciones de la realidad futura, esto es, la falta de correspondencia entre los efectos de la declaración y los realmente queridos.

Por consiguiente, considerar como un mismo problema —divergencia entre efectos realmente queridos y los efectivamente producidos, no realización de la voluntad...— cuestiones tan diversas entre sí como el error y la sobreveniencia quizá no era otra cosa que el resultado lógico al que parecía conducir el modo de pensar dogmático en una época de máxima exaltación del dogma de la voluntad.

De todas formas, como intentaremos mostrar en páginas posterior-

res, detrás de esta construcción dogmática es posible encontrar una selección —intencionada o no, poco importa hoy— de intereses que estaban en contraste también en la época de su formulación, selección e intereses que acabarán determinando, entendemos, el rechazo de la teoría de la presuposición como criterio de distribución del riesgo contractual. A explicar y fundamentar esta idea dedicamos el resto de nuestro estudio sobre la presuposición.

3. CRITICA A LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

Estamos ahora en grado de afirmar que teorías como la de la presuposición, de la cláusula «*rebus sic stantibus*», de la base o fundamento del negocio, no supusieron sino intentos de referir a la voluntad la producción o la cesación de los efectos jurídicos del negocio realizado. Es decir, se consideraba, como ya hemos visto, que las declaraciones de voluntad producían efectos jurídicos sólo en la medida en que fuesen queridos y, por ello, debían ser referidos a la voluntad como instancia legitimadora tanto de la producción como de la cesación de los efectos jurídicos. Esto, quizá, pueda explicar por qué se recurría a expedientes como el de la cláusula presunta, la condición presupuesta o las comunes representaciones mentales: son diversos instrumentos que se insertan en un mismo discurso voluntarista.

Dentro de este marco general del voluntarismo subjetivista la teoría de la presuposición presenta como caracteres específicos bien su mayor grado de abstracción y una mayor carga de psicologismo frente a la teoría de la cláusula «*rebus sic stantibus*» (32), bien el instrumento utilizado para su formulación: la condición presupuesta. A nuestro entender, esta perspectiva voluntarista no logra dar explicación suficiente de la realidad y, al final, se resuelve en una suma de ficciones. Veámoslo.

En la realidad de los fenómenos económicos más que negocios jurídicos o, incluso, que contratos hay operaciones económicas que tienen por objeto el intercambio de bienes o la prestación de servicios y, además, hay normas jurídicas que establecen cuándo los efectos de esas operaciones —el intercambio o la prestación de servicios— serán obligatorios o reconocidos por el ordenamiento jurídico, disciplinando su modo de llevarse a cabo e, incluso, partes de su contenido. Y estas normas pueden actuar directa o indirectamente remitiéndose en un ámbito más o menos amplio a las reglas establecidas de forma más o menos libre por las partes (33).

(32) Mientras la primera se refería a cualquier circunstancia pasada, presente o futura, la segunda sólo se refiere a los eventos futuros.

(33) «La voluntad del promitente determina, junto a otros elementos, la situación a la que la ley, en el interés del promisorio o también en interés social por el mantenimiento de ciertas promesas, liga el nacimiento de un vínculo jurídico mediante la sanción. He ahí la verdad. Pero esto ha sido pesentado en el sentido de que la voluntad del promitente, como ejercicio de un pretendido poder propio de autodeterminar la

En esta situación, referir a la voluntad cuanto suceda en los procesos económicos de intercambio de bienes o de prestación de servicios es tanto como pretender describir todo el fenómeno en función de una sola de sus partes. También en los casos en que la ley consiente un amplio margen configurador a la voluntad de las partes, de modo tal que aparezca ser éste el elemento que rige la operación económica, es la ley la instancia justificadora en definitiva del resultado económico porque ésta es la que reconoce o no los efectos de la disposición emanada de las partes. La conclusión no puede ser otra que afirmar que la autonomía de la voluntad y su poder de dirección de la operación económica son un *posterius* respecto al imperio o soberanía de la ley, de modo que el mayor o menor ámbito reconocido por ésta a aquélla no desvirtúa tal afirmación.

Así las cosas, discurrir en términos de presuposición en los casos de no correspondencia entre efectos previstos y efectos realmente producidos no es sino disfrazar una realidad bien diversa.

De una parte, se oculta la realidad económica. Esto es, al concluir un negocio las partes no tienen una comunidad de intereses, sino que tienen, más bien, intereses contrapuestos: cada uno trata de recibir más de cuanto cree dar, o de dar lo menos posible para obtener el máximo posible. Así, es difícil encontrar supuestos en los que una misma circunstancia pueda frustrar las expectativas de todas las partes. Es más, en la mayor parte de los casos una menor ganancia o ventaja para una de ellas comportará una ganancia adicional para la otra, o bien una parte sufrirá una pérdida total y la otra retendrá todo el beneficio en sus manos. Por esto, hablar de representaciones mentales comunes o de presupuestos comunes a las partes no resulta explicativo de lo que sucede en la realidad. Resultaría más acertado partir de que cada cual trata de recibir cuanto le permita obtener una utilidad mayor de la que podría obtener de conservar lo que da, pues en otro caso no se molestaría en contratar. Cuando realmente sean comunes los intereses insatisfechos por el devenir posterior de la circunstancia las partes no tendrán problema alguno en proceder de común acuerdo a la disolución de la relación obligatoria (34).

propia situación jurídica o de autoobligarse, determina o crea, aunque sólo sea mediamente, aquel vínculo. Y he aquí el equívoco en el que, por lo demás, es fácil caer. Se trata, pues, de la confusión entre la idea de que la voluntad del promitente ha creado la situación de la promesa, a la que la ley liga, por las mencionadas razones, el nacimiento del vínculo y, de otra parte, la idea de que la voluntad ha creado el vínculo, aunque sólo sea mediamente, esto es, mediante el reconocimiento por parte de la ley de un pretendido poder de autoobligarse» (GORLA, *op. cit.*, p. 274).

(34) «No es realista considerar como hipótesis general el caso de presunciones comunes porque del mismo modo que son antagónicos los intereses que cada parte quiere realizar con el contrato, del mismo modo son diversas las circunstancias que constituyen presupuestos de la propuesta y las presupuestas por la aceptación... Las excepciones existen, pero en tal caso no se plantea cuestión alguna de presuposición... si realmente ambos contratantes partían de las mismas presuposiciones, defraudadas por la sobrevenida de circunstancias que alteran gravemente la economía del negocio, no existirá de hecho controversia alguna, porque será inmediato el acuerdo sobre la necesidad de proceder a una resolución consensual o bien a una revisión de sus términos»

De otra parte, discurrir en términos de condición presupuesta o de cláusulas presuntas supone querer ver fenómenos que pueden no corresponder a la realidad por tratarse, más bien, de ficciones. Es decir, cuando al concluir un negocio las partes no han previsto qué deba suceder con la relación establecida entre ellas en caso de sobrevenida de eventos que desequilibren, alterándolo gravemente, el arreglo de intereses alcanzado, esta falta de previsión puede explicarse, con el sentido común, por la concurrencia de alguna de estas causas:

En primer lugar, porque no repararon en la posibilidad de que sobreviniesen tales cambios, ya sea porque eran altamente improbables, ya porque la parte después perjudicada no actuó diligentemente.

En segundo lugar, otra posibilidad es que si bien las partes tuvieron presente la posible realización de eventos gravemente alteradores del arreglo de intereses alcanzado, no quisieron expresar o pactar una regla *ad hoc*, precisamente porque cada una confiaba en sus propias previsiones, según las cuales podría haber obtenido un cierto beneficio teniendo en cuenta los términos en los que el negocio había sido concluido, si las cosas hubiesen evolucionado en el sentido previsto.

En tercer lugar, podría haber ocurrido que la parte que podía resultar perjudicada a causa del evento sobrevenido no se hallase en condiciones de asegurarse de la otra el otorgamiento de una garantía frente a ese riesgo, el cual pudo no sólo ser contemplado para sí por ambos, sino, incluso, haber sido objeto de discusiones o de negociaciones infructuosas para la parte negativamente afectada por ese riesgo.

Por tanto, hablar de efectos queridos y conseguidos o no, es tanto como prescindir de una realidad en la que es posible que no haya existido previsión alguna o que, si bien existió tal previsión, no haya logrado una manifestación expresa por las razones más diversas: negligencia, confianza en las propias especulaciones, debilidad económica... Pensamos, por consiguiente, que referirse a la voluntad como instancia legitimadora del reconocimiento por el ordenamiento jurídico de ciertos efectos —los queridos— y de la cesación de otros —los no queridos— no es otra cosa que una ficción, pues se prescinde completamente de la realidad.

Además, estas ficciones son peligrosas, pues pueden conducir a resultados arbitrarios o injustos. Consideramos que son, fundamentalmente, dos los peligros que pueden desprenderse de tales argumentaciones: la inseguridad de tráfico y la irracionalidad más arbitraria en la distribución del riesgo contractual.

Inseguridad en los negocios porque la consolidación o no de sus efectos se hace depender de inciertas e inseguras indagaciones sobre expectativas ocultas. Este tipo de indagaciones tendría unos resultados prácticamente imprevisibles a causa de la inmaterialidad de su

(BESSONE, M., *La finzione delle presupposizioni comuni ad entrambi i contraenti e gli obiter dicta della giurisprudenza*, «Rivista di Diritto commerciale», 1979, I, p. 358; *idem*, *Adempimento...*, *cit.*, pp. 308 y ss.).

objeto. Además, mantener y afirmar el dogma de la irrelevancia de los motivos y, al mismo tiempo, reconocer relevancia a la presuposición o a cláusulas consideradas sobreentendidas o a representaciones mentales sería tanto como, por un lado, asumir los defectos de tal dogma —la estrechez en la selección de las circunstancias relevantes en la marcha de las relaciones económicas y, por otro, renunciar a sus posibles ventajas— la seguridad del comercio y la previsibilidad del resultado de las operaciones económicas. En línea de principio, basta conocer los términos en los que se va a concluir un negocio, así como la evolución posterior de las circunstancias que sobre él pueden incidir, para poder hacer los cálculos económicos en orden a decidir su carácter ventajoso o desventajoso. Si a esos dos elementos añadimos otro consistente en los cálculos, expectativas o intereses de la contraparte, aunque no hayan quedado garantizados expresamente, para poder prever si los efectos de la operación serán reconocidos o no por el ordenamiento jurídico, los contratos no serían sino meras declaraciones de intenciones, pues estarían condicionados en su eficacia a la realización de las expectativas y a la satisfacción de los propios intereses, aunque aquéllos o éstos no se desprendan de los términos expresos en que fue concluida la operación.

Y también arbitrariedad en la distribución del riesgo contractual, por cuanto la aceptación de los criterios voluntaristas llevaría siempre a hacer referencia a la voluntad de una de las partes y, por tanto, a sus propios intereses, olvidando así los de la otra. Camuflar la realidad económica con construcciones teóricas como la del negocio jurídico, afirmando que lo que hay son declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos puede hacer más creíble que exista una voluntad común y una comunidad de intereses. Por el contrario, el mundo de los negocios está regido e impulsado por la confrontación de intereses, como se ve en la más típica de las operaciones económicas: el cambio de cosa por dinero. En ella, quien da la cosa lo hace procurando obtener la mayor cantidad de dinero posible, para emplearlo de modo tal que pueda recabar una utilidad superior a la que habría obtenido de la detentación de la cosa en propiedad; y quien da el dinero procura desembolsar la menor cantidad posible y poder usar de la cosa o retransferirla en condiciones más ventajosas. Con esto queremos decir que las partes de un negocio actúan según criterios de realización de valores de cambio o de uso de los bienes de la manera más ventajosa posible para cada una de ellas. Es por esto por lo que cuando se atribuye relevancia a presuposiciones o representaciones mentales no se hace otra cosa sino establecer que el riesgo de no realización de circunstancias presupuestas o contempladas por una parte recaiga sobre la contraparte. Esta afirmación no resulta desmentida por el hecho de que las presuposiciones o representaciones mentales de una parte sean reconocibles, conocidas, comunicadas o, incluso, discutidas con la otra parte, pues de ello no se deriva que exista comunidad de intereses. Si no la hay estaremos ante una situación de distribución arbitraria del riesgo; y si, realmente, la hay

las partes no encontrarán dificultad alguna en ponerse de acuerdo para poner fin a la relación obligatoria (35).

Por consiguiente, en realidad, lo que sucede es que admitir la teoría de la presuposición comporta desmentir la fuerza obligatoria reconocida por el ordenamiento jurídico al contrato, como intentamos hacer ver en el capítulo III. Ahora basta, quizá, con decir que ese reconocimiento tiene dos sentidos. En sentido positivo significa que los contratantes se obligan a todo aquello que resulta del contenido del contrato, teniendo en cuenta las diversas fuentes de integración del reglamento contractual y de su interpretación. En sentido negativo permite considerar irrelevantes todas las circunstancias, intereses o expectativas no deducibles de su contenido mediante la interpretación (36). Pues bien, sería este segundo aspecto el que vendría a menos con la teoría de la presuposición, ya que comportaría atribuir relevancia a circunstancias, expectativas o intereses no reflejados en él, con la consiguiente inseguridad para el comercio jurídico (37).

En definitiva, como se desprende de la reconstrucción que hemos hecho de la teoría de la presuposición, la elaboración de una abstracción a partir, fundamentalmente, de la teoría del error, comporta una manipulación aparentemente lógica (38), que nos permite sospechar

(35) «... los obiter dicta de las sentencias que hablan de presuposiciones comunes son una ficción que disimula el objeto de las controversias: ante los casos de la práctica el Juez no puede, de hecho, hacer otra cosa que constatar que el pretendido fin sustancial del contrato, indicado como presuposiciones comunes a los contratantes, en realidad, corresponde a intereses de una de las partes y, eventualmente, a sus presuposiciones, merecedoras de tutela cuando la interpretación-calificación del contrato y la integración de su contenido según buena fe coinciden en demostrar que la otra parte había tácitamente asumido el riesgo de verificarse circunstancias adversas (o la obligación de determinar su diverso curso de los acontecimientos) ... Decir que el contrato documenta presuposiciones comunes a las partes constituye, sin embargo, una ficción, porque se termina por presentar el resultado de operaciones de selección de los intereses dignos de apreciación, consentidas por criterios de valoración rigurosamente objetivos, como si la "ratio decidendi" de las controversias fuese el resultado de una indagación sobre la psicología de los contratantes, como si la técnica de administración de la relación contractual efectivamente empleada tuviese pura y simplemente el significado de la búsqueda de una común intención, no obstante ello, no declarada en el contrato» (BESSONE, *La finzione...*, cit., pp. 358 y 359; *idem*, *Adempimento...*, cit., pp. 308 y ss.

(36) La idea subyacente es la de que el contrato cuyos efectos se prolongan en el tiempo opera como una suerte de seguro o de garantía para el futuro. Sobre este argumento vid. RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, p. 151.

(37) La teoría de la presuposición fue criticada por los autores alemanes de la época. Así, se decía que admitirla daría lugar al fin de la seguridad en el comercio jurídico, en el que sólo interesa lo que aquellos con los que se concluye el contrato declaran ser su voluntad, sin preocuparse de los motivos de esta voluntad. O bien se decía que un motivo no adquiría eficacia por el hecho de que la otra parte lo conozca, ni siquiera cuando ha sido comunicado expresamente, excepto en los casos en los que ha sido introducido como condición; de otro modo es irrelevante (LENEL, O., *La cláusula «rebus sic stantibus»*, traducción de W. Roces, «Revista de Derecho privado», 1923, pp. 198 y 199).

(38) Con la elaboración de esta teoría estaríamos ante uno de los caminos que, según De Castro, cuando critica los principios sistemáticos del positivismo jurídico,

la falta de neutralidad o de inocuidad de sus resultados (39), como creemos poner de manifiesto en el capítulo III.

Como también resulta de lo que exponíamos al final del epígrafe anterior, la crítica a la teoría de la presuposición es también, fundamentalmente, la crítica al modo de pensar dogmático basado en la elaboración de cadenas de conceptos relacionados por su mayor o menor abstracción. Cuando así se procede se llega a un momento en el que se ha perdido la conexión con el problema —en este caso, el riesgo contractual—, por lo que la solución finalmente propuesta no satisface las exigencias de protección de intereses merecedores de tutela, cuando se toman como puntos de vista valores diferentes al inicialmente tenido en cuenta y posteriormente desarrollado al elaborar tal teoría (la protección de la voluntad individual) (40).

permiten «obtener de unas disposiciones legales una disposición que en ellas no se encontraba, mediante manipulaciones lógicas...: el de ocultar bajo la apariencia de un procedimiento puramente científico el escamoteo de principios políticos o morales que se quieren substraer a toda crítica. Unas veces buscan los principios de ciertas disposiciones legales para extenderlos a nuevos casos; pero para ello han de apoyarse en su parte no formulada, en lo que no fue ley y continúa siendo, por tanto, Derecho no legal (Derecho natural o directivas políticas). En otras ocasiones se presupone como evidente un principio —como el de la primacía de la libertad individual—, y de él se sacan, sin mencionarlo, las consecuencias que se estiman pertinente» (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, I, pp. 413 y 414).

(39) «La misma neutralidad del positivismo jurídico encierra en sí un principio valorativo y, por tanto, una opción política y de ética social: una elección que se expresaba en el encuadramiento constitucional de la jurisprudencia dentro del marco del Estado de Derecho del siglo XIX ... La respuesta del Estado de Derecho burgués al problema de la relación entre el Estado y la sociedad se concreta en el vacío de poder tolerado en el ámbito del ordenamiento jurídico burgués. Este vacío significa para el Juez una necesaria pérdida de fuerza: «pouvoir neutre, pouvoir nulle». Naturalmente, vinculando al Juez a precisos principios científicos, verificables y aceptables por la opinión pública, el Estado de Derecho alcanza el resultado de desplazar del campo de la administración de justicia toda la cuestión de los intereses sociales y económicos en contraste dentro de aquella sociedad liberal» (WIEACKER, *op. cit.*, vol. II, pp. 135 y 136).

«Mediante la técnica conceptual y la abstracción, se elimina el viejo pathos político, se procura borrar toda huella del Derecho natural y se trata de convertir al Derecho civil en una fría organización técnica de los intereses del tráfico económico» (CASTRO Y BRAVO, *loc. cit.*, p. 113).

«El concepto mismo está precualificado a través de una serie de juicios de interés, de tal manera que la subsunción aparentemente lógica es una reintegración de un juicio de interés, que estaba encerrado in nuce en el concepto jurídico» (ESSER, J., *Elementi di Diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, «Nuova rivista di Diritto commerciale», V, p. 4).

(40) «La deducción que, como es natural, es imprescindible en todo pensamiento, aquí no juega, de ningún modo, un papel directo, ni puede jugar el que a veces se podría desear para ella y el que le correspondería si existiera un sistema perfecto ... Si se diera un sistema deductivo ..., supuesta su corrección, tendría que ofrecer ... un procedimiento que fuera progresivamente deductivo. Sin embargo, a la vista del problema, es menester introducir nuevos puntos de vista y la cadena de conclusiones que éstos abren rara vez es larga, puesto que se interrumpe continuamente por sucesivos puntos de vista, tan pronto como tal operación se hace necesaria a la vista del problema. Se produce así una trama que es lo menos parecido a la axiomática ... Si una deducción produce unos resultados que no son satisfactorios como respuesta

Aquí, el problema es el del riesgo contractual y la construcción de Windscheid tiene su punto de partida más probable en el error, desde el que llega a la presuposición a través de la llamada condición no expresada, tomando como único valor o punto de vista el de la protección de la voluntad individual del declarante, dejando aparte otros como, por ejemplo, el de la protección de la confianza en lo declarado y, en definitiva, la seguridad y rapidez del tráfico.

a la cuestión central, es preciso interrumpirla por medio de una invención...» (VIEWEG, T., *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de L. Díez-Picazo, Madrid, 1964, pp. 136 y 137).

CAPITULO II

MARGINACION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION Y RECIENTE REVALORIZACION DE LA PRESUPOSICION

1. NO POSITIVACION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

1.1. *Código civil español de 1888-89*

Entendemos que nuestro Código civil no sólo no ha recogido en un precepto ad hoc la teoría de la presuposición (1), sino que tampoco esa teoría ha inspirado, como tal, preceptos específicos.

Es más, creemos que en línea de principio habría que considerar como hipótesis más factible su rechazo, derivado de la no recepción de la figura del negocio jurídico, aunque sí reconoce la autonomía de la voluntad en su vertiente —ciertamente, la principal— de libertad contractual (art. 1.255), así como por el escaso apego que, en general, demostraron hacia las abstracciones y hacia las doctrinas extrañas a nuestra tradición jurídica o al modelo francés (2).

Así, los preceptos que con carácter general se refieren a la causa del contrato dejan traslucir una concepción objetivista que niega relevancia a los motivos, móviles o condiciones no expresadas (3).

(1) No hay que excluir la posibilidad de que los que intervinieron o influyeron en la redacción del Código civil no tuviesen noticia de esta teoría, pues fue formulada casi 40 años antes de que viera la luz la redacción definitiva del Código.

(2) *Vid.* CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1.^a parte, pp. 206 y ss.

(3) «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor» (art. 1.274 C.c.).

A pesar de la confusión terminológica existente en tema de causa en el Código civil —causa del contrato (arts. 1.274-1.277), causa de la obligación (art. 1.263-3) y causa de la atribución patrimonial (art. 1.900)—, la orientación objetivista parece bastante clara (*vid.* Díez PICAZO, L., *El concepto de causa en el negocio jurídico*, «ADC», tomo XVI, enero-marzo, 1963, pp. 3 y ss.), al menos, en el tráfico oneroso inter vivos.

Esta concepción objetiva de la causa del contrato es la que aparece reflejada en los artículos 1.818 y 1.819. Siendo, diríamos hoy, la función económico-social de la

Este rechazo, consciente o inconsciente, queda puesto de manifiesto también en la regulación del error como vicio de la voluntad contractual. Nuestro Código (art. 1.266) sólo se refiere al error en la formación de la voluntad y circunscribe notablemente el ámbito de su posible relevancia: sólo considera error esencial (invalidante) el que recae «sobre la sustancia de la cosa ... o sobre las condiciones de la misma» y el error «sobre la persona», exigiendo, además, que tal error haya sido determinante de la declaración de voluntad. Esto significa que el legislador de 1888-89 admitió la posibilidad de que uno de los contratantes —el que sufrió el error— quedase vinculado por el contrato, esto es, por un acuerdo de voluntades formado a partir de declaraciones de voluntad que podían no coincidir con los intereses reales de las partes. Esto es así porque no es la voluntad el único elemento a tener en cuenta, ni el respeto a ella fue llevado al extremo de desatender otros criterios, otros intereses: la autorresponsabilidad, por una parte, y la confianza del destinatario de la declaración de voluntad, por otra (4), a pesar de la dosis no escasa de subjetivismo que subyace en el Código civil.

Lo anterior iba referido al error que recae sobre circunstancias pasadas o coetáneas a la declaración de voluntad. En cuanto al que pudiera recaer sobre circunstancias futuras (el llamado error de previsión), no parece que deba ser relevante según el Código. En buena técnica, cuando una de las partes no vea realizadas sus expectativas, podrá intentar la resolución o modificación de la relación obligatoria, pero, en ningún caso, pretender la invalidación del contrato, alegando error de previsión al emitir su declaración de oferta o de aceptación. Y es que el llamado error de previsión (5), en caso de reconocérsele relevancia, no sería un defecto genético del contrato, sino un defecto funcional que no afecta al contrato como acto, sino, en realidad, a la relación obligatoria que surge de aquél, a su desenvolvimiento posterior.

Pero si, como regla general, no ha sido recogida la teoría de la presuposición, cabe plantearse si ello, no obstante, ha podido inspirar

transacción evitar «la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado» mediante concesiones recíprocas (art. 1.809), resulta lógico que «el descubrimiento de nuevos documentos no sea causa para anular o rescindir la transacción, si no hubo mala fe» (art. 1.818), y que «la ignorancia de una sentencia que pueda revocarse no es causa para atacar la transacción» (art. 1.819-2), mientras que, por la misma razón, es coherente con ello que «si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebra transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción» (art. 1.819-1).

(4) Hoy en día este tipo de consideraciones lleva a entender que tampoco será relevante el error que, aun siendo esencial en la formación de la voluntad, sea inexcusable (principio de autorresponsabilidad) o irreconocible por la contraparte que, de buena fe, actuó diligentemente, confiando en la declaración de voluntad emitida por el que había sufrido el error (principio de seguridad del tráfico y de la protección del comportamiento diligente) (*vid.* Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 132 y 133).

(5) *Vid.* MARTORANO, F.: *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, «Rivista di Diritto civile», 1958, I, pp. 95 y ss.; PIETROBÓN, J.: *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1968.

de cerca ciertos preceptos del Código que, al menos, aparentemente, pudieran contener excepciones a la regla general de la irrelevancia de los motivos. Y es que en nuestro Código hay una serie de preceptos de cuyo tenor podría desprenderse que contemplan supuestos en los que se da relevancia a ciertas condiciones presupuestas. Sin embargo, entendemos que a tales preceptos, como veremos a continuación, pueden ser explicados sin tener que recurrir a la teoría de la presuposición.

El artículo 644, que consiente la revocación de donaciones por supervivencia o sobreveniencia de hijos del donante (6), sería uno de esos casos. Para explicar este precepto no es necesario decir que existió una presuposición al realizar la donación. En primer lugar, porque no se exige que el donante haya realizado la donación, precisamente, porque no tenía hijos o porque reputaba fallecido al que no lo estaba realmente; se prescinde, creemos, de cuáles fuesen los móviles del donante al hacer la donación. En segundo lugar, porque la explicación es, esencialmente, objetiva: se trata de consentir la revocación de una atribución patrimonial gratuita para que, así, el donante que había actuado con ánimo liberal pueda, si así lo prefiere o lo juzga conveniente, recuperar los bienes donados y destinarlos a atenciones dirigidas a los hijos que sobreviven o que sobrevienen, o disponer de ellos en favor de cualquier otro. En definitiva, entendemos que la ratio última del precepto contenido en el artículo 644 no está en la relevancia de una presuposición o de una condición tácita, sino en el tratamiento restrictivo y desfavorable hacia las transmisiones realizadas a título gratuito y, en general, en el favor iuris hacia la onerosidad del tráfico, y no tanto en proteger la familia del donante, pues la revocación no se entiende automática y, aunque lo fuere, el donante podría disponer libremente de los bienes recuperados en favor de cualquiera, ni tampoco la protección de la voluntad presunta del donante, ya que se entiende que la acción de revocación es irrenunciable, al menos anticipadamente (7). Es, quizá, la consideración de acto a título gratuito lo que más luz arroja sobre la revocación de donaciones, en general, y, en particular, sobre la revocación por supervivencia o sobreveniencia de hijos que, a nuestro modo de ver, no está muy lejos, a pesar de la distancia existente entre ambas,

(6) «Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos, y
2.º Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación» (art. 644).

(7) De alguna manera todas estas explicaciones pueden ayudar a entender el fenómeno, pero consideramos que es el desfavor hacia las atribuciones patrimoniales gratuitas lo que, en último término, proporciona una explicación más satisfactoria.

No lo es así la protección de la familia del donante, pues la revocación no es automática, no opera ipso iure. Tampoco lo es la voluntad presunta del donante, ya que la acción de revocación es irrenunciable (art. 646-2), al menos anticipadamente [vid. DÍAZ-ALABART, S., *Comentario a los artículos 644 y ss. del Código civil*, en «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo, tomo VIII, vol. 2.º, pp. 350 y ss. (no automaticidad de la revocación) y 367 y ss. (renunciabilidad o irrenunciabilidad de la acción), Madrid, 1986].

de la ineficacia o irregularidad del testamento en caso de preterición de legitimarios del testador (8).

Creemos que tampoco el precepto contenido en el artículo 1.281-2 ha de ser considerado como una manifestación de la recepción de la teoría de la presuposición. Que deba prevalecer la intención de los contratantes sobre las palabras es, ciertamente, una importante concesión al subjetivismo en la interpretación de los contratos, pero no supone consagrar tal teoría. En primer lugar, porque del mismo tenor literal del precepto resulta que la intención que se busca es la de ambos contratantes, y no la de uno de ellos (9). En segundo lugar, porque se trata de determinar «la intención evidente», por lo que si es evidente ya no estamos, por definición, ante una presuposición. En tercer lugar, porque para hallar esa intención común y evidente no se acude a indagaciones psicológicas, sino que se acude al comportamiento de los contratantes (art. 1.282) y a lo que resulta de la totalidad de las cláusulas del contrato (art. 1.285), elementos todos ellos lejanos a la presuposición, al menos, tal y como fue considerada originariamente (10).

Tampoco los preceptos relativos a la responsabilidad del vendedor por evicción (art. 1.475 y ss.) están necesitados de una explicación en clave psicológica, sino que estamos, simplemente, ante una sanción por el incumplimiento de un deber de garantía, como consecuencia de la obligación asumida por el vendedor de poner al comprador en la pacífica posesión de la cosa vendida. Es más, se parte de que la venta de una cosa que realmente es ajena es algo posible, por lo que la contrapartida es la responsabilidad del vendedor que no hace al comprador propietario de la cosa comprada cuando a la perfección del título adquisitivo se suma el traspaso posesorio (11). En definiti-

(8) Así, con arreglo al artículo 814 actual, «la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial».

Aunque excede de los fines de este estudio introductorio el análisis pormenorizado de la revocación de donaciones por supervivencia o sobreveniencia de hijos, no queremos dejar de señalar el paralelismo existente entre el precepto contenido en el artículo 644 y el que acabamos de transcribir.

(9) «Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas» (art. 1.281-2).

(10) Si la existencia de una condición puede ser puesta de relieve mediante la interpretación no estamos, por definición, ante una presuposición, sino ante una condición tácita o implícita, aceptada por ambas partes.

(11) Así pues, cuando en los artículos 1.479 y 1.483 no establece que existe responsabilidad cuando el comprador no habría adquirido la cosa sin la parte afecta a la evicción o si hubiese conocido que estaba gravada, no está reconociendo relevancia a presuposiciones.

En el primer caso, porque el conocimiento por parte del comprador de que la cosa que compra no pertenece al vendedor no excluye la responsabilidad por evicción de éste, mientras no se pacte ello expresamente (art. 1.475-3).

En el segundo, el vendedor es responsable porque la buena fe exige que el vendedor comunique al comprador las cargas que gravan la cosa. O, en todo caso, si el vendedor no lo manifiesta asume la obligación, si vende la cosa como libre de gravámenes, de proceder a extinguir o levantar tales cargas, de forma que el comprador pueda adquirir la propiedad plena y libre.

va, estamos ante una exigencia impuesta por el carácter oneroso o, mejor, sinalagmático del contrato de compraventa, como lo pone de relieve el diferente tratamiento de la cuestión en las atribuciones patrimoniales realizadas a título gratuito (art. 638) (12).

Por razones similares, tampoco es necesario acudir a la presuposición para explicar la responsabilidad del vendedor por vicios o defectos ocultos (arts. 1.484 y ss.). Son, fundamentalmente, dos los supuestos de responsabilidad: que los vicios o defectos hagan impropia la cosa para el uso al que se destina o que disminuyan de tal modo su valor —«este uso», dice el artículo 1.484—, que el comprador, de haberlos conocido, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. Creemos que no se trata de presuposiciones, sino, en realidad, de una responsabilidad del vendedor por incumplimiento, si prometió una cierta calidad o si garantizó la aptitud de la cosa para destinarla a un determinado uso, o de un deber de garantía que tiene su fundamento en la conmutatividad de las prestaciones (13). La referencia que se hace al «uso al que se destina» la cosa comprada hay que entenderla en el sentido de que tal uso es aquel al que normalmente está destinada, salvo que las partes hayan pactado otra cosa, concretamente, salvo que el comprador haya obtenido del vendedor una garantía de que la cosa será apta para un uso específico, aunque no sea el normal (14).

Nuestro Código civil, pues, a pesar de que, esencialmente, es un Código de propietarios y para propietarios, y de que carece de una visión dinámica o mercantil del tráfico económico, lo cual determina que la protección de la seguridad y la rapidez del intercambio no

(12) «El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen» (art. 638).

(13) Si el vicio o defecto es manifiesto o reconocible por el comprador opera el criterio general del equilibrio «subjetivo» de las prestaciones, pues, como consecuencia de la libertad contractual, se considera que las cosas valen lo que se haya pagado por ellas.

Si el vicio o defecto es oculto y es excusable su no percepción por el comprador, el criterio a aplicar es el del valor objetivo de mercado. Esto significa que si el precio pagado era el que corresponde al valor real de la cosa defectuosa, aunque los vicios o defectos sean ocultos, no incurrirá el vendedor en responsabilidad.

(14) A favor de esta lectura objetiva *vid* MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, tomo X, Madrid, 1905, pp. 209 y 210; MUCIUS SCAEVO LA: *Código civil*, tomo XXIII, Madrid, 1906, p. 608; GARCÍA CANTERO, G.: *Comentario a los artículos 1.484 y 1.490 C.c.*, en «Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales», dirigidos por M. Albadalejo, tomo VIII, Madrid, 1980, p. 345.

Sin embargo, también se ha hecho una lectura subjetivista del precepto al afirmar que «el defecto que permite el saneamiento es el que afecta al uso especial de la cosa a que el comprador la destina o se proponía destinarla; aunque ella fuese apta para usarla en otro modo distinto» (BORRELL Y SOLER, A. M., *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952, p. 146).

Por nuestra parte, entendemos que no sería suficiente que el uso específico o no normal al que pretende destinar la cosa el comprador fuese simplemente conocido por el vendedor ni, incluso, comunicado a éste por el comprador, si aquél no asumió la obligación de garantizarlo.

le preocupen especialmente (15), no llegó en su subjetivismo al extremo de incorporar la teoría de la presuposición, al menos, en los contratos, en el tráfico inter vivos (15 bis).

1.2. *El Código civil alemán de 1896-1900.*

El primer proyecto de Código civil, redactado por una comisión de la que en los primeros años formó parte Windscheid, acogió la teoría de la presuposición, pero no en todas sus formas, sino limitándose a la presuposición de eventos futuros (16), dejando aparte la presuposición de eventos pasados o presentes (17). Así, el párrafo

(15) A los codificadores pareció interesar la protección del transmitente, esto es, de la clase de propietarios —en medida de no escasa importancia, gracias al proceso desamortizador— de entonces, tal y como se desprende de la aceptación, aunque sólo fuese como regla general, del sistema del título y del modo para la transmisión de los derechos reales, como resulta de los artículos 609 y 1.095.

(15 bis) Excede de los objetivos de este estudio introductorio sobre el riesgo contractual analizar si la teoría de la presuposición informa algunos preceptos del Código relativos a la sucesión testamentaria: los artículos 861 y 862 (legado de cosa ajena) y, sobre todo, el 767.

Según este último precepto, «la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa».

Es decir, se trata de una disposición testamentaria en la que se expresa el motivo por el que se hace, pero sin llegar a tratarse de una institución de heredero o de un legado explícitamente condicionados. Cabe preguntarse si hay, en tales casos, una presuposición relevante o si no se tratará, mejor, de una condición tácita que se detecta con la interpretación del testamento. El precepto contenido en el artículo 767 merece, en todo caso, un estudio aparte.

Con todo, lo que sí podemos adelantar es que la sucesión testamentaria es terreno abonado para la relevancia de la presuposición, puesto que en ella la voluntad del testador es la instancia «soberana» en la ordenación del fenómeno sucesorio. Basta con leer el artículo 675-1 para darse cuenta de que lo que importa es la voluntad del causante-testador, sin atender a consideraciones tales como la protección de la confianza de la contraparte —no la hay— o de la seguridad y la rapidez de la circulación de la riqueza.

(16) «La teoría de la presuposición, como categoría general de las autolimitaciones en los efectos de los negocios jurídicos, no ha alcanzado todavía la elaboración y el reconocimiento que podrían hacer no difícil construir sobre ella disposiciones legislativas. La presuposición ha sido recogida en la medida en que era necesaria. Los principios sobre la repetición de una prestación por la no realización de un evento futuro presupuesto o de una consecuencia jurídica si se encuentran en el proyecto... Fuera de estos casos, la presuposición, en cuanto no puede ser considerada como una condición, tiene sólo la consideración de un móvil que no afecta a la eficacia del negocio jurídico» (Exposición de motivos del primer proyecto de Código civil alemán, tomada de las notas de C. Fadda y P. E. Bensa, continuadas por P. Bonfante, a la traducción italiana del tratado de Pandectas de Windscheid, vol. IV, Torino, 1926, p. 564).

(17) «De admitir esto un gran número de contratos sería impugnado y declarado ineficaz por simple error en los motivos y en base a la tácita cláusula "rebus sic stantibus". La experiencia enseña que iguales temores no están justificadas cuando la *condictio* queda limitada a los casos en que la circunstancia presupuesta pertenece al futuro y la prestación, según la declaración, se ha realizado para la consecución de ese fin...» (Exposición de motivos del primer proyecto de Código civil alemán, tomada de Fadda y Bensa, *loc. cit.*, pp. 564 y 565).

742 formulaba un precepto que venía a establecer que «quien ha realizado una prestación bajo la presuposición, expresa o tácitamente declarada, de un evento futuro o de un efecto jurídico puede, si la presuposición no se realiza, repetir del que la recibió cuanto aquél prestó». Además, en el párrafo 381-2, en relación a la responsabilidad por vicios redhibitorios en las enajenaciones a título oneroso, pues era extendida no sólo a aquellos vicios que disminuyen el valor de la cosa o su aptitud para el uso al que normalmente está destinada, sino también a aquellos que disminuyen su aptitud para el uso presupuesto en base al contrato (18).

La regulación proyectada fue objeto de fuertes críticas, destacando en esta posición contraria Lenel que, además de las críticas de fondo a la teoría de la presuposición, puso de manifiesto la inconsecuencia que suponía una admisión sólo parcial de la misma (19). Estas críticas fueron hechas propias por la segunda comisión que revisó el proyecto, eliminando el precepto contenido en el párrafo 742, con lo que tampoco fue finalmente recogida la presuposición de eventos futuros, por el riesgo que entrañaría para la seguridad del tráfico y por la no del todo clara diferenciación entre presuposición y motivos (20).

Así pues, en la redacción final del proyecto fue rechazada la teoría de la presuposición, al menos, como una causa general de ineficacia de la declaración de voluntad. Pero es que, además, tampoco parece que esa teoría haya informado la regulación concreta de ciertas instituciones como, por ejemplo, la del error por vicio de la declaración de voluntad.

Por lo que se refiere al error en la declaración —se declara algo distinto de lo que se quería o creía declarar—, se dispone que el declarante que padeció tal error puede impugnar su declaración si ha de admitirse que no la habría realizado en caso de conocer la situación de hecho y de apreciarla debida y razonablemente (21). Esta mo-

(18) FADDA Y BENSA: *loc. cit.*, pp. 564 y 565.

(19) *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. LXXIV, pp. 219 y 235; y *La cláusula «rebus sic stantibus»*, traducción de W. Roces, «RDP», 1923, p. 198.

(20) «El párrafo 742 se fundaría sobre la teoría de la presuposición de Windscheid, por cuyo mantenimiento nadie se había pronunciado en la comisión, habiendo llegado todos a la convicción de que una teoría tal comprometería la seguridad de los negocios ... En muchos casos, especialmente, cuando las partes han designado el presupuesto, éste constituiría un elemento de la voluntad contractual ... En tal caso, la presuposición atribuiría mucho más que la posibilidad de repetir cuanto había prestado; ésta o se presentaría como condición resolutoria o tendría la naturaleza de un derecho de denuncia ... Pero el proyecto daba relevancia a la presuposición de circunstancias futuras no expresadas en el contrato. En relación con ello, existiría el peligro de que al sentenciar desapareciese la diferencia entre presuposición y motivo, y que erróneamente la práctica terminase por otorgar influencia a un móvil no expresado en el contrato» (Exposición de motivos del segundo proyecto de Código civil alemán, tomado de Fadda y Bensa, *loc. cit.*, pp. 566 y 567).

(21) «Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie Kenntniss der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde» (§ 119-1 «BGB»).

alidad comprende tanto el error sobre el contenido, esto es, sobre el significado de la declaración emitida, como el mero extravío o error sobre las palabras o signos empleados como tales (22).

El error en la transmisión es equiparado al error en la declaración (23).

El error en los motivos, esto es, el que sobre cualesquiera circunstancias que son relevantes para la decisión de emitir una declaración con un contenido determinado, sólo es relevante cuando afecta a las cualidades de la persona o de la cosa, siempre que en el tráfico sean consideradas como esenciales. En estos casos el error es equiparado al error en la declaración (24).

Además, la impugnación ha de ser instada sin demora (25), desde que tuvo conocimiento del error, sin que pueda tener lugar una vez transcurridos 30 años desde la emisión de la declaración de voluntad (26).

La consecuencia de la impugnación es la nulidad de la declaración y el resarcimiento es del interés negativo y queda a cargo del impugnador (27).

Si algo resulta evidente en esta regulación es su carácter acusadamente restrictivo en el otorgamiento de relevancia al error: limitación de supuestos, limitación temporal de la impugnabilidad, deber de resarcimiento a cargo del impugnador..., todo lo cual parece mostrarnos cómo la teoría de la presuposición fue rechazada por el legislador alemán.

El interés protegido fue, en última instancia, el de la certeza y la seguridad del tráfico económico y no la voluntad individual. Por tanto, ya se estaba produciendo una cierta objetivación del intercam-

(22) *Vid.* LARENZ, K.: *Derecho civil*, parte general, traducción de M. Izquierdo, Madrid, 1978, p. 508.

(23) «Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie nach § 119 irrtümlich abgegebene Willenserklärung» (§ 120 «BGB»).

(24) «Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden» (§ 119-2 «BGB»).

(25) «Sin demora» puede significar sin retraso culpable (ENNECERUS, L., *Derecho civil*, parte general, 15.^a ed. revisada por Nipperdey, traducida por B. Pérez González y J. Alguer, vol. 2.º, 1.^a parte, 3.^a ed., Barcelona, 1981, p. 369).

(26) «Die Anfechtung muss in der Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgründe Kenntnis erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verstrichen sind» (§ 121 «BGB»).

(27) Esta obligación no se basa en la culpa del que impugna, sino en la responsabilidad del declarante por su declaración, por la apariencia en base a la cual confió y actuó la contraparte, por lo que el deber de resarcir surgirá cuando la otra parte no confió o no pudo confiar en la declaración, debido a que conoció o debió conocer el error (LARENZ, *últ. op. cit.*, pp. 529 y 530) (§ 122 «BGB»).

bio económico (28), a pesar de la impronta voluntarista del Código alemán, cuya manifestación más visible es la recepción de la teoría del negocio jurídico.

Sin embargo, el criterio inspirador de la regulación del error fue, sin duda, el de la autorresponsabilidad del autor de la declaración de voluntad por la propia representación de la realidad o por sus cálculos o especulaciones para el futuro, así como por los medios empleados para exteriorizar su voluntad (29). Esta sería la explicación del carácter restrictivo de la regulación del error y, concretamente, del carácter excepcional de la relevancia del error sobre las circunstancias de hecho exteriores a la declaración (error en los motivos), pues éste, en principio y como regla general, es irrelevante por muy influyentes que tales circunstancias hubiesen sido para el autor de la declaración (30).

Con todo, el párrafo 459-1 del Código civil alemán mantiene el precepto que formulaba el 381-2 del proyecto, según el cual el vendedor responde por vicios que anulen o disminuyan el valor de la cosa comprada o la utilidad de su uso ordinario o el presupuesto en el contrato (31). A pesar de la dicción literal del precepto, la doctrina interpreta la frase «varausgesetzten Gebrauch» como uso previsto en el contrato (32), de manera que el transmitente responderá por vicios de la cosa transmitida cuando ésta no reúna las cualidades normales de su género, sino también cuando no sea apta para el uso especial previsto en el contrato (33). Esta lectura objetivada determina la exclusión de responsabilidad del transmitente cuando la cosa, reuniendo las cualidades normales de las de su género, no sea adecuada para

(28) Vid. GALGANO, F.: *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, 2.^a ed. ampliada, Bologna, 1983, pp. 70-72.

(29) «Dado que en el ámbito de lo social no existen actos sin responsabilidad, quien hace una manifestación de validez frente a otro es responsable de los medios de expresión por él elegidos ... No todo error y, menos aún, las expectativas erróneas sobre el suceso futuro, pueden dar motivo para poner en cuestión la validez del negocio jurídico. Ello gravaría la mayoría de los negocios con un insoportable factor de inseguridad. Antes bien, cada cual ha de soportar por sí el riesgo de que sus expectativas no se cumplan, pero también el riesgo de que sus conceptos sobre las circunstancias relevantes para su decisión no concuerden con la realidad» (LARENZ, *últ., op. cit.*, pp. 452 y 506).

«El ordenamiento jurídico no puede tomar en consideración cualquier error en que incurra el declarante al emitir su declaración de voluntad: la declaración dirigida a obtener un resultado en la esfera del derecho privado debe, en principio, imputarse al que la hizo, a pesar de su error. Es ésta una exigencia de la seguridad del tráfico (ENNECERUS, *op. cit.*, p. 330).

(30) ENNECERUS, *op. cit.*, p. 331; LARENZ, *últ. op. cit.*, p. 506.

(31) «Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern...» (§ 459-1 «BGB»).

(32) ENNECERUS, L., y LEHMANN, H.: *Derecho de obligaciones*, en el «Tratado de Derecho civil» de L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolf, tomo II, vol. 1.º, traducción de la 35.ª ed. alemana por B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, 1933, pp. 50 y 51; LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, traducción de J. Santos Briz, tomo II, Madrid, 1959, pp. 58 y ss.

(33) LARENZ, *últ. loc. cit.*, p. 60.

el uso al que había previsto destinarla el adquirente, si sobre esa especial destinación no existió acuerdo entre las partes.

Así pues, el Código civil alemán, que sí acogió la teoría del negocio jurídico, no puede ser considerado, en modo alguno, como una manifestación de un subjetivismo voluntarista radical; por el contrario, su subjetivismo está bastante templado. La protección de la voluntad individual aparece claramente coordinada con la protección de la seguridad del tráfico, como consecuencia de la influencia de reglas y principios que nacieron como propios del tráfico mercantil (34).

1.3. *El Código civil italiano de 1942.*

Creemos que tampoco aquí ha sido acogida la teoría de la presuposición.

Aunque no han faltado quienes han sostenido lo contrario (35), entendemos que la regulación general de la excesiva onerosidad sobrevenida como causa de resolución o de modificación del contrato (36) no supone la recepción, directa ni indirecta, de la teoría de la presuposición ni la de la cláusula «rebus sic stantibus».

Como afirma Sacco (37), si no se quiere cambiar el significado de la palabra presuposición, tal y como fue definida por Windscheid, hay que decir que el artículo 1.467 no se refiere a la presuposición en sentido propio y, menos todavía, introduce el principio con carácter general (38). El artículo 1.467 contempla un supuesto de hecho objetivamente indentificado (la prestación que llega a hacerse excesivamente onerosa por verificarse eventos extraordinarios e imprevisi-

(34) La protección de la seguridad del tráfico es lo que resulta principalmente protegido, por ejemplo, también en el sistema de transmisión de los derechos reales. El sistema del llamado acuerdo abstracto traslativo (§§ 873 y 929), en definitiva, protege fundamentalmente al tercero que adquiere del adquirente.

(35) Nos remitimos al siguiente epígrafe.

(36) «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1.458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rienva nell'alea normale del contratto.

la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» (art. 1.467).

«Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità» (art. 1.468).

«Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti» (art. 1.469).

(37) «La presupposizione e l'art. 1.467 Codice civile», *Rivista di Diritto commerciale*, 1948, II, pp. 163 y ss.

(38) «El principio de la presuposición no tendría carácter general por los muchos requisitos a los que la ley subordina la aplicación del precepto» (SACCO, *op. cit.*, pp. 163 y 164).

bles) y no un hecho psicológico (39): no es necesario comprobar siquiera la intención de las partes. El hecho psicológico, la limitación de la voluntad, no es elemento suficiente ni necesario del supuesto de hecho del artículo 1.467 (40), de forma que la presuposición quedaría en el ámbito de los hechos psicológicos, mientras que el supuesto del artículo 1.467 se encuentra en el de los hechos objetivos (41).

Creemos que tampoco cabe entender admitida la cláusula «*rebus sic stantibus*», pues su admisión equivaldría a entender que en los contratos con prestaciones diferidas, periódicas o continuadas la ley la presume estipulada (42). Ante esta afirmación cabría responder diciendo que, de esta presunta inclusión sólo cabría derivar consecuencias sobre el desarrollo de la relación obligatoria cuando concurriesen los requisitos exigidos en los artículos 1.467 a 1.469 (43).

Podríamos, por tanto, preguntarnos a qué conduce afirmar que ciertos preceptos han recogido una institución si después hay que reconocer que esa recepción ha sido hecha sólo para los casos en que concurren los requisitos exigidos en los preceptos supuestamente introductorios de esa institución. Nos parece que con esa actitud lo que se pretende es identificar el fundamento último de la relevancia de la excesiva onerosidad sobrevenida en la falta de correspondencia entre efectos queridos y efectos producidos por el contrato; en definitiva, en el venir menos de la voluntad contractual, como si ésta hubiese de concurrir no sólo en el momento de la perfección del contrato, sino también durante la fase de ejecución de la relación obligatoria.

Por el contrario, como ya hemos dicho, en realidad los efectos finalmente producidos en función del cambio de circunstancias serán queridos por la parte que resulte favorecida y no lo serán por la que resulte perjudicada por la evolución de las circunstancias. Por tanto, situar el fundamento de la excesiva onerosidad sobrevenida en la voluntad de los contratantes supone presentar como real algo que no tiene por qué serlo, algo sobre lo cual nada nos indica que se

(39) SACCO, *loc. cit.*; también, MARTUSCELLI, V.: *La presupposizione nel Codice civile vigente*, Foro italiano, 1950, IV, pp. 167 y ss.

(40) «Se podría decir que el legislador no lo reclama en cuanto que normalmente la excesiva onerosidad sobrevenida comporta también la no realización de la primera intención de la parte. Pero sería fácil responder que en aquellos casos en los que la onerosidad sobrevenida no incide en la primera intención, aquélla (la excesiva onerosidad sobrevenida), siempre que concurren los demás requisitos legalmente exigidos, es igualmente relevante; en tales casos, en los que la onerosidad, a pesar de que afecta a la intención, no vaya acompañada de los demás requisitos legales, aquélla es irrelevante» (SACCO, *loc. cit.*).

(41) SACCO, *op. cit.*, p. 166; MARTUSCELLI, *op. cit.*, p. 172.

(42) *Vid. la relazione al Re del Ministro guardasigilli de 16 de marzo de 1942, 665: OSILIA, E.: Sul fondamento della risolvibilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, Rivista di diritto commerciale, 1949, I, pp. 15 y ss.

(43) «Se puede rechazar el parentesco entre la institución de la excesiva onerosidad y la cláusula “*rebus sic stantibus*”, por la evidente irreducibilidad de las hipótesis normativas formuladas por los artículos 1.467 y 1.468 al principio que constituye el sustento de la cláusula antedicha: el principio de la condicionalidad de los vínculos consensuales a la persistencia de una determinada situación de hecho» (BOSELLI, A., *Eccessiva onerosità*, «Il novissimo digesto italiano», vol. IV, Torino, 1960, p. 332).

corresponda con la realidad: la existencia de un acuerdo en dar por terminada la relación obligatoria.

Por otra parte, intentar ver en el contrato el dominio exclusivo de la voluntad de los individuos no es posible, aunque sólo sea porque detrás está siempre la ley que establece las condiciones o requisitos para que el negocio pueda obtener el reconocimiento del ordenamiento jurídico. Además, en el Código civil de 1942 también fueron contemplados y protegidos intereses y valores diferentes al de la voluntad individual, como es el de la seguridad del tráfico económico. Ello significa que en el sistema que resulta de sus normas, donde no aparece la categoría del negocio jurídico, el interés principalmente protegido no es tanto el poder soberano de la voluntad individual para conformar la realidad económica cuanto la seguridad, la rapidez y la amplitud de la circulación de la riqueza: la llamada «objetivación del intercambio económico» (44). Así, en este Código aparecen recogidos numerosos e importantes supuestos en los que el acto no se considera nulo, aunque falta la voluntad de realizarlo o la conformidad con su contenido (44 bis). Las manifestaciones de esa objetivación son muchas (45); nosotros nos limitaremos a hacer referencia a la materia que más directamente nos concierne: el error.

Exigir, como requisito de la relevancia invalidante del error (46) en la formación de la voluntad, no solamente que sea esencial (47),

(44) GALGANO: *Negozió giuridico...*, cit., p. 941.

(44 bis) LIPARI, N., y colaboradores: *Derecho privado (un ensayo para la enseñanza)*, traducción dirigida por E. Verdera, Bolonia, 1980, pp. 301 y 386.

(45) Manifestaciones de esta tendencia son los preceptos contenidos en los artículos 1.341, 1.431, 1433, 428-2, 1.415, 1.445, etc. (vid. GALGANO, *últ. op. cit.*, pp. 941-943).

La objetivación del intercambio económico subyace también en la concepción misma de la causa del contrato como función económico-social: «Contemporáneamente al proceso que ha ampliado el ámbito de la tutela del destinatario se ha desarrollado el proceso de objetivación del concepto de causa. La causa del negocio ha sido frecuentemente entendida sea el sentido subjetivo como fin, sea en sentido objetivo como función económico-social (del negocio). Está claro que entendiendo la causa en sentido subjetivo (como fin) y teniendo en cuenta que la falta de causa produce la nulidad, siempre que la finalidad del declarante resulte falsa o irrealizable, el negocio debe considerarse nulo. Puesto que la nulidad es oponible a los terceros subadquirentes, asumiendo el concepto subjetivo de causa se amplían también las hipótesis en las que el vendedor (en base al contrato privado de causa o con un fin irrealizable) puede actuar frente al tercero. Al contrario, reduciendo la causa a función económica del negocio mismo y, por tanto, negando que el fin subjetivo pueda influir de cualquier manera en la validez del acto, se reducen las hipótesis de inexistencia de la causa y, por consiguiente, aumentan las posibilidades de tutela del tercero. También el proceso de objetivación de la noción de causa se encuadra en el contexto de desarrollo de la "società dei traffici", de la sociedad mercantil» (BARCELLONA, P., *Diritto privato e processo economico*, 2.^a ed., Napoli, 1977, pp. 167 y 168).

(46) «L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente» (art. 1.428).

(47) «L'errore è essenziale:

1.º quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto;

2.º quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso;

sino también su reconocibilidad (48), significa que será irrelevante aquel que, siendo esencial, no sea reconocible por la otra parte. Es más, la objetivación y, en definitiva, la autorresponsabilidad han sido llevadas al extremo de exigir el requisito de la reconocibilidad en los casos de error obstativo, esto es, de error en la declaración e, incluso, en los de error en la transmisión de la declaración (49).

De esto se desprende que una de las partes contratantes puede quedar sujeta al cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato cuya validez es independiente de la defectuosa formación de la voluntad o de la emisión de una declaración que no refleja la voluntad previamente formada o, incluso, de la recepción por la otra parte de una declaración —la oferta o la aceptación, según los casos— diversa de la que fue emitida.

En todos esos casos, demostrado el error, los efectos realmente producidos no coincidirán con los efectos queridos y, no obstante ello, el contrato así concluido será válido y el negocio, la operación económica, deberá desarrollarse en los términos «acordados» y el ordenamiento jurídico reconocerá sus efectos (50). Si esto es así, nos parece lógico afirmar que la inadecuada representación de la realidad o la divergencia entre voluntad y declaración ya no constituyen el fundamento de la eficacia del error, sino, más bien, su presupuesto. Por el contrario, serán la seguridad del tráfico y la protección de la confianza de la contraparte los elementos decisivos para, una vez proporcionada la prueba del error, distinguir entre errores relevante e irrelevantes, aunque tanto unos como otros sean esenciales (51).

3.º quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso;

4.º quando trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto» (art. 1.429).

Resumidamente, podría decirse que «el error es esencial cuando incide sobre la identidad o sobre el tipo de interés que constituye objeto del negocio, de manera que la tutela acordada por la ley al interés regulado no consiente la realización del interés real» (BARCELONA, P., *Errore (Diritto privato)*, voz en «Enciclopedia del Diritto», vol. XV, 1966, p. 271).

(48) «L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto, ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo» (art. 1.431).

Se llega a considerar que «exigiendo el requisito de la reconocibilidad el legislador ha excluido implícitamente toda posible relevancia de la situación subjetiva de la contraparte» (BARCELONA, *últ. op. cit.*, pp. 276 y 277).

(49) «Le disposizione degli articoli precedenti si applicano anche al caso in cui l'errore cade sulla dichiarazione, o in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato» (art. 1.433).

(50) «Conforme a las exigencias del tráfico se hacen más apremiantes, resulta más evidente la exigencia de una tutela más amplia del destinatario: no basta fundamentar los efectos jurídicos sobre el consentimiento, no basta el principio según el cual el solo contrato obliga, es necesario también que el destinatario de la promesa pueda confiar en el significado que una persona de normal diligencia está en condiciones de atribuir a la promesa, a la declaración» (BARCELONA, *Diritto privato... cit.*, p. 268).

(51) «El interés dominante es —como repetidamente se expresa en la exposición de motivos del Código— “el interés superior de la producción”; el bien principalmente tutelado es el de hacer que la circulación sea lo más amplia, rápida y segura posible.

Quedarían, por tanto, fuera de lugar argumentaciones en términos de presuposición de circunstancias pasadas o presentes para explicar la disciplina del error. Como también, respecto a la excesiva onerosidad sobrevenida, cabe excluir la corrección de argumentaciones en términos de presuposición de circunstancias futuras o de mantenimiento de la situación existente al tiempo de concluir el contrato. Este tipo de argumentaciones responde a una consideración hoy superada por el Código italiano: la de reconducir a la voluntad todo aquello que pueda acaecer en la ejecución del contrato.

En relación a la responsabilidad del vendedor por la falta de cualidad en las cosas vendidas, aquél sólo responde cuando la cosa no reúne las cualidades prometidas o las esenciales para el uso al que está destinada (52).

Por lo que se refiere a la revocación de donaciones por supervivencia o sobreveniencia de hijos (art. 803), cabe decir que «se trata de la valoración legal de hechos apreciados en el ambiente social como razonablemente idóneos para excluir o modificar el espíritu individual de liberalidad. Puesto que la incidencia de tales hechos está prevista por la ley y no por la autonomía privada, es oportuno evitar el término «condición», estrechamente unido a la voluntad negocial y a los límites que ésta pone a la eficacia de los actos» (53). Además, en el Código italiano el paralelismo entre la revocación de donaciones por supervivencia o por sobreveniencia de hijos y lo que en el artículo 687 se califica como «revocación del testamento por supervivencia o sobrevivencia de hijos» (54), esto es, la ineficacia del testamento por preterición (no intencional) de hijos o descendientes. La primera es una revocación facultativa, mientras que la segunda opera automáticamente (55).

El Código civil italiano vigente se nos presenta, pues, con un grado bastante elevado de objetivación en la regulación del tráfico económico, donde queda fuertemente protegida la rapidez, seguridad y

El acto de intercambio es sólo un momento del fenómeno circulatorio: al interés de las partes se superpone otro interés, como es el de quien profesionalmente coloca bienes en el mercado y, por ello, tiene interés en que la circulación sea lo más amplia, lo más rápida y lo más segura posible» (GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 941).

(52) «Quando la cosa venduta non ha le qualità promesse ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti per gli usi» (art. 1.497-1).

«El uso al que está destinada la cosa» puede ser interpretado tanto como el uso normal u ordinario conforme a su naturaleza, como el uso al que el comprador tenía previsto destinarla. Pero este último sentido, entendemos que cuando se aparte del uso normal sólo será relevante a estos efectos cuando éste resulte del contrato, de forma que pueda considerarse garantizado por el vendedor.

(53) RESCINGNO, P.: *Manuale del Diritto privato italiano*, reimp. de la 6.^a ed., Napoli, 1985, p. 689.

(54) «Le disposizioni a titolo universale o particolare, fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di aver figli o discendenti, sono revocate di diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente (legittimo) del testatore...» (art. 687-1).

(55) *Vid.* GALGANO, F.: *Diritto Privato*, 2.^a ed., Padova, 1983, p. 814.

amplitud del intercambio. Ello es también resultado de la generalización de las soluciones y criterios mercantilistas, ahora, incorporados a un Código unitario de Derecho privado (56).

2. TENDENCIAS REVALORIZADORAS DE LA PRESUPOSICION

En Italia, la promulgación del Código civil de 1942 no supuso, a pesar de su acusada impronta objetivista, el abandono definitivo de la teoría de la presuposición, como tampoco cesó la polémica doctrinal en torno a esta teoría.

Es más, en la misma exposición de motivos del Código del 42 se venía a decir que los preceptos relativos a la excesiva onerosidad sobrevenida respondían al reconocimiento, siquiera fuese limitado, de la cláusula «rebus sic stantibus», lo cual no pasó inadvertido para los autores italianos (57).

Por otra parte, como se ha señalado (58), también la jurisprudencia se vino pronunciando en los años cuarenta en favor de una aplicación generosa de las normas relativas a la excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 1.467-1.469), considerando que tales preceptos eran manifestación de la admisión de la cláusula «rebus sic stantibus» (59) o de la presuposición (60), admitidos como principios generales del Derecho italiano.

Para comprender esta doctrina jurisprudencial habría que tener en cuenta que tiene lugar cuando, como consecuencia de la guerra, la economía italiana se hallaba profundamente desequilibrada. La si-

(56) Aquí, también el sistema consensualista en la transmisión de los derechos reales (art. 1.376) garantiza las exigencias de rapidez del tráfico y favorece, sobre todo, el adquirente que adquiere para revender.

(57) A favor de este planteamiento, por todos, *vid.* OSILIA, *op. cit.*, *loc. cit.*, y, en contra, BOSELLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(58) *Vid.* COMPORTI, M.: *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, «Studi senesi», vol. LXXII, 1960, pp. 455 y ss.; BESSONE, *últ. op. cit.*, pp. 72 y ss. y 82 y ss.; CASSOTTANA, M.: *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, «Rivista di diritto commerciale», 1977, II, pp. 341 y ss.; PELLICANO, A.: *La presupposizione*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1976, pp. 1636 y ss.

(59) «Mientras que el Código civil de 1865 no admitía el principio de la presuposición como cláusula implícita en todo contrato y la jurisprudencia se había pronunciado en el sentido de que la cláusula “rebus sic stantibus” debería resultar de un pacto expreso o, de modo inequívoco, de elementos extrínsecos al contrato, el nuevo Código, innovando al precedente, ha introducido en el artículo 1.467, de manera expresa y con carácter general, el principio de la implícita sujeción de los contratos con prestaciones recíprocas a la citada cláusula» (Sentencias de la casación de 13 de mayo de 1943 y de 1 de julio de 1947).

(60) «El vigente Código, introduciendo en el artículo 1.467, como regla general en materia contractual el principio de la presuposición, innova el Código civil derogado: siempre que, faltando en un contrato una referencia expresa a una determinada situación de hecho o de derecho, debería ser tenida en cuenta cuando, mediante la interpretación de la convención, se pudiera inferir que fue tenida presente por los contratantes...» (Sentencia de la casación de 15 de enero de 1947).

tuación, pues, no parecía la más propicia para el mantenimiento estricto del principio «pacta sunt servanda», rector de la economía clásica (61).

Sin embargo, desde los años cincuenta se produjo un cambio en la orientación de la jurisprudencia, en el sentido de proceder a una aplicación más estricta de las normas sobre la excesiva onerosidad sobrevenida, dejando ya de considerarlas como expresión de la relevancia de la presuposición (62).

Este cambio de orientación respondía al intento de afianzar los primeros signos de recuperación económica, para permitir su consolidación sobre bases más estables, por lo que la actitud de la jurisprudencia se hizo más cauta. Así, la presuposición fue, una vez más, marginada y relegada al ámbito de la irrelevancia de los motivos, haciendo nuevamente hincapié en la seguridad del tráfico y en la protección de la confianza (63).

Desde entonces se ha producido un cierto consenso en la doctrina italiana en el sentido de relegar la presuposición como instrumento del riesgo contractual, lo cual no impide que sea más o menos frecuente hallar fallos jurisprudenciales en los que se hace referencia a la presuposición, ligada a cuestiones de riesgo contractual (64).

(61) «Es necesario tener en cuenta que éstos eran los años de la postguerra, la economía estaba desestabilizada, las convenciones entre particulares sufrían fuertes desequilibrios o, incluso, quedaron paralizadas como consecuencia del estallido de la segunda guerra mundial. Todo ello consentía, una vez concluida la guerra, un uso equitativo de la idea de presuposición, un uso que, en definitiva, permitiese hacer resurgir en el “pueblo” una confianza renovada en la utilización del instrumento contractual» (PELLICANO, *op. cit.*, p. 1649).

(62) «En el artículo 1.467 la cláusula “rebus sic stantibus” es reconocida en ciertos supuestos y dentro de límites rigurosos: contratos de ejecución continuada o periódica o diferida, incidencia de una nueva situación de hecho sobre la entidad económica de la relación, sobrevenida de eventos extraordinarios e imprevisibles, excesiva onerosidad de la prestación como consecuencia de la nueva situación» (Sentencia de 6 de marzo de 1949).

«Es de excluir la idea de que pueda acogerse en nuestro ordenamiento la figura de la presuposición, que representa una modalidad, a pesar de haber determinado la voluntad del contratante, no ha encontrado expresión en el negocio, no resulta del tenor de la declaración y por ello es irrelevante como simple motivo individual. Si, por consiguiente, las partes acuerdan una reglamentación incondicionada, cada contratante no está obligado a tener en cuenta los motivos que hayan constituido la base de la valoración de los propios intereses por parte del otro contratante, ni la influencia que tal valoración haya ejercido en la formación de su voluntad negocial» (Sentencia de la casación de 19 de julio de 1958).

(63) PELLICANÒ, *op. cit.*, p. 1650.

Como el mismo autor afirma, «recuperada la confianza en el instrumento contractual, se produce, casi por reacción, la desconfianza hacia la presuposición» (*op. cit.*, p. 1649).

(64) Aunque hay interesantes aportaciones al respecto (por todos, *vid.* BESSONE, *La finzione delle presupposizioni...*, *cit.*, pp. 354 y ss.), está todavía por hacerse un estudio que analice, caso por caso, sentencia por sentencia, cuándo los pronunciamientos favorables o contrarios a la presuposición constituyen la ratio decidendi del fallo y cuándo son meramente obiter dicta de las resoluciones, así como precisar si el recurso a la presuposición por parte de los tribunales esconde o no la utilización de técnicas más objetivas de distribución del riesgo contractual, que prescindan de indagaciones en la psicología de los contratantes para atender, en cambio, al arreglo de intereses

Desde finales de los sesenta la cuestión aparece planteada en términos diferentes, al menos en principio. Se parte de la insuficiencia de las normas contenidas en los artículos 1.467 y 1.469 del Código y se buscan otros instrumentos que complementen esas normas. Y es aquí donde surgen diversos planteamientos.

Para algunos esa insuficiencia ha de ser suplida acudiendo a las cláusulas generales, principalmente, a la de la buena fe (65), y rechazando a la vez las argumentaciones en términos de presuposición por considerarlas más bien propias de un peligroso subjetivismo basado en meras ficciones (66).

Para otros la norma contenida en el artículo 1.467 podría ser vista, no como una norma excepcional sino, mejor, como expresión de un principio más general. Es decir, las reglas sobre la excesiva onerosidad sobrevenida permitirían considerar acogido, más allá de los casos a los que aparecen circunscritas, un principio general que permitiría la resolución de los contratos con prestaciones recíprocas por la destrucción del sinalagma funcional, aun cuando ello se deba a causas diversas de las expresamente contempladas por la ley, entre ellas la presuposición (67).

Entendida ésta como «un presupuesto objetivo del contrato que las partes han tenido presente en el momento de su conclusión, pero que no mencionaron en el contrato» (68), cuando ésta viene a menos, «su acogimiento como causa de resolución tiende a basarse en la relevancia que se da al venir menos de la función del contrato, al hecho de que el evento sobrevenido ha producido, como en el caso de la excesiva onerosidad sobrevenida (textualmente previsto en el artículo 1.467) una alteración funcional de la causa, determinando que ya no esté justificado el intercambio de prestaciones» (69).

que resulta de la economía del negocio considerado como una operación económica compleja.

(65) Arts. 1.175, 1.337, 1.366, 1.374 y 1.375.

(66) Esta es la postura mantenida, fundamentalmente, por BESSONE, M. (*Adempimento e rischio contrattuale*, cit., caps. IV y V; *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, Foro padano, 1971, I, pp. 804 y ss.; «Essenzialità» dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto, «Rivista trimestrale di Diritto o procedura civile», 1972, pp. 872 y ss.; *Principio della presupposizione e «interpretazione» del contratto*, Foro padano, 1972, I, pp. 265 y ss.; *Ratio legis dell'articolo 1.467 Codice civile, risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, «Rivista di Diritto commerciale», 1979, pp. 354 y ss.; *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, en «Rischio contrattuale e autonomia privata», de G. Alpa, M. Bessone y E. Roppo, Napoli, 1982, pp. 351 y ss.), y, también, CASSOTANA, M. (*Presupposizione e rischio contrattuale...*, cit., pp. 356 y ss.); MEARELLI, M. (*Presupposizione, rischio contrattuale e regime pubblico dei suoli*, Temi, 1978, pp. 114 y ss.); ROPPO, E. (*Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema de «presupposizione»*, *Giurisprudenza italiana*, 1972, I I, c. 211 y ss.; *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, «Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile», 1973, pp. 1239 y ss.), etc.

(67) Esta es la postura que parece mantener una serie de estudiosos agrupados en torno a F. Galgano.

(68) GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 331.

(69) GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 332.

Por consiguiente, la presuposición ya no sería relevante por afectar a la voluntad, esto es, por hacer que desaparezca la voluntad contractual originaria existente al tiempo de concluir el contrato, sino por afectar a la causa del contrato. Concretamente, el venir menos de la presuposición sería un defecto funcional de la causa, pues no afecta a la génesis del contrato, sino que la anomalía tiene lugar en su fase de ejecución. Ya no estaríamos ante una limitación de la voluntad, sino ante un presupuesto objetivo de la función económico-social, no del contrato en general o de un tipo contractual, sino de un concreto y preciso contrato singular (70).

La relevancia de la presuposición se presenta, pues, como un medio de contrarrestar o de evitar una mayor objetivación del tráfico económico, más allá de la que por sí ya expresa el Código italiano del 42. Lógicamente, de admitir la relevancia, con los requisitos y cautelas que fuere, de motivos no expresados en el contrato, supone imprimir una cierta subjetivación al intercambio económico. Y es que, naturalmente, la causalización de ciertos motivos o presupuestos no expresados determina que no sea suficiente mantenerse en el plano abstracto del contrato en general o del tipo contractual, como resulta de la causa como función económico-social del acto de voluntad, sino que hace necesario atender al contrato singular que se trate.

Para lograr esa relativa subjetivación, consecuencia de llevar la presuposición a la causa del contrato, sería necesario, «de un lado, la emancipación de la presuposición del error sobre los motivos individuales y, de otro, templar la rígida objetividad de la causa que, abandonando los hábitos de función-límite o de concepto negativo con el que valorar el desarrollo de la autonomía privada, podrá adquirir, precisamente, por la presuposición, el papel positivo de requisito de valoración de la autonomía contractual, no sólo en términos de intercambio» —cuantitativo, añadimos nosotros—, «sino también de destinación del mismo» (71), haciendo, además, de la causa y de la presuposición elementos de integración del contenido del contrato (72).

Con esta nueva impostación se trata de lograr o legitimar la existencia de un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, que atiende no sólo al momento de la conclusión del contrato sino también a la utilidad social e individual que se deriva del acto de intercambio (73).

(70) «La figura de la presuposición, aunque nacida con el florecimiento de los estudios sobre la voluntad como elemento caracterizador del negocio jurídico, debe ser, por el contrario, considerada desde la perspectiva de la causa del contrato, representando aquélla un presupuesto objetivo de la función económico-social del acto de autonomía privada, cuyo venir menos determina que ya no esté justificado el intercambio de prestaciones» (FERRIGNO, L., *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, en «Contratto e impresa», núm. 1, 1985, p. 148).

(71) PELLICANÒ, A.: *La causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, p. 151.

(72) PELLICANÒ, A.: *Destinazione dello scambio e presupposizione*, Giurisprudenza italiana, 1977, I 2, c. 366.

(73) «Al genérico interés en producir será contrapuesta la exigencia de proporcionar

Otorgando relevancia a la presuposición se pretende, pues, garantizar no tanto la seguridad, la rapidez y la amplitud del tráfico económico —esto ya lo garantiza el Código de 1942— cuanto su utilidad, así como una mayor equidad en la distribución del riesgo contractual (74).

En definitiva, con esta doctrina revitalizadora de la presuposición lo que resulta reforzado no es, como en su formulación originaria, la voluntad individual, sino la causa, lo cual lleva a una extensión del ámbito dentro del que puede operar un control judicial del tráfico económico. Y es que, si algo parece estar hoy claro en relación a la causa como elemento del contrato es que se trata de un expediente que consiente unas mayores posibilidades de control heterónomo del acto de autonomía privada (75). Sobre la relación entre presuposición y causa del contrato volveremos al final del capítulo siguiente.

Lo que podríamos plantearnos es si esta doctrina tiene algún apoyo en el Derecho positivo italiano.

Por lo que se refiere al Código civil, al menos en las normas relativas al contrato, no es precisamente la presuposición del criterio que lo inspira, sino, más bien, el opuesto, el de la objetivación del tráfico económico (76), de forma que «la seguridad del tráfico está (conforme a los propósitos de las fuerzas económicas inspiradoras de la codificación) en función del interés de aquel que coloca bienes en el mercado, es decir, del productor y del comerciante» (77).

Dicho esto hay que advertir que las cosas podrían no haber permanecido igual después de la promulgación de la Constitución de 1947. En efecto, de los preceptos contenidos en los artículos 42-2 y 3-2 (78) parece desprenderse que la circulación de la riqueza no es, en sí y por sí, el interés preferentemente tutelado, sino que tiene carácter instrumental respecto de otros: el acceso de todos a la propiedad, la igualdad sustancial, la utilizabilidad por todos de los bienes necesarios para satisfacer necesidades fundamentales (79). Con esto no queremos decir que la presuposición tenga, en sí misma, relevancia en base a la Constitución, sino que a partir de ésta han quedado expeditas las vías no sólo legislativas, sino también judiciales (los artículos 3

una colocación útil» —socialmente, añadimos nosotros— «de los bienes en el mercado» (PELLICANÒ, *últ. op. cit.*, *loc. cit.*).

(74) Entendemos que tampoco falta el propósito de suministrar un instrumento más en orden a una mayor protección del contratante más débil, que no llega a conseguir que en los términos del contrato queden reflejados y garantizados sus intereses.

(75) *Vid. GALGANO, últ. op. cit.*, pp. 226 y ss.

(76) *Vid. epígrafe 1.3. de este mismo capítulo.*

(77) LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 389.

(78) «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti» (art. 42-2).

«E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese» (art. 3-2).

(79) LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, pp. 251, 252, 389 y 390.

y 42 no sólo van dirigidos al legislador, sino a todos los poderes públicos, incluida la magistratura), para poder reconocer relevancia a la presuposición, pero no por sí misma, sino como un instrumento más para posibilitar la realización efectiva de la igualdad real, la difusión de la propiedad y la satisfacción de las necesidades fundamentales.

CAPITULO III

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO, IRRELEVANCIA DE LOS MOTIVOS Y PRESUPOSICION

El fracaso de la teoría de la presuposición, esto es, su no recepción en materia de contratos por los textos legales, puede explicarse, no tanto por incoherencias o defectos en su elaboración, sino, más bien, por no parecer adecuada en orden a conseguir garantizar intereses cuya protección fue considerada prioritaria en la redacción de los cuerpos legales a los que nos hemos referido.

Como a continuación explicamos, la teoría de la presuposición no encajaba bien en el esquema de composición de intereses que subyacía en la afirmación o positivación de ciertos dogmas: la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la irrelevancia de los motivos de los contratantes. Con ellos se pretendía proporcionar un marco jurídico favorable al desarrollo del capitalismo, más favorable, desde luego, que el que proporcionaba el Derecho común. En un principio, no se trataba tanto de imponer algo, sino de dejar hacer y de garantizar jurídicamente (1). Así, el sistema económico, con la consagración legal de esos dogmas, lograba crear un Derecho a su medida (2).

Por así decir, si el Estado burgués sólo iba a regular imperativamente la organización política y las garantías de los sujetos de Derecho frente a los poderes públicos, el Derecho privado —el que regula

(1) «La propiedad individual, libre y sagrada, junto al contrato libremente formado y con valor de ley, son las dos bases que harán posible la creación de un orden nuevo. En adelante, el hombre dispone de los capitales que ha acumulado o recibido a préstamo; ejerce el comercio o la industria que le place; vende libremente los productos y se auxilia con el trabajo ajeno gracias al contrato» (RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, traducción de J. Quero Morales, Buenos Aires, 1950, p. 10).

(2) RIPERT, *últ. op. cit.*, p. 15.

Parece, pues, que si el Estado burgués sólo se ocuparía de regular imperativamente la organización política y las garantías de los derechos de los particulares frente a los poderes públicos, el Derecho privado, la regulación de las relaciones entre los particulares, quedaría en manos privadas.

las relaciones entre los privados—, quedaba en manos privadas (3). Así, el Derecho privado (la sociedad), contemplado como el reino de la libertad y de la igualdad, quedaba contrapuesto al Derecho público (el Estado) que era considerado como el reino de la autoridad y de la subordinación: en definitiva, uno debía ser el ámbito de la economía y otro distinto el de la política (4).

La autonomía de la voluntad ha sido definida por De Castro como «poder reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás...» (5).

Pero la significación reconocida a la autonomía de la voluntad ha ido variando desde su formulación inicial (6). Para el racionalismo ilustrado «el Derecho estatal debía limitarse a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que pueda presumirse querido: “voluntas facit legem”. Esta sería la concepción recogida por las declaraciones de derechos y por los Códigos (7). Y será esta concepción la que, finalmente, será confirmada científicamente, en el sistema grandioso del pandectismo (primera generación), que se construye en torno a los conceptos de derecho subjetivo y de negocio jurídico» (8).

(3) En definitiva, detrás de esta forma de ver las cosas estaba la idea, ya expresada por Domat (*op. cit.*, p. 33), de separar la sociedad natural (comunidad de hombres libres e iguales) y el Estado (organización política integrada por ciudadanos sometidos a la autoridad).

(4) *Vid.* GALGANO: *Il Diritto privato...*, *cit.*, pp. 3 y ss. y 35 y ss.

(5) CASTRO Y BRAVO, F.: *Negocio jurídico*, en «Tratado teórico-práctico de Derecho civil», tomo X, Madrid, 1967, p. 12. En términos más breves, pero similares, FERRI, L.: *L'Autonomia privata*, Milano, 1959, pp. 66 y 67.

(6) Probablemente sea esa evolución lo que explica la diversa forma de entender la autonomía privada por parte de los Códigos latinos del XIX, de una parte, y el alemán, por otra. Sobre estas diferencias *vid.* Los MOZOS, J. L. de: *El principio de la buena fe* (aplicaciones prácticas en el Derecho civil español), Barcelona, 1959, pp. 126 y 127.

(7) Sección 10, párrafo 1.º de la Constitución de los Estados Unidos, artículos 4, 5 y 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículos 1.154 del Código civil francés y 1.255 del español.

Pueden ser ilustrativos los preceptos contenidos en los artículos 4 y 5 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789:

«La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley» (art. 4).

«La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene» (art. 5).

(8) CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, p. 14. *Vid.* también RESCIGNO, *op. cit.*, p. 292.

Según la concepción liberal de la organización económica y social, «la libre disponibilidad de la propiedad es el sistema para acrecentar la riqueza... y permite además a la mayoría acceder al goce de una pluralidad de bienes y así satisfacer las propias. La libre circulación de los bienes y el también juego de las fuerzas económicas crea automáticamente un equilibrio social satisfactorio, y ello sin necesidad de que el ordenamiento jurídico se tenga que preocupar de dirigirlo mediante limitaciones y restricciones a la libertad contractual o, más generalmente, a la iniciativa privada. Esto últi-

Sin embargo, «en el mismo pandectismo (segunda generación) se da un nuevo sentido a la predicada soberanía de la voluntad. El derecho se “comercializa” y se postula la necesidad de atender con preferencia a “la seguridad del tráfico jurídico”. Se mantiene nominalmente el dogma de la voluntad, pero ya no como expresión de respeto a la libertad individual, sino como eficaz instrumento para el desarrollo del comercio. Por ello se atiende a lo declarado y no a lo querido, a la protección del diligente hombre de negocios, y se vuelve a citar en su apoyo la dura regla romana “leges vigilantibus scriptae sunt”» (9). Esto no es otra cosa que el resultado de la mercantilización del Derecho privado, que se verá reforzada en los casos en que se llegue a promulgar códigos unitarios.

Este fenómeno se va a perpetuar, incluso, bajo formas políticas diversas y contrarias al liberalismo político, precisamente para poder salvaguardar, ahora por otras vías, los mismos intereses. Los avances del movimiento obrero, la pujanza creciente de los sindicatos y los partidos políticos que defienden intereses de grupos opuestos a los representados por las formaciones liberales tradicionales —pensemos en la extensión del derecho de sufragio y en el reconocimiento de la negociación colectiva—, determinarán el abandono por parte de los grupos detentadores del poder económico de los postulados liberales y se recurrirá a fórmulas corporativas para dirigir y controlar autoritariamente los procesos económicos, cuando ya los conceptos y las formas abstractas del positivismo conceptualista no sirven para garantizar sus posiciones de predominio (10). De ahí aquella primera funcionalización de la propiedad y del contrato, que aparecen ahora legitimados no tanto en la libertad individual cuanto en el interés superior de la sociedad (11). Como afirman Lipari y colaboradores, lo que, en el fondo, cuenta ahora es garantizar al sistema un funcio-

mo se considera permisible solamente en circunstancias excepcionales, precisamente cuando la ley establezca que un comportamiento es lesivo de un interés general. Fuera de estos casos, la mejor garantía de que produce realmente efectos positivos, es decir, es socialmente útil, consiste en el hecho de que ha sido efectivamente querido por las partes contratantes» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, pp. 298 y 299).

(9) CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, pp. 14 y 15. *Vid.* también RESCIGNO, *últ. loc. cit.*

«La fuerte huella del BGB, expresada sobre todo en la inclusión en el texto legal de amplias categorías del obrar en los particulares, expresaba una exigencia de racionalización y, consiguientemente, de certeza en orden a la regulación de las consecuencias jurídicas de los actos de carácter privado; se trataba, en efecto, de que esta normativa estuviera en función de la seguridad y celeridad en los intercambios que era la auténtica base de la fortuna de la burguesía industrial y mercantil» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 300).

(10) «La libertad contractual entendida como la ilimitada capacidad de obligarse dejó de ser una pantalla útil bajo la que pudiera enmascararse y justificarse el predominio del contratante más fuerte, la acción incontrolada de las empresas o la situación de privilegio de los grupos capitalistas» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 310).

(11) «Para conseguir los nuevos objetivos era preciso “dirigir” autoritariamente el sistema económico mediante instrumentos de control que pongan en discusión (aun antes de valorar la regulación concreta de intereses) la propia compatibilidad de la función del acto con los objetivos de la política económica del régimen» (LIPARI y colaboradores, *últ. loc. cit.*).

namiento eficiente más allá y por encima de las propias posiciones individuales (12).

La ley establece, mediante las normas sobre los requisitos de validez y de eficacia del contrato, las condiciones en las que el ordenamiento jurídico reconoce o sanciona favorablemente los efectos de la operación económica regida por el contrato, así como las consecuencias que se derivan de su no conclusión o de su inejecución (13). Al regular estas cuestiones la ley no sólo tiene en cuenta la realización de los intereses y expectativas de los contratantes, considerados como partes de un contrato aislado, sino que también trata de satisfacer intereses u objetivos más generales: la protección de quien actuó de buena fe y confió en la apariencia, la responsabilidad por las propias declaraciones (autorresponsabilidad), la rapidez y la seguridad del tráfico jurídico (la explotación de los recursos y la circulación de la riqueza).

Por otra parte, atender más y dar mayor relevancia a la voluntad de cada contratante constituye, además, una cierta selección de los intereses en conflicto. Con esto queremos decir que el legislador selecciona siempre alguno de estos intereses para su mayor protección frente a los demás, y otro tanto se podría decir de las construcciones teóricas elaboradas por la doctrina.

Así, favorecer una circulación más amplia, rápida y segura de la riqueza supone optar por una mayor posibilidad de introducir bienes en el mercado, lo cual, a su vez, favorece sobre todo a aquellos que habitualmente se dedican a producir y distribuir bienes (14). Más concretamente, las normas que hacen posible que el comercio jurídico reúna esas características favorecen a aquellos que producen bienes para el mercado o que los adquieren para revenderlos. Por el contrario, dirigir la atención a cada contrato en particular y a la voluntad individual, condicionando de alguna forma o sujetando la consolidación o el reconocimiento de las consecuencias finales (ganancias o pérdidas) a la realización de las expectativas y de los objetivos de las partes, pone de relieve una previa selección hecha a favor de una circulación más lenta de la riqueza, donde sea posible repensarse la operación y volver atrás. Esto último favorece, sin embargo, a los trasmisores de bienes que, a su vez, no readquieren otros (no son compradores y revendedores) y a los adquirentes que no revenden porque son los usuarios o los consumidores finales de los bienes.

(12) *Ult. loc. cit.*

(13) «En la ley reconocemos la fuente de validez de la norma negocial: la ley puede ampliar o reducir el campo en el que opera la autonomía privada. Es más, interviniendo posteriormente puede modificar el contenido de una norma negocial ya existente» (FERRI, *op. cit.*, pp. 38 y 39)

(14) «No se trata ya de colocar al mercado en condiciones de concluir ventajosos actos de intercambio; ahora se trata de poner al empresario en condiciones de producir y de introducir en el mercado la mayor cantidad posible de bienes: el criterio inspirador es el de que cuanto más intensa y más rápida sea la circulación de los bienes tanto mayor será la cantidad de bienes que el empresario puede introducir en el mercado, y que su valor será tanto mayor cuanto más segura sea la circulación de la riqueza» (GALGANO, *Negozió giuridico...*, *cit.*, p. 941).

Por consiguiente, mientras que la objetivación del intercambio económico favorece a aquellos grupos o clases que tienen como fuente principal de su riqueza la actividad de producción, transformación o distribución de bienes, la subjetivación del intercambio protege mejor las posiciones de quienes se ven «constreñidos» a realizar el valor de cambio de sus propios bienes, o las de quienes «deben» adquirir para realizar el valor de uso de los productos. Lo cual es tanto como decir que la primera opción es hecha a favor de perceptores de rentas procedentes de actividades empresariales, mientras que la segunda lo sería a favor de las clases en descenso en la jerarquía social y de los consumidores y usuarios (15).

Es por esto que desde el principio hemos sostenido que la teoría de la presuposición no debía ser vista como la única consecuencia posible de la teoría del negocio jurídico, como su corolario «lógico y natural». Por el contrario, entendemos que la elaboración y formulación de la misma supone una previa elección o, quizá, dos (16).

Pretender hacer ver toda la realidad económica del intercambio de bienes y de las prestaciones de servicios a través del filtro de la declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos, supone ya una primera elección en favor de una cierta subjetivación del tráfico económico, en la medida en que se afirma que la voluntad de los particulares rige los procesos económicos y proporciona los criterios que establecen los casos en que las consecuencias económicas se convertirán en efectos jurídicos, mediante su reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta subjetivación puede presentarse con un grado de intensidad mayor o menor, en función de que la primacía sea reconocida a la voluntad —entonces, se producirá una subjetivación máxima—, o bien a la declaración —entonces la subjetivación será menor—. Por consiguiente, considerar que debía prevalecer la voluntad, declarada o no, como hacia Windscheid en su teoría de la presuposición, implicaba haber hecho previamente una segunda elección en favor de la máxima subjetivación, puesto que se consideraba relevante la voluntad no declarada a través de la condición no expresada.

Por consiguiente, el resultado de una hipotética recepción de la construcción teórica de Windscheid habría sido el de establecer una

(15) Con toda claridad se ha afirmado que la concepción de la autonomía de la voluntad a que conduce la mercantilización del Derecho privado «en la práctica legislativa y judicial lleva a la creación, fortalecimiento y ampliación de los privilegios en favor de los prestamistas (legislación sobre hipotecas y prenda sin desplazamiento, reserva de dominio), comerciantes, industriales y financieras (quita y espera en la quiebra, regulación de la S.A., negocios y títulos abstractos); mientras que, paralelamente, de modo inexorable se van suprimiendo o podando los privilegios y ventajas jurídicas que aún conservaban labradores, ganaderos y artesanos» (CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, p. 15).

(16) Los juristas persiguen, aun bajo la forma de proposiciones lógicas, una verdadera y propia, y no importa si consciente o inconsciente, política del Derecho (TARRELLI, G., *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1971, pp. 15 y ss.).

lenta circulación de la riqueza. Pensamos que habría supuesto la insauración de un ritmo lento en la conclusión de negocios, ya que las partes se habrían encontrado en la necesidad de mantener largas negociaciones con el fin de poder prever todas las circunstancias o eventos, cuya realización o no permitirían a la parte cuyas expectativas hubieren resultado defraudadas pedir la remoción de los efectos de la operación, en la mayor parte de los casos. Es decir, el tráfico económico habría devenido lento o inseguro.

Este planteamiento subjetivista habría favorecido, según lo antes expuesto, a las clases descendentes que desearan conservar sus posiciones y habría perjudicado los intereses de aquellas otras clases ascendentes que pretenden consolidar rápidamente y de forma segura su nuevo poder, ya mediante rápidas y seguras adquisiciones —caso de la nueva burguesía rural—, ya mediante garantías de rapidez y seguridad en el desarrollo de negocios concluidos en el ejercicio de su actividad industrial o comercial —burguesía industrial, comercial o financiera—.

Así pues, lo que hizo Windscheid no fue otra cosa que llevar a sus últimos extremos la idea basilar de la teoría del negocio jurídico: la primacía o el poder de la voluntad de los sujetos. La categoría del negocio jurídico puede ser considerada como el producto más acabado del subjetivismo y, también la más abstracta; mucho más, sin duda, que la ya de por sí abstracta categoría del contrato. Detrás de ella subyace, por lo demás, una visión de la economía y de las relaciones económicas, como si éstas fuesen o debieran ser el resultado de la realización de la libre voluntad de los sujetos (17). Este planteamiento subjetivista y voluntarista favorece, así, a las clases o grupos detentadores del poder económico, precisamente, porque su voluntad y sus intereses son los que, en definitiva, resultan satisfechos en un sistema tal.

Resulta lógico pensar que la burguesía, como clase dominante ya en la época de la codificación alemana, estuviese de acuerdo con la idea basilar. Sin embargo, no podía tener interés alguno en llevar el voluntarismo a un grado tal de subjetivación que no le permitiese conseguir el más intenso aprovechamiento posible de los recursos económicos. Este podía verse amenazado o dificultado sobremanera si, en cada operación destinada a la explotación de los mismos, hubiese tenido que atender a los intereses reales o a las expectativas, declaradas o no, de los titulares de esos recursos, cuando la concurrencia o el consentimiento de estos últimos fuese necesario para explotarlos.

Creemos que estas consideraciones requieren una explicación más detenida.

(17) «E vediamo altresì come non meno falsante divenga la costruzione giuridica di una nozione generica, proprio perché soltando formalizzante, como la nozione di negozio giuridico, tipica costruzione generalizzante senza contenuti storici: una astrazione-volatilizzazione del reale» (CERRONI, U., *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, «Democrazia e Diritto», 1964, p. 487).

Sobre la elaboración de la categoría de negocio jurídico, su difusión y superación, vid. GALGANO, *últ. op. cit.*, pp. 932 y ss.

El reconocimiento de la fuerza obligatoria del contrato (18) y, sobre todo, la afirmación según la cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes (19), comporta, al menos, dos consecuencias: de una parte, la sujeción de los contratantes a todo cuando ha sido pactado y, de otra, la irrelevancia de lo que ha quedado fuera del reglamento contractual. Este doble orden de consecuencias es lo que nos permite diferenciar el reconocimiento de la fuerza obligatoria del contrato y la proclamación de la fuerza de ley de las obligaciones que surgan de él, así como su respectiva razón de ser.

Con lo primero se pretendía, fundamentalmente, superar la distinción de base romana entre pactos y contratos, contratos nominados e innominados, disponiendo en cambio que, en principio, el mutuo acuerdo es suficiente para vincular a los sujetos (20). En definitiva, se trata de una manifestación del principio consensualista y espiritualista.

Con la segunda afirmación, cuya significación real en la práctica quedó por debajo de lo que podía desprenderse de su tenor literal, se pretendió impedir que consideraciones de equidad o de justicia excluyeran la aplicación de la *lex contracta*, mientras las partes no hubiesen acordado desvincularse del contrato o éste resultase inválido o ineficaz por alguna de las causas taxativamente fijadas por la ley. Y esa proclamación, parece, iba dirigida fundamentalmente al juez

(18) Que el contrato es fuente de obligaciones se establece en los artículos 1.097 del Código civil italiano de 1865, 1.089 del español y 1.173 del italiano de 1942.

(19) Que las obligaciones que surgen del contrato tienen fuerza de ley entre los contratantes es algo que ya se afirmaba en la doctrina francesa anterior al Code: «les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loix à ceux qui les ont faites... elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement ...» (DOMAT, *op. cit.*, lib. I, tit. I, secc. II, 7).

El Code recogió esta idea y la reprodujo casi literalmente: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise» (art. 1.134, 1 y 2)

Esta regla fue reproducida por los artículos 1.123 del Código civil italiano de 1865 y 1.372 de 1942.

Entre nosotros, el proyecto de Código civil de 1836 no recogió esa declaración y sólo habló de la fuerza obligatoria del contrato: «Todos los contratos, ya tengan nombre propio, ya sean innominados, producen obligación y están sujetos a las reglas generales» (art. 962).

También el proyecto de 1851 se limitó a formular la regla de la obligatoriedad de los contratos: «todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado» (art. 974).

Fue en el anteproyecto de libros III y IV del Código civil de 1885-88 donde se proclamó la fuerza de ley que los contratos tienen entre las partes: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1.108).

El Código civil en su redacción definitiva reproducirá la norma del anteproyecto en su artículo 1.091.

Pero, con todo, la recepción de la fórmula francesa ya había tenido lugar en la doctrina: «las convenciones legítimas son ley para los contratantes y para sus herederos, quienes no pueden revocarlas sino de común acuerdo, o por las causas marcadas en el Derecho ...» (GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo II, 5.^a ed., Madrid, 1855, p. 142).

(20) *Vid.* artículos 962 del proyecto de 1836 y 974 del de 1851. Expresamente lo afirman Gómez de la Serna y Montalbán (*op. cit.*, t. cit., p. 130).

que, así, quedaba “sometido” también a esa *lex privata* (21). Nos parece que ésta fue la significación real y efectiva de tal disposición, una vez superados o corregidos los “excesos” de las primeras épocas (22).

El primero de estos significados —la sujeción o vinculación de las partes a lo pactado— debe ser puesto en relación con el dogma de la voluntad y con el reconocimiento de la libertad contractual, entendida como poder de decidir sobre la conclusión de un contrato o como poder de conformar su contenido. Se ha dicho que el fundamento de esta libertad era el poder de autoobligarse (23), pero desde posiciones más críticas se ha mostrado lo irreal de esa explicación (24).

(21) «Las partes contratantes quedan obligadas a cumplir sus acuerdos, quedan vinculadas como lo estarían en virtud de una ley; no pueden reclamar en nombre de la equidad, y si lo hacen el Juez no podría escuchar sus reclamaciones. El Juez, por tanto, está vinculado por las convenciones de las partes contratantes, como si se tratara de leyes. El no puede aportar en ellas modificación alguna en nombre de la equidad» (LAURENT, F., *Principies de Droit civil française*, tomo XVI, 3.^a ed., Bruxelles-Paris, 1878, p. 239). En idéntico sentido, *vid.* BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, «Des obligations», tomo I, 3.^a ed., Paris, 1906, p. 382.

(22) Domat consideraba que la norma que reconoce la fuerza legal de las convenciones es una ley natural de la que el espíritu está persuadido por la evidencia de la verdad (*op. cit.*, p. 29).

«La ley sanciona las convenciones, les presta toda su fuerza; en una palabra, las erige en leyes... Esta ley, siempre que el contrato sea auténtico, es decir, si está otorgado ante un funcionario público competente para acreditar su existencia, es como las leyes generales ejecutada en nombre del rey, que ordena a la fuerza pública prestar su “mainforte” a su ejecución» (TOULLIER, C. B. M., *Droit civil française suivant l'Ordre du Code*, tomo VI, 5.^a ed., Paris, 1930, pp. 200 y 201).

Llegó, incluso, a admitirse la posibilidad de llevar a la Corte de casación las sentencias que violen o interpreten falsamente el contrato, la *lex contracta*. Pero pronto se cambió de criterio, considerando que el contrato era una ley de interés privado cuya violación no da lugar a la casación de la sentencia, salvo que haya sido directamente violada una ley, porque la Corte de casación fue establecida para reprimir violaciones de la ley general (*vid.* DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, traducción por P. Liberatore, vol. V., Napoli, 1982, p. 109; LAURENT, *op. cit.*, t. cit., p. 242; MARCADÉ, V., *Explication du Code civil*, tomo IV, 7.^a ed., Paris, 1973, pp. 402 y 403; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. cit., pp. 384 y ss.).

(23) Aunque de forma un tanto matizada es esta la idea que subyace en el siguiente texto: «El individuo sólo puede existir socialmente como personalidad cuando le sea reconocida por los demás no sólo su esfera de la personalidad y de la propiedad, sino cuando, además, pueda en principio reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales y, en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido. Al ponerse ambas partes, por propia y libre voluntad, de acuerdo sobre determinadas prestaciones y obligaciones resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra y ambas estarán en situación de velar así por su propio interés: existe una cierta garantía en el sentido de que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino algo que contemplado en su conjunto es razonable y justo» (LARENZ, *últ. op. cit.*, p. 65).

(24) «... según el significado que le es atribuido por la doctrina “corriente”, implica la idea de un poder de los contratantes para determinar libremente, dentro de ciertos límites, el contenido del contrato (nominado) o las correspondientes cláusulas y de concluir contratos innominados o atípicos.

Si se puede hablar de poder (de determinar libremente el contenido, las cláusulas, etc.), éste es el poder del acreedor *in fieri*, de cada contratante como posición activa: el poder de imponer el contenido del contrato, condiciones, cláusulas (medida y moda-

Por su parte, el segundo de esos significados —la irrelevancia de lo que quedó fuera del reglamento contractual— debe ser puesto en relación con el dogma de la irrelevancia de los motivos de los contratantes y con la libertad contractual entendida ahora como la inadmisibilidad de vínculos no queridos o no consentidos.

Pues bien, detrás del dogma de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, cuyas manifestaciones más evidentes son las abstracciones construidas con la elaboración de las categorías del contrato y del negocio jurídico, se encuentran los intereses de quienes se saben poseedores de una voluntad más fuerte; sin duda, son ellos los que resultan más favorecidos. De hecho, en la realidad del tráfico económico, donde los bienes son limitados y las necesidades a satisfacer con tales bienes son, en cambio, ilimitadas, aquellos que poseen los recursos económicos (los medios de producción) se encuentran en una situación más ventajosa, pues se hallan en grado de decidir cuándo y cómo concluir negocios: en este sentido es en el que decimos que poseen una voluntad más fuerte.

He aquí, por tanto, la razón por la que las operaciones económicas, cuando son contempladas desde una óptica voluntarista, hablando de una voluntad en abstracto sin determinar a quién coesponde, no conduce sino a prescindir de la realidad, tratando de proporcionar así una instancia de legitimación de los resultados de la operación: la conservación o el aumento del poder económico por parte de quienes ya lo detentan o creen hallarse en condiciones para adquirirlo y, en definitiva, el control de la economía por parte de quien sabe que puede imponer su voluntad o hacer prevalecer sus intereses, pues detrás de sí tiene una posición económica más ventajosa (25). Esta forma de ver las cosas tiene su punto de partida o fundamento en la previa equiparación formal o jurídica de todos los sujetos de derecho. La categoría del sujeto de derecho permitía referirse a ese ente abstracto prescindiendo de la realidad (26), posibilitando la igualación for-

lidades de la contraprestación, etc.) a cargo del otro contratante y de exigir su observancia, en base a la confianza que la ley da al primero de intervenir, en su caso, para hacerlas observar; y no el pretendido poder del promitente como tal de autoobligarse, de crear (mediatamente) el efecto jurídico.

Hablar de un poder de autonomía “de los contratantes” en plural, esto es, como binomio no tiene sentido, puesto que si los contratantes están de acuerdo no sólo en estipular, sino también en observar el contrato, éstos no tienen necesidad de la intervención del Derecho para respetarlo. Aquel plural tiene sentido solamente en cuanto signifique que, en los susodichos contratos de intercambio en sentido lato, cada contratante, en cuanto posición activa o acreedor, tiene el poder de imponer el contenido del contrato que le interesa y de exigir de la otra parte su observancia» (GORLA, *op. cit.*, p. 276).

Estas consideraciones han llevado a otros a afirmar que «la tutela de la libertad contractual y, por tanto, la afirmación de la teoría de la voluntad, de la eficacia vinculante del acuerdo, significa que la clase o categoría de los acreedores ha vencido la batalla frente a los propietarios-deudores: la contraposición es, por consiguiente, entre propietarios y comerciantes» (BARCELONA, *últ. op. cit.*, p. 261).

(25) *Vid.* DIEZ-PICAZO, *últ. op. cit.*, vol. cit., pp. 96 y 97.

(26) Una manifestación, ciertamente matizada, de este punto de vista puede apreciarse en el presente texto: «Este es el verdadero sentido de la “libertad contractual”:

mal, pero prescindiendo de la situación de desigualdad real en las posiciones de partida: permitía, pues tratar como iguales a los desiguales, lo cual favorece a los que se encontraban en situación de decidir cuándo y cómo contratar (27).

El planteamiento voluntarista, por tanto, legitima la conversión del poder económico en poder contractual y, como consencuencia, en poder jurídico, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato. Es así como se consigue garantizar la conversión del poder económico en el de concluir contratos ventajosos —esto se lograría con el artículo 1.255 del Código civil—, que deberán ser respetados por la contraparte y cuyos resultados (los de la operación económica) serán reconocidos por el ordenamiento jurídico —esto se logra con los artículos 1.091 y 1.256 del Código civil—.

Sin embargo, esta construcción está necesitada de un complemento para asegurar su efectividad. Esta pretendida efectividad es la que exige la operatividad de instrumento formal que regula directamente las transferencias de bienes y las prestaciones de servicios, y al que el ordenamiento reconoce eficacia jurídica: el contrato. No es difícil ni ilógico pensar que lo convenido reflejará la respectiva situación económica de los contratantes y, por consiguiente, la parte más poderosa tendrá verdadero interés en la observancia más escrupulosa posible del contrato, lo que es tanto como decir que estará interesada en sujetar a la otra parte a la más exacta ejecución del mismo.

Recordemos, por ejemplo, la interpretación que la doctrina fran-

que el ordenamiento jurídico considera en principio como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)» (LARENZ, *últ. op. cit.*, p. 66).

(27) Los siguientes textos son altamente reveladores:

«El liberalismo se afirmaba a través de la libre conclusión de los contratos. El contrato permite cambiar productos y servicios y el derecho clásico lo considera justo porque es discutido y consentido por las partes. Pero esto supone, se dice, igualdad de fuerzas y libertad de discusión. Si uno de los contratantes puede imponer su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a adherirse sin discutir, el contrato no es otra cosa que la ley del más fuerte» (RIPERT, *últ. op. cit.*, p. 39).

«Para realizar estas exigencias, esto es, la generalización de las relaciones de intercambio, de la movilidad social, o la tutela del crédito, era necesaria una máxima abstracción de la figura del contrato, un máximo esfuerzo por parte de los juristas: abstracción de las condiciones subjetivas y particulares, abstracción del objeto de la relación. Crear, pues, una figura general idónea para comprenderlas a todas las relaciones entre los asociados: el negocio jurídico es realmente esa abstracción, que consiste en una simple declaración de voluntad dirigida a un fin práctico, tutelado por el ordenamiento. No cuenta ya la cualidad del sujeto, si pertenece o no a una cierta clase, si es rico o si es pobre; es precisamente el sujeto abstracto lo que corresponde a la abstracción del intercambio; no cuentan ya los valores de uso, sino sólo el parámetro del intercambio, la equivalencia de las mercancías» (BARCELLONA, *últ. op. cit.*, p. 261).

«El proceso de abstracción, del que nace la categoría, se encuadra en el más amplio proceso que a través de la abstracción va dirigido a la igualación formal del derecho. Es el proceso iniciado por la codificación francesa: el objetivo es el de realizar un derecho igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase; un derecho pensado en función de la unidad del sujeto jurídico» (GALGANO, *Il Diritto privato...*, *cit.*, p. 65).

cesa dio al precepto contenido en el artículo 1.134-1 del Code, sancionador de la fuerza de ley que el contrato despliega entre los contratantes: el Juez quedaba vinculado por la ley privada y no podía restarle validez o eficacia en base a consideraciones de equidad. Es más, también obedeció a la misma razón, nos parece, la interpretación que se hizo de la buena fe en la ejecución del contrato (28), así como de la referencia a los usos y a la equidad como fuente de integración del contrato (29).

Tanto la buena fe como la equidad fueron entendidas en un sentido meramente subjetivo: el contrato tenía por contenido no sólo lo expresamente pactado, sino también todo aquello que, razonablemente, pudiera deducirse de los términos del acuerdo, de manera que la buena fe y la equidad tendrían una función no propiamente integradora, sino interpretativa (30). De esta forma, era nuevamente la voluntad privada la relación de fuerzas que resultaba del contrato lo que, nuevamente, regía la operación económica, ahora, mediante el recurso a la buena fe y a la equidad (31).

En esta situación, por lo tanto, sostener el dogma de la irrelevancia de los motivos (32) suponía afirmar la irrelevancia de las expectativas de la parte económicamente más débil porque, normalmente, la parte económicamente más fuerte habrá actuado de modo tal que habrá logrado garantizarse la satisfacción de buena parte de sus intereses y expectativas o, al menos, habrá previsto las consecuencias de su frustración (cláusulas resolutorias, facultad de denuncia, cláusulas de revisión, de garantía...). Mientras tanto, los intereses de la otra parte habrían quedado, en todo o en parte, desprotegidos en cuanto

(28) «Elles (las convenciones) doivent être exécutées de bonne foi» (art. 1.134-3).

(29) «Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature» (art. 1.135).

(30) En este sentido es interesante la crítica que en el Conseil d'Etat hizo Lacuée al texto del artículo 1.135 y la réplica de Cambecères. El primero temía por la inseguridad y la falta de certeza de contenido de las obligaciones que podían surgir del contrato, pero el segundo procuraba tranquilizarlo sosteniendo que la remisión a los usos debía entenderse hecha, diríamos hoy, en clave interpretativa y no integradora (*vid. FENET, P. A., Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo XIII, Osanbrück, 1968, p. 54), planteamiento que fue el seguido por la doctrina posterior (*vid. ZICCARDI, F., L'integrazione del contratto*, «Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile», 1969, pp. 123 y ss).

Ciertamente, también se pretendía superar en sede contractual la distinción de base romana entre acciones *stricti iuris* y acciones *ex fide bona*, para afirmar que de todos los contratos surgen obligaciones que han de ser ejecutadas de buena fe (*vid. TULLIER, op. cit., t. cit.*, pp. 207 y 208).

(31) Como en su momento explicaremos, algo parecido sucede en nuestro Derecho, por lo que se refiere al papel que, según el Código civil, juegan la buena fe y la equidad en la integración e interpretación de los contratos (arts. 1.258 y 1.289). Por ahora, baste indicar que la equidad no aparece como criterio de integración, sino como un criterio residual de interpretación de los contratos.

(32) En nuestro Derecho puede considerarse recogido implícitamente en la regulación de la causa del contrato. El precepto contenido en el artículo 1.274 no hace, salvo en lo relativo a las liberalidades, referencia alguna a los motivos: la causa de los contratos onerosos resulta, pues, totalmente objetivada.

fueren incompatibles con los de la otra, frente a su posible no realización.

Cuando las partes del contrato tienen un poder contractual similar la irrelevancia de los motivos no expresados comporta una garantía de estabilidad que permite a cada parte planificar su actividad futura sobre bases más seguras. Si se trata de sujetos dotados de un fuerte poder económico (contratos entre grandes empresas o entre entes públicos y éstas) los planes así elaborados serán después impuestos a los sujetos económicamente dependientes de aquéllos (33).

He ahí, pues, cómo esta ambivalencia del principio de irrelevancia de los motivos es garantía de la seguridad del tráfico económico, en el sentido de certeza en el desarrollo de las operaciones económicas conforme a los intereses o planes de la parte que ostentaba el poder de determinar o predeterminar, según los casos, el reglamento contractual. Ello pone también de manifiesto la función del contrato como categoría unitaria, pues presenta como innecesaria la distinción de supuestos en función de la relación de fuerzas entre las partes contratantes (34).

Así pues, podemos afirmar que, en primer lugar, el dogma de la voluntad venía a legitimar, procurando un sustrato teórico y jurídico-formal, la conversión del poder económico en poder contractual, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. En segundo lugar, ese poder contractual se convertía en poder jurídico mediante el reconocimiento de la fuerza obligatoria «legal» del contrato. Y, en tercer lugar, con el dogma de la irrelevancia de los motivos no expresados se aseguraba la efectividad de aquel poder, su no vanificación.

Lo dicho hasta aquí podría explicar el acogimiento por el Código civil alemán de la teoría del negocio jurídico y el rechazo, no obstante, de la teoría de la presuposición por los codificadores alemanes

(33) Es decir, no es lo que resulta de las operaciones económicas de una gran empresa con otras empresas auxiliares o con los consumidores o usuarios, lo que determina el contenido de sus operaciones con las otras grandes empresas, sino, precisamente, todo lo contrario. Que ello es así nos lo demuestra el hecho de que los contratos entre grandes empresas son larga y detenidamente negociados y suelen prever sistemas de renegociación o de revisión para el caso de sobrevenida de circunstancias que alteran notablemente el equilibrio de intereses alcanzado (*vid.* FRIGNANI, A., *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e common law*, «Rivista di Diritto civile», 1979, 1, pp. 680 y ss.). Mientras esto es así, la contratación con los auxiliares o con los consumidores y usuarios suele hacerse mediante contratos de adhesión cuyo contenido viene prefigurado por la parte más fuerte mediante condiciones generales.

(34) «Precisamente la reciente tentativa de recuperar el sentido del contrato como instrumento de una determinada civilización económica..., confirma que el valor, o bien la significación del contrato no es siempre idéntica, sino que varía de acuerdo con la variación de las situaciones en que opera, de la posición de las partes, del tipo de bien» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 363).

No sólo el negocio jurídico, «sino también el contrato, es una categoría sólo formalmente unificable, dada su diversa fenomenología. También en este caso la unificación conceptual debería hacerse en función de las diferencias reales que las singulares estructuras contractuales presenta» (CERRONI, *op. cit.*, p. 487).

del siglo pasado. Si bien esta teoría no contradecía directamente el dogma de la irrelevancia de los motivos, en realidad, sí entrañaba una cierta amenaza para el interés que con él se pretendía asegurar: la seguridad del tráfico en las operaciones de intercambio de bienes o de prestación de servicios. Es decir, con la teoría de la presuposición quedaba de alguna manera roto el equilibrio de intereses a cuya composición servía la teoría del negocio jurídico y la irrelevancia de los motivos. Muy al contrario, con la presuposición se hubiera dado lugar a una excesiva subjetivación del intercambio y el coste habría sido muy elevado: la circulación de la riqueza habría resultado lenta o insegura.

El mismo Windscheid parecía ser consciente de la no del todo clara diferenciación entre la presuposición y los motivos, como parecen delatar sus frecuentes intentos de diferenciarlos. Así, es un tema en él recurrente cuál sea la distinción última entre error en los motivos, irrelevante como regla general, y la presuposición, pues tampoco las considera cuestiones inconexas, ya que, como él mismo afirma, el error en los motivos sólo es relevante cuando el motivo ha sido elevado a la categoría de presuposición (35). El fundamento de la relevancia del error no es el error mismo, sino que, como consecuencia de él, haya sido declarada una voluntad que no es la propiamente real, mientras que el fundamento de la relevancia de la presuposición es la existencia de una limitación de la voluntad que, aunque no llega a ser una condición expresa, sin la contemplación de esa circunstancia presupuesta (pasada, presente o futura) no habría sido emitida la declaración (36). Y así es como trata de limitar los supuestos de ineficacia por error en los motivos a aquellos en los que de la declaración de voluntad pueda deducirse que, detrás de la voluntad declarada, hay otra, la verdaderamente real, en la que ese motivo fue considerado como presuposición (37).

Resultaba, pues, notablemente difícil o excesivamente sutil la distinción entre lo que debía ser un motivo irrelevante y la presuposición. Es más, ésta no parece ser otra cosa que un motivo que se diferencia de los demás por ser condicionante del querer, pero que, al igual que los demás, no pasa a exteriorizarse para convertirse en una condición. No es difícil, por consiguiente, explicarse el rechazo de la presuposición por parte de la comisión que elaboró el texto definitivo del proyecto de Código civil alemán, por considerar peligrosa tal teoría (38). Pero es que, además, como ya hemos dicho, aunque la presuposición fuese conocida por la otra parte o, incluso,

(35) *Die Lehre...*, cit., p. 4.

(36) WINDSCHEID, *últ. op. cit.*, pp. 5, 202 y 203.

(37) WINDSCHEID, *últ. op. cit.*, p. 6.

(38) De admitir la relevancia de la presuposición «existiría el peligro de que al sentenciar desapareciese la distinción entre presuposición y motivo, y que equivocadamente la práctica terminase por conceder influencia a un móvil exterior al contrato» (Exposición de motivos del segundo proyecto de Código civil alemán, en «Fadda y Bensa», *loc. cit.*, p. 567).

comunicada a ella, tampoco así pasaría a formar parte, sin más, del contenido del contrato, porque una cosa es conocerla y otra acordar una cláusula de garantía para el caso de que no llegase a realizarse. La teoría de la presuposición no parece encajar en los esquemas del tráfico oneroso (39).

Vemos, así, cómo una vez más la afirmación de dogmas o el rechazo de construcciones teóricas no constituyen algo neutro o inocuo, sino que comportan, consciente o inconscientemente, elecciones entre diversos intereses en conflicto, así como la búsqueda de instrumentos o de expedientes de legitimación de la situación que se quiere imponer o conservar (40).

Las concepciones sociales modernas que rechazan el liberalismo socio-económico del ochocientos coinciden en la crítica de que la pandectística, con sus principios de autonomía de la voluntad y de libertad de la propiedad, se convirtió en un instrumento de la sociedad clasista burguesa, no habiendo sabido impedir el abuso de las abstracciones que elaboró (41).

No obstante, las tendencias conservadoras de la mayor parte de sus fundadores, el positivismo jurídico se encontró —¿inconscientemente?— en armonía con las reivindicaciones políticas y económicas del liberalismo: los conceptos fundamentales de autonomía privada, derecho subjetivo, propiedad, etc. jugaron a favor de la clase empresarial (42).

Estas reflexiones pretenden mostrar cómo la teoría de la presuposición, si bien parece contener la construcción más coherente en el plano teórico con la afirmación del dogma de la voluntad, en el plano de los intereses no sucedía lo mismo. Windscheid llevó a su extremo el subjetivismo voluntarista, y acabó por referir a la voluntad

(39) En las liberalidades parece tener mayores posibilidades de encajar, pues en ellas se atiende, principalmente, a la voluntad de su autor y no tanto a la protección de la buena fe del favorecido por ellas, que no es una contraparte como en los contratos con prestaciones recíprocas.

Así, por ejemplo, la relevancia causal que se reconoce al ánimo liberal en las donaciones (arts. 1.274 y 618 C.c.) las convierte en posible caldo de cultivo de presuposiciones relevantes, en la medida en que los motivos no expresados puedan ser considerados como condicionantes del ánimo liberal.

En la sucesión testamentaria el terreno está todavía más abonado para la relevancia de la presuposición, por la necesidad de indagar siempre cuál fue la voluntad real del testador y su papel rector o soberano del proceso hereditario (*vid.* art. 675-1 C.c.).

(40) «El carácter abstracto del Derecho privado y el principio de la autonomía privada hacían posibles las “libres” contrataciones en materia de trabajo y de arrendamiento, el ilimitado endeudamiento de las personas y de las propiedades, la división hereditaria y la pulverización del patrimonio, representaba una ventaja para grupos económicos financieros, comerciales e industriales en expansión en detrimento de las profesiones y de las clases menos privilegiadas ...» (WIEACKER, *op. cit.*, vol. cit., p. 139).

(41) WIEACKER, *últ. loc. cit.*, pp. 139 y 140.

(42) CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, p. 15; WIEACKER, *últ. loc. cit.*, p. 140.

todo lo que sucediese en el desarrollo de la operación económica (43). Lo que sucedió es que, de esta forma, dejó insatisfechas las «exigencias» de seguridad en las relaciones económicas (44), y ello determinó su rechazo por los codificadores alemanes (45).

Este rechazo puede ser interpretado como el inicio de un proceso hacia la objetivación del comercio jurídico (46). Ello no haría sino reflejar o favorecer los intereses de la burguesía industrial, comercial y financiera, cada vez más interesada en la más completa explotación de los recursos y en la seguridad, amplitud y rapidez de la circulación de la riqueza. Por el contrario, teorías como la de la presuposición favorecen a grupos o clases que no tienen la fuente principal de su riqueza en actividades de transformación o de intermediación: terratenientes no empresarios, artesanos, consumidores y usuarios; unos y

(43) «El planteamiento dogmático constituyó la consecuencia de la verdadera y propia mística de la voluntad que ha llevado a la Pandectística a plantear el problema de una nueva forma, como que la exigencia a satisfacer no es la de controlar la compatibilidad entre ciertas circunstancias y el cumplimiento, sino mejor la de condicionar los efectos del contrato a las suposiciones de las partes, también cuando éstas recayesen sobre un estado de cosas olvidado por sus cláusulas. En otras palabras, según la Pandectística, el objetivo a perseguir no era tanto la elaboración de una técnica útil para verificar la coherencia entre los eventuales efectos del cumplimiento y el plano de la autonomía privada expreso en el contenido del contrato, cuanto la predisposición de los instrumentos necesarios para garantizar la relevancia de las intenciones de los contratantes, también cuando éstas no fueron expresadas» (BESSONE, *Adempimento...*, *cit.*, p. 59).

(44) «En otros términos, es el problema de componer el conflicto de intereses entre el promitente, cuyo interés (también desde un punto de vista subjetivo) haya devenido el de sustraerse a la promesa o de aligerar su peso, y el del promisorio por la confianza que éste depositó en ello... Toda limitación o requisito para la eficacia jurídica de la promesa (forma, causa suficiente, consideration en el common law) constituye una limitación no de aquel pretendido poder de la voluntad del promitente, sino de la expectativa, de la confianza del promisorio, y también del poder de éste de procurarse un derecho de crédito con el contrato de intercambio» (GORLA, *op. cit.*, p. 270).

(45) No sólo en el Derecho alemán, sino en cualquier otro, no se lleva a cabo una absolutivización de un único principio o valor. Siempre, en mayor o menor medida, se recogen, coordinándolos o subordinándolos, diversos valores, aun contradictorios entre sí. Por ello, el jurista, el intérprete, busca determinar si esos intereses o valores se hallan en situación de paridad o de subordinación, precisando de esta forma si hay o no contradicción o si la protección de un interés es la regla general y la del otro la excepción (*vid.* BARCELLONA, *últ. op. cit.*, pp. 354-360).

(46) «... a la teoría de la voluntad, dominante en la primera mitad del siglo, la sustituye la teoría de la declaración, que afirma la prevalencia de la declaración sobre la divergente voluntad del declarante. La clase de propietarios rurales ha perdido gran parte de su poder; ahora es la burguesía industrial la que domina de forma casi inconstada: la relación social sobre la que ejercitar una mediación conceptual no es tanto la que contraponen al empresario con el propietario de las materias primas cuanto la relación entre el empresario y los consumidores. La atención del jurista está ahora dirigida al momento de la circulación; el interés a satisfacer no es ya el interés por comprar, sino el interés por vender, y por vender en la mayor cantidad posible. Se inicia con la teoría de la declaración un proceso de objetivación del intercambio, que tiende a perder sus originarios caracteres de voluntariedad.

La categoría del negocio jurídico actúa como instrumento de coordinación de los intereses contrapuestos, aunque el punto de equilibrio comienza a desplazarse más claramente del lado de los intereses mercantiles» (GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 70).

otros están interesados en una máxima subjetivación del intercambio. Y es que ésta les permitiría romper los vínculos contractuales en caso de insatisfacción de intereses objetivos no contemplados en las cláusulas del contrato, debido a su menor poder contractual. Sin embargo, lo que prevaleció en la redacción del «BGB» fue la protección y la garantía de la seguridad del tráfico y, por consiguiente, la irrelevancia de los motivos no expresados, aunque se presentasen bajo la forma de la condición presupuesta.

Por su parte, el Código civil italiano de 1942 trata de garantizar, de modo todavía más evidente, que la riqueza circule con rapidez, amplitud y seguridad. Ello, por una parte, determina el reforzamiento del instrumento contractual, que es así llamado a regir las operaciones económicas conforme a lo pactado y, por otra, supone un debilitamiento del papel de la llamada voluntad real cuando no es deducible mediante interpretación del reglamento contractual.

Lo anteriormente expuesto puede ayudar a comprender por qué, precisamente, en Italia haya surgido, como dimos cuenta de ello al final del capítulo anterior, una serie de autores que reivindicán el papel positivo que puede desempeñar la presuposición ligada a la causa del contrato, en orden a consentir una distribución más equitativa del riesgo contractual.

Por una parte está la objetivación del tráfico, esto es, la protección prioritaria de su amplitud, rapidez y seguridad, lo cual favorece, sobre todo, los intereses de la producción y del comercio, frente a los de los consumidores y usuarios. Por otra, la conciencia de la función última que hoy desempeña la figura del contrato como categoría unitaria y, por tanto, su crisis ante la evidencia de una más realista distinción entre contratos de adhesión celebrados entre sujetos dotados de un poder económico muy desigual, y los contratos aislados producto de tratos y discusiones preliminares, donde es realmente posible influir en la configuración de su contenido y, por tanto, no es irreal hablar de un acuerdo de voluntades (47).

Pues bien, ante esta situación, la reivindicación de la presuposición unida a la causa del contrato presenta, ahora, interesantes posibilidades:

En primer lugar, entraña un reforzamiento de la causa del contrato, esto es, de su elemento social, frente o al lado del elemento individual, constituido por el acuerdo de voluntades. Ello consiente una ampliación de los medios de control heterónimo de la circulación de la riqueza operada mediante contratos. Además, confirma la idea de que el contrato es un instrumento que puede servir para la realización no sólo de intereses individuales de los contratantes, sino también de intereses sociales supraindividuales públicos (generales) o privados (sectoriales) (48).

(47) Sobre la crisis del contrato como categoría unitaria *vid. GALGANO, últ. op. cit.*, pp. 79 y ss.

(48) *Vid. RODOTÀ, S.: Le fonti di integrazione del contratto*, en «Studi di Diritto civile», dirigidos por R. Nicolò y F. Snatoro-Passarelli, tomo VI, Milano, 1969, pp. 76 y ss. y 86 y ss.

En segundo lugar, el reconocimiento de la relevancia a la presuposición permitiría otorgar significación causal a los presupuestos de la iniciativa contractual, extendiendo el ámbito de la operatividad de la causa más allá de la realización de la función económico-social del tipo contractual en el momento de la formación del contrato, para controlar también su realización a lo largo de su ejecución.

En tercer lugar, la causa actuaría de límite más allá del cual la presuposición sería irrelevante, de manera que no sería atendible si de su relevancia resultase desmentida la función económico-social del contrato.

Finalmente, aunque fuese al amparo de la causa, se lograría poner límites a la objetivación del tráfico que, por ejemplo, impidiesen el desconocimiento de los intereses de la parte más débil en los contratos de adhesión, aunque no estuviesen expresamente garantizados en el instrumento contractual (49).

Es así como algo que en la segunda mitad del siglo pasado pudo ser tildado de reaccionario, hoy es reivindicado como progresivo. No es por causalidad que esto sea así. Cuando la teoría de la presuposición fue formulada la burguesía pretendía afianzar su poder frente a las estructuras de la sociedad estamental y frente a las trabas que en ella se imponían a la libertad y seguridad en los negocios, esto es, en la explotación de los recursos económicos y en el desarrollo del comercio. Hoy, en las modernas sociedades posindustriales, el interés emergente es el de los consumidores, usuarios y prestatarios de servicios, y se trata de poner límites o de contrarrestar el poder de los grandes grupos industriales, comerciales o financieros.

(49) «La defensa del contratante débil tiene aún un sentido: reevaluar la voluntad a expensas de la necesidad, frenando el proceso de objetivación del intercambio son —en este orden de relaciones (el ajeno a la producción en masa y a la contratación en serie)— objetivos de política del derecho que pueden y deben ser perseguidos. Pero son objetivos realizables sólo a través de una operación doctrinal de ruptura de la teoría general del contrato y de reconstrucción de una teoría del contrato aislado» frente al contrato en serie «fundada sobre un “máximo” de consenso» (GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 83).

Con la última expresión se está insistiendo en la idea de reevaluar, en ese ámbito de relaciones, el papel de la voluntad. Pues bien, entendemos que una manifestación de esa línea de política del Derecho que el autor citado propone es la revalorización de la presuposición, mediante su encuadramiento en la causa del contrato.

CAPITULO IV

EL RIESGO CONTRACTUAL

1. EL RIESGO CONTRACTUAL EN SENTIDO AMPLIO

Se dice que en la naturaleza no existen riesgos ni peligros, sino sólo fenómenos a los que siguen otros fenómenos. La posibilidad de un evento se califica como riesgo sólo cuando el evento incide sobre un interés subjetivo, de forma que el riesgo o peligro puede ser entendido como la posibilidad de un evento favorable o desfavorable (1).

Con la expresión «riesgo contractual en sentido amplio» queremos referirnos al peligro de insatisfacción de los intereses o de la frustración de las expectativas que una o ambas partes habían pretendido realizar con la puesta en marcha de la operación económica regida por el contrato, como consecuencia de la existencia de ciertas circunstancias o de la sobrevenida de ciertos eventos alteradores del programa económico de los contratantes. En definitiva, con la expresión empleada entendemos referirnos al peligro de frustración de una operación económica.

A nuestro modo de ver, la cuestión debe ser planteada en los siguientes términos: frustrada la operación económica, esto es, insatisfechos los intereses de las partes, ¿cuáles son los supuestos en que el ordenamiento jurídico lo considera relevante, consintiendo al perjudicado desvincularse del contrato u obtener su modificación? O, en general, ¿cuándo prevé el ordenamiento jurídico que la frustración de expectativas o intereses de una de las partes pueda ser hecha por ésta frente a la otra? Y, también, ¿cuáles son y cómo operan los mecanismos predispuestos por el ordenamiento jurídico para los casos que haya considerado merecedores de tutela o relevancia jurídica?

Nos parece, pues, que el primer plano de la cuestión estaría constituido por la frustración de la operación económica, esto es, por la no satisfacción de los intereses o expectativas de una o de ambas

(1) GAMBINO, A.: *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, pp. 71, 73 y 74. Vid. NICOLA, R.: *Alea*, «Enciclopedia del Diritto», vol. I, 1958, p. 1024.

También ha sido definido como «la consecuencia económica de un evento incierto» (SALANDRA, V.: *Dell'assicurazione, comentario de Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, pp. 236 y ss.).

partes. En este nivel estrictamente económico habrá que tener en cuenta todos los intereses y todas las expectativas de cada una de las partes, para decidir si se ha producido o no tal frustración.

Un segundo plano sería el de la selección de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico considera relevante la frustración de la operación económica. En este nivel propiamente jurídico será necesario distinguir entre intereses o expectativas cuya satisfacción o insatisfacción deba ser relevante según los criterios predispuestos por el ordenamiento.

Y el tercer plano estaría constituido por las diversas formas de reacción del sistema jurídico frente a la frustración de la operación económica, cuando haya sido considerada relevante jurídicamente. En este nivel habrá de verse las formas en que la relevante insatisfacción de los intereses o de las expectativas influye sobre la relación contractual, eventualmente existente entre ellos.

En este concepto amplio de riesgo contractual puede considerarse comprendidas innumerables hipótesis de frustración de la operación económica puesta en marcha. Con todo, siempre se tratará de casos en los que, concluido el contrato, la relación contractual no sea actuada o, también, aquéllos en los que, ejecutado o no el contrato, sus efectos deban ser borrados o cancelados. Todas estas series de supuestos constituyen hipótesis de frustración de la operación económica, que son contemplados por el ordenamiento jurídico a través de diversas instituciones: la invalidez, la rescisión y la resolución. Pero es el ordenamiento o, más en general, el sistema jurídico el que fija las condiciones en las que se reconoce o no los efectos de la operación económica puesta en marcha o regida por el instrumento contractual, así como las consecuencias de su no actuación.

Por ello, contemplar estas cuestiones recurriendo a expedientes tales como el de la presuposición significa haber hecho una elección en favor de la voluntad individual, expresa o no, como criterio último de distribución del riesgo contractual. La consecuencia inmediata de esta impostación subjetivista es la de otorgar relevancia jurídica a prácticamente toda hipótesis de frustración de la operación económica, aunque consista en la no satisfacción de intereses o de expectativas no reflejadas en el instrumento contractual. Con ello, se acaba haciendo recaer sobre los destinatarios de la declaración o, mejor, sobre la contraparte el riesgo de la no realización de intereses del declarante o de una de las partes, aunque tales intereses no hubieran sido garantizados por la otra, pues si lo fueron ya no estaríamos ante una presuposición: no habría una condición presupuesta, sino una condición, expresa o tácita, acordada con el otro contratante.

Pues bien, en esta situación, la irrelevancia de los motivos significa que no todos los casos de frustración de la operación económica deben ser considerados jurídicamente relevantes, sino sólo aquellos en los que no se realicen intereses causalizados o garantizados mediante condición o cláusulas de garantía, según lo que resulte de la interpretación del contrato.

Como ejemplo del modo de indagar que proponemos puede ser-

virnos el del error. En primer lugar, éste deberá ser probado; una vez probado, la operación económica podrá considerarse frustrada económicamente, si el error fue de no escasa importancia. En segundo lugar, se deberá determinar los casos en que el error es relevante para el ordenamiento jurídico; habrá que ver si ese error reúne los requisitos que en aquél se exigen para ser tenido en consideración: si es irrelevante, el contrato deberá ser ejecutado en los términos convenidos —jurídicamente, la operación económica no se ha frustrado—, pero si es relevante, el que lo padeció podrá obtener la anulación del contrato —la operación se habrá frustrado también jurídicamente. En tercer lugar, será necesario apreciar las consecuencias de la anulación del contrato. Después de haber completado todos estos datos se estará en condiciones de precisar cómo se distribuye el riesgo contractual, en este sentido amplio, en los casos de error.

Al igual que con el error este tipo de indagaciones puede ser referida a todo el ámbito de cuestiones englobables en lo que hemos denominado riesgo contractual en sentido amplio. Con ellas sería fácil constatar cómo todos los Códigos, desde los más influidos por el liberalismo del XIX hasta los más inspirados por los intervencionismos o corporativismos de todo tipo del XX, es posible apreciar que las normas que inciden en cuestiones de riesgo contractual no se ha seguido exclusivamente un único criterio para regular su distribución entre las partes del contrato. Por el contrario, han sido siempre varios los principios seguidos, aunque, eso sí, de forma y con intensidad diferente en unos y otros casos.

Lo que, en todo caso, nos parece evidente es que aquello que resulta de las indagaciones psicológicas acerca de cuál debió ser la voluntad real de las partes no es lo que decide la relevancia o irrelevancia jurídica de la frustración de la operación económica. Al lado de este criterio de máxima atención a la voluntad individual son tenidos en cuenta, al menos, otros dos: el de autorresponsabilidad, según el cual cada parte ha de soportar el error en sus propias valoraciones o especulaciones; y el de protección de la confianza que merece la apariencia y, en general, de la buena fe. En definitiva, respeto a la voluntad, pero a la de ambos, a la que resulta del acuerdo, sobre todo, y protección de la seguridad del tráfico son los dos principios de cuya coordinación por el legislador en cada caso resulta la forma de regular la distribución del riesgo contractual. Tarea del jurista es precisar en cada ordenamiento cuál de esos criterios constituye la regla general y cuál la excepción o, mejor, en qué medida y hasta dónde han quedado reconocidos uno y otro.

Pues bien, reglas y criterios de distribución del riesgo han de ser buscados no solamente en la ley, sino también e todas las demás fuentes de integración del contrato. También los contratantes pueden haber previsto, con mayor o menor detalle, las consecuencias de la frustración de sus expectativas o, incluso, haber excluido la aplicación de criterios legales de distribución del riesgo.

Con esto queremos decir que para obtener una visión lo más precisa posible de la distribución de los riesgos se ha de proceder a la

comprensión del contenido del contrato. Ello sólo es posible mediante la realización de ciertas operaciones cuyo análisis excede de los objetivos de este estudio introductorio o de planteamiento de premisas. Esas operaciones son la interpretación, la calificación y la integración del contrato.

Así pues, será necesario tener en cuenta los instrumentos predispuestos por el legislador, así como los que las partes puedan establecer, para poder apreciar cómo se han de resolver las cuestiones relativas al riesgo contractual entendido en este sentido amplio, al que nos venimos refiriendo: la determinación de los casos en que deberá considerarse jurídicamente relevante la frustración de la operación económica, así como de las consecuencias de la aplicación de los mecanismos previstos para hacer frente a esa frustración, previamente enjuiciada como relevante.

A través de esos instrumentos el legislador o las partes determinan las consecuencias que deberán o que podrán resultar de la insatisfacción de los intereses de aquéllas como consecuencia de la existencia de ciertas circunstancias al tiempo de la perfección del contrato, o bien de la sobrevenida de ciertos eventos.

Por lo que se refiere a los instrumentos de distribución del riesgo contractual legalmente previstos podemos distinguir entre aquellos que se refieren a la concurrencia de circunstancias anteriores o coetáneas a la conclusión del contrato, por una parte, y, por otra, aquellos que contemplan la sobrevenida de ciertos eventos. Entre los primeros se encontrarían las normas sobre inexistencia de la causa, sobre error, los vicios o defectos del objeto, etc. (2). Entre los segundos se encuentra la extinción de la relación contractual o, si se quiere, de resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida de la prestación, la excesiva onerosidad sobrevenida, ejercicio de la facultad de denuncia unilateral reconocida por la ley.

Respecto de los medios de que disponen las partes para prever las consecuencias de la concurrencia de circunstancias anteriores o coetáneas a la conclusión del contrato o de la sobrevenida de eventos, nos parece evidente que pueden acordar cualquier cosa siempre que no sobrepasen los límites a la autonomía privada (arts. 1.255 y 6-3 C.c.). Así, las partes podrán excluir o modificar la aplicación de las normas legales sobre distribución de riesgos, hacer uso de ciertos instrumentos previstos, pero no impuestos por la ley (la condición suspensiva o resolutoria), o pactar otros no previstos: facultad unilateral de denuncia, cláusulas de garantía, etc. Como también pueden

(2) Los supuestos enunciados son los que Windscheid habría calificado como casos de presuposición de circunstancias coetáneas o anteriores a la emisión de la declaración de voluntad. Sin embargo, en la acepción amplia de riesgo contractual que venimos empleando podrían comprenderse otros supuestos: los defectos de capacidad o de forma, la violencia (ausencia de voluntad), la intimidación, el dolo, la rescisión del contrato, la falta de poder o la extralimitación del que actúa como representante. En todos ellos, de algún modo, son contempladas cuestiones de riesgo contractual, esto es, de determinación de las consecuencias de una eventual frustración de la operación económica.

modificar la relación contractual de común acuerdo o, incluso, ponerle fin, también de común acuerdo.

Detrás de todas estas previsiones o posibilidades hay planteadas cuestiones de riesgo contractual en su sentido amplio, al que nos hemos venido refiriendo.

2. EL RIESGO CONTRACTUAL EN SENTIDO ESTRICTO

2.1. *Delimitación material del fenómeno.*

Excede en mucho de nuestros objetivos en esta exposición de ideas y planteamientos generales de carácter introductorio el análisis detallado de todas las instituciones y fenómenos antes reseñados como referentes a lo que llamábamos riesgo contractual en sentido amplio. La importancia y la extensión de las cuestiones que subyacen en ellos hacen que su estudio pormenorizado sea, más bien, objeto de un tratado sobre la eficacia e ineficacia del contrato. Es por esto por lo que habremos de restringir el campo propio de la expresión riesgo contractual, para evitar que se confunda con ese tratado sobre la eficacia o ineficacia del contrato, pues de lo contrario no llegaríamos a comprender con el suficiente grado de autonomía lo que en él es más típico, lo que es más propio.

Con la expresión «riesgo contractual en sentido estricto» que, desde ahora, la consideramos equivalente a la de «riesgo contractual en sentido propio», pretendemos circunscribir su ámbito, de una parte, a la sobrevenida de eventos extraños a la voluntad de los contratantes y a sus efectos sobre la relación obligatoria contractual y, de otra, a la liquidación de la operación económica frustrada cuando la frustración sea juzgada relevante, prescindiendo en ambos órdenes de cuestiones de las posibles previsiones establecidas por las partes al respecto.

Esto significa que dejamos fuera del contenido del riesgo así delimitado, los pactos que los contratantes, en el ejercicio de su libertad contractual, pueden establecer para distribuirse el riesgo (la condición, la denuncia, las cláusulas de garantía, etc.), así como aquellas instituciones reguladas por la ley, pero que o bien se refieren a circunstancias anteriores o coetáneas a la celebración del contrato (inexistencia de la causa, error, imposibilidad o ilicitud del objeto, etc.), que entrañan vicios o defectos originarios o estructurales que afectan al contrato como acto o norma, o bien contemplan eventos sobrevenidos cuando dependen de la voluntad o del comportamiento de las partes (incumplimiento culpable, denuncia, mutuo disenso), y que suponen defectos no estructurales, sino funcionales, y que afectan a la exacta realización de la relación obligatoria.

Así pues, si en sentido amplio el riesgo contractual abarcaba tanto los supuestos en que la operación económica estuviese mal planteada o en los que el instrumento formal (el contrato) no fuese idóneo para

regirla (los defectos originarios o estructurales), como aquellos en los que la operación económica ya puesta en marcha se frustrase por la sobrevenida de eventos que no derivan de su planteamiento ni del instrumento formal en sí mismo, sino de su ejecución (defectos funcionales), en cambio, en sentido propio, el riesgo contractual sólo comprendería aquellas deficiencias que afectan a su proceso de desarrollo y que no derivan del comportamiento ni de la voluntad de los contratantes.

En este sentido, el riesgo contractual sería el peligro de una evolución tal de la situación que, o bien haga imposible la ejecución de la prestación o de una de las prestaciones objeto de una obligación contractual, o bien haga excesivamente onerosa la ejecución del contrato. Se trata, por consiguiente, del riesgo de pérdida o destrucción de la cosa objeto de una prestación o la irrealizabilidad de la actividad, así como del aumento de la gravosidad de la propia prestación pendiente de cumplimiento o de la disminución del valor de la contraprestación que se tiene derecho a recibir, cuando la propia prestación no se ha devaluado.

2.2. *Delimitación temporal del fenómeno.*

Hemos de tener en cuenta que no toda destrucción o pérdida de la cosa ni toda fluctuación del valor de una prestación afectan al riesgo contractual: sólo aquellas que tienen lugar después de la conclusión del contrato, durante el proceso de ejecución y que, además, inciden sobre cosas o servicios que son objeto de prestaciones pendientes de ejecución.

Lo que suceda antes de la perfección del contrato no es una cuestión de riesgo contractual: si objeto del contrato fue una cosa o servicio imposible el contrato es nulo (arts. 1.261-2, 1.272 y 1.300, a contrario); si las prestaciones están, desde la conclusión del contrato, notablemente desequilibradas, en principio, ello es irrelevante como regla general (art. 1.293). Así pues, lo que ocurra antes o al tiempo de concluir el contrato o es irrelevante (lesión), o afecta al contrato como acto (nulidad por imposibilidad de la prestación) o como norma (rescisión por lesión a representados o a terceros), y que quedan fuera del ámbito del riesgo contractual en sentido propio.

Lo que pueda suceder después de cumplida la obligación y ejecutada la prestación que era su objeto tampoco es una cuestión de riesgo contractual: la destrucción o pérdida de la cosa ya recibida o la disminución de su valor no afecta al proceso de ejecución de un contrato, porque el que las padece no lo hace en calidad de contratante-acreedor, sino en la de propietario o poseedor. Por lo demás, no cabe hablar de imposibilidad o de devaluación de una prestación, sencillamente porque ya no hay tal, ya que fue ejecutada, con lo que quedó extinguida la correspondiente obligación (art. 1.156-1). Es decir, las cosas ya pagadas o los servicios ya prestados no son objeto

de prestación. Por ello, en sede de riesgo contractual sólo es relevante la pérdida o destrucción de cosas que todavía son debidas (3).

Esto significa que si el contrato es sinalagmático, la destrucción o la pérdida de valor de una cosa ya prestada no afecta, ni siquiera, al sinalagma funcional, esto es, no constituye un defecto (funcional) del proceso de ejecución del contrato. En otras palabras, la operación económica se está desarrollando conforme al plan previsto en la fase que contempla y regula el contrato en cuestión, siendo indiferente lo que suceda más allá. Por lo cual, el que recibe una prestación ha de cumplir su correlativa obligación, aunque se destruya o devalúe la que recibió —salvo, por supuesto, cuando la otra parte sea culpable y deba responder por ello—, y si ya la había cumplido no tiene derecho a su restitución. En tales casos, la operación se habrá desarrollado conforme a lo acordado, conforme al contrato al que el ordenamiento había reconocido fuerza obligatoria.

Por lo tanto, si materialmente el riesgo contractual en sentido propio quedaba limitado a la imposibilidad de la prestación y a la excesiva onerosidad sobrevenida, temporalmente, ha de ser circunscrito a la imposibilidad y excesiva onerosidad sobrevenidas, esto es, a las acaecidas después de la perfección de contrato y cuando inciden sobre prestaciones pendientes de ejecución (4).

Estas consideraciones nos llevan a afirmar que en los contratos de ejecución instantánea no se plantean problemas de riesgo contractual en sentido propio. Para que puedan plantearse es necesario que entre la perfección del contrato y su ejecución exista un lapso de tiempo en el que, al menos, una de las prestaciones sea debida, pero no esté todavía ejecutada, sin que por ello quepa entender que la parte deudora de esa prestación se haya retrasado en el cumplimiento de su obligación.

Es decir, es necesario que la relación obligatoria que surge del contrato permanezca viva durante algún tiempo en, al menos, uno de sus polos. Si el cumplimiento del contrato coincide en el tiempo con su conclusión, aquello no es posible. En otras palabras, si no hay crédito no hay riesgo contractual, aunque haya existido un contrato. Si lo que ha tenido lugar es un intercambio de bienes coetáneo o, incluso, anterior a su formalización —podría no formalizarse, siquiera (art. 1.278), y entender que el acuerdo fue tácito y que se

(3) Por ello, tampoco atiene al riesgo contractual en sentido propio la pérdida de las cosas cuya entrega es requisito constitutivo del contrato mismo, de su perfección. Así, en los contratos reales la pérdida de las cosas que, por hipótesis, no son objeto de una obligación —de serlo, estaríamos ante un contrato consensual—, no es algo que afecte al proceso de ejecución, ya que lo que sucede no es que el contrato no llega a perfeccionarse.

(4) Si tenemos en cuenta que en nuestro Derecho el sistema de transmisión de derechos reales mediante contratos es, al menos como regla de principio, el del título y modo (arts. 609 y 1.095) y que el modo se realizará normalmente con el cumplimiento de la obligación de entrega (art. 1.462-1), no sería incorrecto, en principio, decir que temporalmente el riesgo contractual queda delimitado en el tiempo por el período que media entre la perfección del título y la realización del modo.

pone de manifiesto por los hechos concluyentes— no cabe hablar de riesgo contractual porque no hay crédito.

En cambio, el ámbito propio del riesgo contractual es el de los contratos en los que la ejecución de, al menos, una prestación queda aplazada en el tiempo y, sobre todo, en aquellos que tienen por objeto prestaciones periódicas o continuadas. En tales casos sí hay un lapso de tiempo lo suficientemente apreciable entre la perfección del contrato y su ejecución total, por lo que sí hay crédito.

Según lo anterior, el riesgo contractual, propiamente, no sería el *periculum rei*. Las cosas que no son objeto de una prestación contractual, bien porque no hay contrato, bien porque la prestación ya fue ejecutada, se destruyen o se pierden, aumentan o disminuyen de valor para su dueño, pero sin que ello plantee cuestión alguna de riesgo contractual. Este empieza a existir desde que se perfecciona el contrato o, mejor, desde que surge la obligación de entrega, y deja de existir cuando ésta es cumplida. No es, por lo tanto, la transmisión de la titularidad real lo que señala el límite final del ámbito temporal del riesgo contractual, sino la entrega efectiva, aunque ésta sea posterior a la transmisión de la titularidad jurídico-real.

Esto no quiere decir que sea absolutamente irrelevante el sistema de transmisión de derechos que rija en cada ordenamiento jurídico las operaciones de intercambio de bienes. Lo que sucede es que tales operaciones no concluyen con el intercambio de titularidad, sino con el de las cosas y el de las facultades concretas que permiten su uso y disposición, que es lo que realmente satisface el interés de los contratantes adquirentes. Por ello, no sólo en los ordenamientos que adoptan el sistema del título y del modo o del acuerdo abstracto traslativo, sino también en los consensualistas hay riesgo contractual desde que surge la obligación de entrega y subsiste en tanto no sea cumplida. Antes y después de esos momentos sólo hay *periculum rei* (*interitus, missio*) o fluctuaciones en el valor de las cosas propias (*commoda, incommoda*), pero no riesgo contractual.

2.3. *Delimitación del fenómeno en función de la estructura del contrato.*

Precisados los límites materiales y temporales en los que cabe plantear la cuestión del riesgo contractual, quizá conviene concretar todavía más atendiendo a la estructura sinalagmática o no sinalagmática del contrato. Entendemos que, aun a riesgo de generalizar excesivamente, podemos decir que son, fundamentalmente, esas dos las categorías en las que pueden agruparse los contratos (5).

Nos parece que han de ser considerados sinalagmáticos aquellos

(5) Vid. GORLA, G.: *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, pp. 95 y ss.; SOTO NIETO, F.: *El caso fortuito y la fuerza mayor*, Barcelona, 1965, pp. 131 y ss.

contratos que son susceptibles de ser resueltos por incumplimiento. En base al artículo 1.124, podemos decir que ello sólo es posible cuando del contrato surgen obligaciones recíprocas. Esto significa, en primer lugar, que el contrato ha de ser oneroso, en el sentido de que por él deben resultar gravadas ambas partes. En segundo lugar, ha de ser bilateral, esto es, de él han de nacer obligaciones para todas las partes. Y, en tercer lugar, cada una de las prestaciones que eran el objeto de una obligación ha de ser contraprestación de la otra y ésta de aquélla. Lo que sucede es que una prestación es contraprestación de la otra y viceversa cuando se admite la resolución por incumplimiento.

Con esto queremos también indicar que un contrato, no por considerarlo sinalagmático, es resoluble por incumplimiento, sino, al revés, porque es resoluble por incumplimiento lo consideramos sinalagmático. El sinalagma, pues, no nos parece que sea algo connatural a un determinado tipo contractual o a una lista naturalmente cerrada, sino, más bien, algo que se incorpora, después de un lento proceso histórico, a la estructura funcional de algunos contratos, esto es, a su modo de desenvolverse en el proceso de ejecución (6). Los sinalagmáticos no forman, pues, una lista cerrada y definitiva, sino que la sinalagmaticidad depende del ámbito que en cada momento histórico es reconocido a la resolución por incumplimiento (7).

Empezando por los no sinalagmáticos, éstos pueden ser gratuitos u onerosos, unilaterales o bilaterales. En este grupo de contratos gratuitos y onerosos no sinalagmáticos estarían incluidos desde la donación pura y simple hasta el préstamo con interés, pasando por la donación modal, el mutuo sin interés, el comodato, el depósito y el mandato con o sin retribución.

En estos contratos o bien sólo una de las partes asume una obligación, o bien si ambas resultan obligadas las prestaciones que son objeto de las mismas no tienen idéntica relevancia causal, sino que una es la principal y la otra no es la contraprestación, sino una compensación (8), a pesar de lo que parece decirse en el artículo 1.274.

(6) Sobre el proceso histórico de sinalagmatización de ciertos contratos, *vid.* DíEZ-PICAZO, *últ. loc. cit.*, pp. 556, 557, 857 y 858.

(7) Según esto, el préstamo con interés no es un contrato sinalagmático en nuestro Derecho, pues no está legalmente reconocida al prestamista la facultad de resolverlo por incumplimiento del prestatario de la obligación de pagar intereses; es más, todavía se presume que es un contrato gratuito (arts. 1.755 C.c. y 314 C. de c.). Sin embargo, en el Derecho italiano no sólo se presume oneroso (art. 1.815), sino que se reconoce al prestamista la facultad de resolverlo en caso de que el prestatario no le pague los intereses (art. 1.820).

(8) El préstamo con interés es oneroso, pero unilateral, pues, salvo que sea configurado como consensual, de él sólo surgen obligaciones para el prestatario: la de abonar los intereses y la de restituir el principal (arts. 1.753 y 1.755 C.c. y 312 y 314 C. de c.). Pues bien, si nada se ha estipulado al respecto, el incumplimiento de la obligación de abonar intereses, en principio, no da lugar a la resolución del contrato, pues no hay obligaciones recíprocas. Pero si se introduce una cláusula resolutoria en tal sentido, la prestación de intereses dejará de ser tratada como una mera compensación por la disponibilidad del capital ajeno, y será tratada como su contraprestación, con lo que el préstamo habría quedado sinalagmatizado. Si se estipula la cláusula reso-

Pues bien, en tales casos el riesgo para el acreedor de la prestación principal o única (donatario, comodante, depositante, mandante, prestamista) es el de pérdida del crédito por imposibilidad sobrevenida de la prestación, o el de devaluación sobrevenida de la prestación. Por su parte, para el deudor de esa prestación, el riesgo consiste en el aumento de la gravosidad en su ejecución.

Sin embargo, en los contratos sinalagmáticos, donde ambos contratantes son, recíprocamente, acreedores y deudores, y sus prestaciones son prestación y contraprestación recíprocas, el riesgo contractual presenta caracteres específicos:

Por lo que se refiere a la imposibilidad, se trata de determinar si, liberada una de las partes de cumplir su obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación por causas no imputables a aquélla (caso fortuito) (9), sigue estando la otra parte obligada a ejecutar la contraprestación y, si ya la había ejecutado, no tiene derecho a que le sea restituida, o si, por el contrario, queda también liberada de cumplir y tiene derecho a recuperar lo que dio.

Es decir, que la imposibilidad sobrevenida de la prestación es causa de extinción de la obligación y, por tanto, liberatoria del deudor es algo que se desprende de lo establecido en los artículos 1.156-2, 1.182 y 1.184 (aunque con el límite de lo establecido en el artículo 1.186) (10), fundamentalmente. Lo que falta por saber, porque en tales preceptos no se dice, es qué sucede con la otra obligación, con la de la contraparte: es esto lo que interesa al riesgo contractual en los contratos sinalagmáticos. Es lo que también se conoce con la expresión «*periculum obligationis*» (11): el riesgo de pérdida de la contraprestación, esto es, la posibilidad de tener que cumplir la propia obligación habiéndose extinguido el derecho a percibir la contraprestación.

Es más, dado que en las operaciones económicas más frecuentemente formalizadas en contratos sinalagmáticos una de las prestaciones es

lutoria el impago de los intereses permite al prestamista exigir el principal y obtener, por vía de indemnización, los intereses devengados y no satisfechos y el resarcimiento de los daños que ello le haya causado.

(9) Si no hay caso fortuito no hay, en sentido propio, riesgo contractual, porque si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al deudor éste seguiría vinculado, ahora, a resarcir los daños y perjuicios, mientras la otra parte quedaría liberada de su obligación o tendría derecho a la restitución de lo que hubiese entregado (arts. 1.101 y 1.124). Se podrá, pues, acudir a la resolución por incumplimiento, ya que el defecto del sinalagma funcional era imputable al incumplidor.

(10) «Las obligaciones se extinguen:

Por la pérdida de la cosa debida» (art. 1.156-2.º).

«Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se pierde o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora» (art. 1.182).

«También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible» (art. 1.184).

«Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta» (art. 1.186).

(11) Sobre *periculum obligationis* y *periculum rei* *vid.* ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 95 y ss y 147 y ss.

una cantidad de dinero, y que la prestación pecuniaria nunca resulta objetivamente imposible de cumplir, la imposibilidad incidirá, por el contrario, en la otra prestación si es de cosa determinada o de género limitado, por lo que la cuestión del riesgo contractual se plantea, casi siempre, en los siguientes términos: si la parte contratante obligada al pago de una cantidad de dinero en contraprestación de un bien o servicio debe pagarla o no, a pesar de haberse extinguido, por imposibilidad sobrevenida, el derecho a exigir la entrega del bien o la prestación del servicio al que se había obligado la contraparte, o si aquélla ya había pagado la cantidad si puede o no obtener su restitución.

Pues bien, si una parte sigue obligada a ejecutar su prestación o si no puede obtener su restitución, a pesar de no recibir ya la contraprestación, aquélla será la que soporta el riesgo contractual. Si, por el contrario, quien queda liberado de su obligación por la imposibilidad sobrevenida de su prestación pierde también el derecho a exigir la contraprestación o si la tiene que restituir, sobre él habrá recaído el riesgo contractual.

En definitiva, el que pierde el derecho a la contraprestación es el que soporta el riesgo por imposibilidad sobrevenida de la prestación en los contratos sinalagmáticos.

Por lo que se refiere a las oscilaciones del valor de las prestaciones, el riesgo consiste aquí en el peligro de tener que ejecutar una prestación cuyo coste o valor ha aumentado después de la conclusión del contrato, sin que la contraprestación lo haya hecho en la misma proporción, o en el de tener que aceptar una contraprestación devaluada y seguir obligado a ejecutar la propia prestación, cuyo valor no ha disminuido en la misma proporción.

3. CONSIDERACIONES FINALES

El riesgo contractual, aun entendido en sentido amplio, como peligro de frustración de una operación económica, no agota todos los supuestos posibles de riesgo. Hay también un riesgo extracontractual, precontractual o postcontractual. El primero consistiría en el peligro de que, iniciados tratos preliminares, no se llegue a concluir el contrato (12). El segundo lo constituiría el peligro de pérdida o de oscilación del valor de las prestaciones ya ejecutadas; en este caso el aleas no incide sobre el desarrollo del contrato en su proceso de ejecución, sino sobre el resultado económico que se deriva de la actuación de la relación

(12) En tales casos la no conclusión del contrato es, por regla general, irrelevante, pues los negociadores son libres para contratar o no contratar. Excepcionalmente, la negativa a concluir un contrato puede dar lugar a responsabilidad contractual si el que se niega había asumido la obligación de contratar (oferta irrevocable, derecho de opción, precontrato, obligación legal de contratar) o precontractual (extracontractual, por tanto, por hecho ilícito) si actuó de mala fe al romper las negociaciones y causó un daño a aquél con quien trataba.

contractual (13). En uno y otro caso el riesgo no es contractual, no se trata de un peligro existente en el cumplimiento mismo del contrato, sea porque no hay contrato, sea porque la prestación afectada ya ha sido cumplida, por lo que ya no hay *periculum obligationis*, sino *periculum rei*.

En el ámbito del riesgo contractual en sentido propio estamos ante una situación en la que uno de los contratantes se encuentra obligado a continuar la ejecución de una operación económica que le está resultando perjudicial o, incluso, ruinoso, ya que no obtiene ninguna utilidad de la otra parte o una utilidad inferior a la inicialmente prevista o, en todo caso, inferior al sacrificio que le exige cumplir su parte, por seguir vinculada contractualmente. Mientras tanto, la otra parte está recibiendo lo previsto sin tener que cumplir lo suyo porque es imposible, o recibe algo cuyo valor ha aumentado sin que a ella le cueste más cumplir lo que le corresponde.

En esta especie de cómputo de utilidades y desventajas sólo entran, queremos insistir en ello una vez más, las que se derivan del desarrollo de la operación económica de la que se trate, y dentro del ámbito temporal de eficacia del contrato que la regula. Queremos decir con esto que el interés cuya satisfacción garantiza, en principio, el contrato es, para cada contratante, el de obtener la prestación de la contraparte o, en su defecto, el resarcimiento de daños y perjuicios. Aun así, ya sabemos que ese interés puede resultar sacrificado para uno de los contratantes cuando él sea quien soporte el riesgo contractual: el riesgo por pérdida de la contraprestación debido a causas no imputables a una u otra parte. En tal caso uno de los dos ha de sufrir las consecuencias desfavorables y las normas sobre distribución del riesgo no hacen sino operar esa elección.

Lo que no garantiza el contrato es la satisfacción de intereses distintos de la obtención de la prestación pactada a cargo de la otra parte. Una vez recibida, el contrato ya no tiene relevancia en lo que después suceda, salvo en los casos en que se haya estipulado algo al respecto (condición resolutoria, cláusulas de garantía, etc.), o salvo que una utilidad inferior a la normal o a la expresamente acordada o asegurada fuese debida a un incumplimiento culpable de la otra parte (14).

Es decir, lo que el ordenamiento jurídico impone a cada contratante-deudor es el cumplimiento exacto e íntegro de la obligación (arts. 1.157, 1.161, 1.167, 1.169, etc.), sin que quede obligado a garantizar la utilidad ulterior que el acreedor esperase obtener como resultado de la operación (15).

(13) NICOLÒ, *op. cit.*, p. 1.025.

En tales casos la pérdida de la prestación o las alteraciones de su valor también son, por regla general, irrelevantes, salvo cuando existan cláusulas de garantía o se trate de vicios o defectos ocultos que hacen inidóneas las cosas para su uso normal o disminuyen notablemente su valor (arts. 1.484 C.c. y 336 C. de c.).

(14) *Vid.* nota anterior.

(15) Ni siquiera en las obligaciones de hacer llamadas de resultado se garantiza al acreedor otra cosa que el resultado previsto in obligatione, pero no la utilidad que

Es por esto que el desarrollo de unas operaciones económicas no tiene por qué influir en el de otras, salvo expresa previsión al respecto acordada por ambas partes. A veces, una operación especulativa comporta la realización de una pluralidad de operaciones singulares, así como de otros tantos contratos. Pues bien, en estos casos, tales contratos están, desde un punto de vista económico, relacionados entre sí, pero no están coordinados ni subordinados entre sí jurídicamente salvo cuando se condicionan expresamente unos a otros. Pues bien, no debe afectar a los otros, porque si no se causalizaron expresamente mediante una concreta estipulación, la existencia de una operación especulativa subyacente a todos ellos no pasa de ser un motivo irrelevante (16). Los diferentes contratos mantienen aisladas unas partes de la operación de las otras (17), y si todas ellas formaban parte de una única especulación, el resultado final para el especulador dependerá del resultado global de todas ellas. El éxito o fracaso final no es, propiamente, materia de riesgo contractual en cada uno de los contratos, sino que lo determina la resultante de todos ellos.

De esta forma se puede explicar la separación entre los mercados de trabajo y de capital, o entre los mercados de factores de la producción y los de bienes de consumo: todos ellos funcionan autónomamente, aunque, realmente, ninguno de ellos es extraño al otro. Las medidas de política económica que directamente inciden en alguno de ellos acaban afectando a todos (18). Pues bien, las categorías, grupos o clases que profesionalmente intervienen en todos ellos (los empresarios) confeccionan sus cuentas de resultados con lo que «resulta» de su intervención en cada uno de ellos, mediante operaciones aisladas, más o menos, jurídicamente unas de otras.

Por consiguiente, no nos parece erróneo afirmar que el riesgo empresarial es la suma o la resultante de una pluralidad de riesgos contractuales —tantos cuantos contratos se celebran para llevar a cabo

después pueda derivarse para él. Permitásenos el siguiente ejemplo: el transportista cumple haciendo que el viajero llegue al punto de destino en las condiciones y en el tiempo convenidos, pero no le garantiza que, una vez allí, si se trataba de un turista, le agrade el lugar, se divierta y se sienta a gusto.

(16) ¿Acaso no es ésta una consecuencia lógica de la objetivación de la causa del contrato (art. 1.274)?

(17) ¿No sería ésta una de las finalidades últimas de la regla de la relatividad de los efectos de los contratos (art. 1257-1)? Por lo demás, el contrato es ley entre las partes contratantes, pero sólo entre ellas.

(18) Por ejemplo, se suele oír que una política de contención salarial, aunque a corto plazo determine un retraimiento de la demanda de bienes de consumo, resulta que a medio plazo tendría efectos reactivadores sobre la economía en general, porque el consiguiente aumento del excedente empresarial daría lugar a un aumento de la demanda de inversión ante las expectativas de mayores beneficios y, por tanto, a la creación de nuevos puestos de trabajo, con lo cual acabaría aumentando la demanda de bienes y servicios al aumentar el número de asalariados. Con todo, la experiencia más reciente parece demostrar que este análisis no es del todo exacto: mientras el mayor excedente generado por la contención salarial ha sido absorbido por crecientes costes financieros la reactivación no ha tenido lugar y cuando parece producirse resulta que ha venido acompañada, en un primer momento, por la situación favorable de los mercados exteriores. En cualquier caso, la interrelación de los diversos mercados parece evidente.

las operaciones que integran la actividad económica de la empresa (19) —aislados jurídicamente unos de otros, pero vinculados económica y, quizá, políticamente entre sí. En este sentido cabe considerar al empresario como un especulador complejo (20).

Esto no quiere decir que sean inocuos o irrelevantes los diversos sistemas o criterios de distribución del riesgo contractual para el sistema económico o para algún sector del mismo. Cada sistema de distribución del riesgo contractual es manifestación o resultado de decisiones más generales de política económica, que priman determinados intereses.

Así, cuando habiendo resultado imposible la ejecución de una prestación por causas no imputables a alguno de los contratantes, que la contraparte deba o no ejecutar la contraprestación no hay por qué pensar que sea una decisión caprichosa o irracional. Por el contrario, la determinación del momento en el que el riesgo se desplaza de un contratante a otro comporta una selección de intereses.

Del mismo modo, no admitir la resolución o la revisión de los contratos, aun en caso de graves desequilibrios sobrevenidos, o admitirla en determinadas condiciones, también es el resultado de una previa composición de intereses, en función de la situación socioeconómica sobre la que vayan a incidir tales decisiones.

En relación a la relevancia o no de la excesiva onerosidad sobrevenida, esa opción no se presenta abiertamente como tal, sino, más bien, como la de considerar los contratos de ejecución aplazada, continuada o periódica como operaciones claramente especulativas o como instrumentos para preservar dentro de ciertos límites la composición de intereses establecida al celebrarlos.

Si lo primero, no se admitirá como tácitamente pactada la cláusula «*rebus sic stantibus*», de manera que el contrato deberá ser ejecutado en los términos en que quedó fijado, mientras no pierda su validez o concurra el mutuo acuerdo en desistir, cualquiera que sea la evolución de las circunstancias en lo que se refiere a las ganancias o pérdidas que de su cumplimiento se deriven para una y otra parte. Cuando las cosas están así, curiosamente, el contrato cumple la función de asegurar a todo riesgo para cada parte la contraprestación.

Si lo segundo, la evolución posterior de las circunstancias no dejará de tener relevancia jurídica, en orden a hacer menos gravosa la

(19) Por una parte, los costes son los que resultan, principalmente, de la contratación de trabajadores, de la adquisición o el uso de capital inmovilizado, de suministro de los proveedores, de la inversión de capitales ajenos, etc. Por otra, los ingresos son los que derivan de la venta de productos o de la prestación de servicios, de la colocación de capitales propios, etc. La diferencia entre unos y otros da el margen o resultado de explotación.

(20) *Vid.* FRASER, L.: *Pensiero e linguaggio nella scienza economica*, reimpresión de la traducción italiana, Torino, 1966, pp. 416 y 417.

El riesgo empresarial está constituido, sin embargo, no sólo por el riesgo contractual derivado de la conclusión de operaciones económicas, sino también de otro riesgo extracontractual, como es el derivado de los daños que el proceso productivo o los productos o servicios pueden ocasionar a los factores y elementos productivos o al medio ambiente o a los terceros consumidores y usuarios.

prestación del que resulta notablemente perjudicado por la ejecución del contrato, aunque nada se hubiese estipulado al respecto. En estos casos lo que se garantiza es que los resultados de la operación no serán desastrosos para ninguna de las partes en el caso de que fallen sus previsiones sobre el devenir de las circunstancias.

Esta segunda opción, que parecía tener un cierto fundamento y predicamento en el Derecho intermedio (21), fue abandonada o marginada por los codificadores liberales. Estos parecieron apostar por la certeza de las relaciones económicas y por la fijeza del nominal o del quantum de las prestaciones comprometidas para el futuro.

Pero ello no debió ser casual. La regla «*pacta sunt servanda*» favorecía, en último término, a las clases emprendedoras, no sólo por la previsibilidad que da la certeza al mundo de los negocios, sino también porque en el XIX tendencia casi constante fue, por una parte, la disminución de los costes marginales, como consecuencia de la libertad contractual (salarios) y de los avances tecnológicos que acompañaron la primera revolución industrial y, por otra, el incremento de la demanda, como consecuencia del formidable aumento de población. Todo ello aseguraba, en buena medida, la colocación en el mercado interior y en los exteriores —no olvidemos el fenómeno del colonialismo— de una producción creciente con beneficios en aumento prácticamente constante.

Cuando, como consecuencia de la saturación de los mercados, crisis de sobreproducción y del crack del 29, cambia radicalmente la situación general, la regla «*pacta sunt servanda*» se reveló como insuficiente o inadecuada para ordenar por sí sola satisfactoriamente los procesos económicos. Ahora, las ventajas que se derivaban de la mayor certeza de las relaciones jurídico-contractuales ya no compensan las consecuencias desfavorables de su rígida aplicación. Lo que en situaciones de estabilidad general eran costes soportables para el sistema en su conjunto, acabaron por quedar muy menguadas ante la frecuencia y entidad de los desequilibrios propios de una economía desestabilizada.

No es, pues, de extrañar que sea precisamente en este siglo cuando hayan proliferado las construcciones doctrinales dirigidas a legitimar excepciones no previstas legalmente a la regla, si sancionada expresamente, de que los pactos han de ser observados. Es más, en plena guerra mundial el legislador italiano reconocía la excesiva onerosidad sobrevenida como una causa más de resolución o revisión de los contratos de ejecución no instantánea (22).

Vistas las cosas desde esta perspectiva histórica, resulta que Windscheid, al formular a mediados del siglo pasado la teoría de la prescripción, se adelantó en más de medio siglo a los que, sobre todo, después de la primera guerra mundial en Alemania, intentaron justifi-

(21) *Vid.* OSTI, *loc. cit.*

(22) La evolución de la jurisprudencia italiana en la interpretación y aplicación de los preceptos relativos a la excesiva onerosidad sobrevenida en los primeros años de la posguerra y en los años de recuperación económica no parece sino confirmar estas consideraciones.

car con otras doctrinas deudoras de aquélla, con la de la base del negocio (Oertmann, fundamentalmente, y Larenz, más recientemente), la derogación en ciertos supuestos de la regla «pacta sunt servanda».

Por nuestra parte, entendemos que todo análisis sobre el riesgo contractual y su distribución en nuestro Derecho ha de partir de la norma que sanciona la fuerza obligatoria de los contratos. En nuestro Código civil esa norma aparece formulada en el artículo 1.091, según el cual «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos», así como en el 1.256, pues «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Preceptos similares se contienen en los artículos 1.134 del Código francés y 1.372 del italiano.

Que las operaciones económicas de una cierta duración —las que suponen prestaciones aplazadas, periódicas o continuadas— estén sometidas a tales preceptos justifica la consideración de los contratos en que se formalizan como si de seguros frente a lo por venir se trataran, sobre todo, cuando no se reconoce como causa de resolución o de revisión la excesiva onerosidad sobrevenida (23), como sucede en los casos francés y español. Constituiría, pues, una falta de seriedad o de lealtad, o de respeto a las reglas del juego entender roto el acuerdo y negarse a cumplirlo cuando cambian las circunstancias y su ejecución ya no es todo lo ventajosa que se había previsto inicialmente (24).

Esto significa que el contrato válido es obligatorio y que las partes están, por lo tanto, vinculadas por él y que deben continuar la operación iniciada mientras no decidan de común acuerdo ponerle fin, o mientras una de ellas no lo solicite por concurrir una causa de resolución prevista por la ley o por el contrato. Estas causas de resolución hay que suponerlas tasadas, en principio, dado el tenor literal y el espíritu de los preceptos contenidos en los artículos 1.091 y 1.256 del Código español y de sus concordantes en los Códigos de otros países. Estas hipótesis son las de resolución y de rescisión.

Pues bien, según el contenido que hemos dado al riesgo contractual en sentido propio, debemos excluir: las causas de resolución esta-

(23) «Admitir la revisión de los contratos toda vez que se presente una situación que no ha sido prevista por las partes equivaldría a privar al contrato de su utilidad, que consiste en proporcionar al acreedor una garantía frente a lo imprevisto: contratar es prever. El contrato es una empresa para el futuro. Todo contrato incorpora una idea de seguro» (RIPERT, *La règle morale...*, cit., p. 151).

(24) «Hay —por supuesto, en una economía liberal— un juego contractual, y no solamente en el contrato de juego... El derecho de contratos aparece así como una serie de reglas de juego: el álea excluye la lesión... una parte no puede, una vez vinculada, pedir detener el juego (art. 1.134). Es necesario oponerse enérgicamente a cualquier intento de un contratante de hacer caer el negocio concluido a la vista de la evolución que él ha podido observar en las “chances de l'affaire”. Esto no sería propiamente hacer trampa, pero sería no ser un buen jugador (¿está el “fair play” comprendido en la buena fe de la que habla el artículo 1.134? (CARBONNIER, J., *Théorie des obligations*, París, 1963, pp. 40 y 41).

blecidas convencionalmente por las partes (la condición resolutoria y la facultad de denuncia); las causas de disolución del vínculo contractual previstas en la ley, pero referidas a defectos originarios que afectan al contrato como norma (la rescisión); y también aquellas otras causas de extinción de la relación obligatoria, previstas en la ley, pero que van referidas a una actividad positiva (la facultad de denuncia) o negativa (la resolución por incumplimiento). Así pues, de entre las diversas causas de extinción de la resolución obligatoria admisibles en hipótesis nos interesará solamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato, y sólo en la medida y en los casos admitidos por el ordenamiento jurídico, y esto es lo que habrá que precisar detalladamente.

Esta exposición, que no tiene otro objeto que el de plantear las cuestiones relativas al riesgo contractual en base al sustrato económico y a las previsiones legales, rechazando toda construcción basada en meras indagaciones psicológicas, puede concluir con estas dos consideraciones:

I. La cuestión a resolver es la de determinar, en un contrato de ejecución no instantánea de todas sus prestaciones, hasta dónde debe ser llevada la vinculación de las partes a su cumplimiento en los términos inicialmente pactados, aunque hallan cambiado sustancialmente las circunstancias en las que deben ser cumplidas las obligaciones que surgen de él y cuándo, por el contrario, debe o puede ponerse fin a la relación contractual válida y eficazmente constituida. O, también, cuándo puede el Juez decidir su resolución o revisión, cuando hayan sobrevenido eventos distorsionadores, después de la conclusión del contrato y éstos incidan sobre prestaciones pendientes de ejecución.

II. Partiendo del deber inexcusable que tienen los jueces y tribunales de «resolver en todo caso los asuntos de que conozcan», estos habrán de dar una respuesta a las cuestiones antes planteadas. Pero esa respuesta no podrá ser arbitraria —consideramos que lo sería la que estuviese fundada en meras conjeturas sobre las intenciones de cada uno de los contratantes—, sino que habría que buscarla «ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1-7). Ese sistema de fuentes no es sólo el fijado en el artículo 1.º del Código, sino, también, para lo relativo a los contratos, en el artículo 1.258. Por consiguiente, las respuestas a aquellas cuestiones habrán de ser buscadas, mediante interpretación, en todo el reglamento contractual, acudiendo ordenadamente a todas las fuentes de integración del contrato. Es decir, mediante tantas operaciones combinadas de interpretación e integración como sean necesarias para hallar una regla de distribución del riesgo en la operación económica de la que se trate o, al menos, un criterio objetivo que pueda fundamentar una solución razonable.