

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

IMPREVISIÓN Legislación de América del Sur

LUIS MOISSET DE ESPANÉS (*)

SUMARIO: I.— Antecedentes históricos. a) Francia. b) La inflación. II.— La figura en la legislación iberoamericana moderna. III.— Argentina. a) Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. b) El Anteproyecto de 1954 y la vieja jurisprudencia. c) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. d) Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso. e) La ley 17.711: artículo 1198, 2.^a parte. f) Elementos y condiciones de ejercicio. g) Actos en que encuentra aplicación. h) Acciones concedidas. i) Ley de unificación civil y comercial (1987-1991). IV.— Bolivia (1975). V.— Perú. a) Los códigos de 1852 y 1936. b) Doctrina y jurisprudencia. c) El proceso de reforma. d) El nuevo Código de 1984. VI.— Paraguay (1987). VII.— Colombia. a) Los integrantes de la familia «chilena». b) Intentos de reforma: Proyectos de Valencia Zea y de 1983. VIII.— Uruguay. IX.— Conclusión.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En realidad la teoría de la imprevisión reconoce antecedentes muy antiguos, algunos de los cuáles se remontan al Derecho Romano.

No hablamos del Derecho romano clásico, del siglo segundo de nuestra era; ni siquiera del Derecho romano justiniano. Pero, no debemos olvidar que el Derecho Romano abarca un período de más de veinte siglos, que van desde la fundación de Roma, en 750 AC., hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos, momento en el cual

(*) Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina); Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, y de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada.

deja de aplicarse el Derecho romano bizantino, que tuvo su exponente más alto, quizás, en el *Corpus Iuris* de Justiniano.

En la Edad Media, mientras el Derecho romano todavía se aplicaba y evolucionaba en Bizancio, en Occidente, con el redescubrimiento del *Corpus Iuris* por la escuela de Bolonia, se produce un renacimiento de sus estudios y florecen las escuelas de los glosadores, de los doctores y de los posglosadores, que trabajan activamente sobre los textos del Digesto. En ese momento, y especialmente por la tarea de Bartolo, aparece lo que podemos considerar el antecedente más antiguo de la imprevisión, con la formulación de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*», que se consideraba implícita, y exigía el mantenimiento del contrato mientras «las cosas (*rebus*) siguieran siendo lo que eran al contratar (*sic stantibus*)».

Es cierto que lo que nosotros llamamos hoy teoría de la «imprevisión», y que otros denominan «lesión sobreviniente», o «excesiva onerosidad», es una figura relativamente moderna, ya que nace en las primeras décadas de este siglo, con motivo de graves alteraciones económicas provocadas por la Primera Guerra Mundial, y los gravísimos procesos inflacionarios que luego de su finalización se desencadenaron en algunos países europeos, como Alemania, obligando a los juristas a aguzar su ingenio para buscar solución a las injusticias que introducían estos hechos en la relación contractual, al generar notorios desequilibrios entre las prestaciones intercambiadas.

Lo dicho no significa que con anterioridad no se hayan planteado problemas similares; insistimos en recordar que los glosadores hablaban de la cláusula *rebus sic stantibus* que se consideraba implícita en las convenciones y en cuya virtud se mitigaba el *pacta sunt servanda*, ya que se consideraba que si bien es cierto que las obligaciones nacidas de un contrato debían ser cumplidas estrictamente, este deber subsistía mientras las cosas permanecieran o se mantuviesen tal como se las había tenido en consideración en el momento de concebirse el contrato. Pero si sobrevenían circunstancias posteriores que alteraban las bases tenidas en vista, podía resultar necesario intervenir por diversos medios para revisar el contrato y darle una formulación nueva, que no resultase dañosa para el equilibrio originalmente previsto.

Nació así la teoría de la llamada «cláusula implícita», que no era realmente una cláusula porque las partes no la habían incorporado expresamente al contrato; pero, fundándose en la buena fe que debe presidir la relación contractual, se presumía que se encontraba implícita en toda convención y, en virtud de ella, si variaban las circunstancias el deudor podía dejar de encontrarse obligado.

Transcurre el tiempo, se transforman las concepciones filosóficas que dan sustento al ordenamiento jurídico, se acentúa el principio de la

«autonomía de la voluntad», es decir la libertad de las partes para establecer sus obligaciones y derechos y, como consecuencia de estas concepciones a fines del siglo XVIII prevalece el concepto de que al interpretar el contrato hay que atenerse a la voluntad expresa de las partes y que el hecho de que hubiesen variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar, no resultaba suficiente para alterar las condiciones que las partes fijaron, si ese cambio de circunstancias no había sido expresamente previsto.

Pero la evolución de las ideas no se detiene y los juristas advierten que el llevar a sus máximos extremos la aplicación del «pacta sunt servanda», es decir el rígido y estricto cumplimiento de los pactos, puede originar gravísimas injusticias, en especial cuando las partes no se encontraban en un pie de igualdad al celebrar el contrato, o cuando no podían prever el advenimiento de hechos que alterarían gravemente las circunstancias tenidas en mira al contratar, provocando graves desequilibrios entre las prestaciones. Vemos así que los juristas, procurando que reine el valor supremo, la *justicia*, deciden sacrificar en alguna medida el valor *seguridad* y buscar algún remedio por la vía de la *equidad*.

Aparecen así formulaciones como la de WINDSCHEID, aquel sábio jurista alemán que a fines del siglo pasado trabajó con tanto ahinco en la labor preparatoria del B.G.B., que elaboró la llamada teoría de la «presuposición», en virtud de la cual se sostiene que en todos los contratos se encuentran presentes como presupuestos objetivos ciertas condiciones básicas, y que si ellas se alteran, es lógico que se alteren también las prestaciones que estaban a cargo de las partes.

Recordaremos brevemente que esta teoría es criticada por LENEL, y que a principios de este siglo OERTMANN la reelabora, hablando de las «bases del negocio», camino seguido también por LARENZ, pero que muchos continúan considerando impreciso y peligroso para la seguridad de las relaciones jurídicas.

En el derecho inglés, por su parte, vemos aparecer —también a principios de este siglo— la llamada doctrina de la «frustration», que acepta la revisión de contratos que habían sido privados totalmente de «consideration» (causa). Los precedentes más importantes de esta teoría se dan con motivo de no haberse efectuado el desfile previsto para la Coronación de Eduardo VII, suspendido por enfermedad del monarca (1).

(1) Puede consultarse un resumen de los principales precedentes que se sentaron con este motivo en Vicente ESPERT SANZ: «La frustración del fin del contrato», Tecnos, Madrid, 1968, p. 45 y ss.

El mencionado autor resume la doctrina de la «frustration», diciendo que ella contempla los casos en que «un contrato pierde su eficacia a consecuencia de ciertos acontecimientos o circunstancias que con posterioridad a su perfección hacen que su cumplimiento devenga ilegal, imposible o comercial o económicamente estéril» (obra citada, p. 52).

Lo interesante es advertir este nuevo cambio en la opinión jurídica que vuelve a admitir la posibilidad de revisar, en algunos casos, las obligaciones que las partes habían contraído.

a) **Francia.**

En 1916 encontramos un valioso antecedente jurisprudencial en el caso que enfrentó a la Compañía de Alumbrados de Burdeos, con la Municipalidad de esa ciudad y que fue fallado por el Consejo de Estado admitiendo la revisión del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión (2). Vemos así que mientras en el ámbito del derecho civil los jueces no aceptaban revisar los contratos —actitud que siguió manteniendo la doctrina mayoritaria—, en el terreno del derecho administrativo, por razones de necesidad pública, la doctrina de la imprevisión se abrió paso.

Recordemos brevemente cuáles fueron las circunstancias del caso. La Primera Guerra Mundial, y la ocupación por los alemanes de la cuenca carbonífera francesa de la zona norte del país, dificultaron y encarecieron sobremanera la provisión de ese combustible ya que debió recurrirse al carbón inglés de la región de Gales.

La Compañía de Alumbrado de Burdeos, que por el contrato de concesión estaba obligada a suministrar electricidad a determinado precio, solicitó la revisión de las tarifas que debía aplicar, porque —debido a los costos del carbón— le resultaban insuficientes las sumas que percibía. Si se hubiese aplicado estrictamente el principio del «*pacta sunt servanda*», que inspiraba al Código Napoleón, la consecuencia hubiera sido la quiebra de la compañía y la ciudad de Burdeos se hubiese quedado sin gas ni electricidad. Prevalció entonces el interés público y el Consejo de Estado encontró como único camino aplicar la teoría de la «imprevisión» para justificar la revisión de los precios.

Afirmó en esa oportunidad el Consejo de Estado que si un contrato de cumplimiento continuado se veía afectado por circunstancias imprevisibles, que de ninguna manera pudieron ser tomadas en consideración por las partes al momento de celebrarlo, y como consecuencia de ello la prestación a cargo de una de las partes se tornaba excesivamente onerosa, la justicia podía revisar el contrato restableciendo el equilibrio. Adviértase que el principal interés del Consejo de Estado es asegurar la permanencia y funcionamiento del servicio público, y que

(2) Fallo del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1916.

Su texto puede consultarse en MAZEAUD, «*Leçons de droit civil*», T. I, 1er. vol., 9.^a ed., actualizada por M. François CHABAS, Montchrestien, Paris, 1989, p. 350 (lectura de la lección 14).

la revisión dispuesta deja a cargo del deudor una parte de los perjuicios provocados por las nuevas e imprevisibles circunstancias (3).

También encontramos un precedente legislativo, aunque la norma no tiene carácter general y permanente, sino que es una medida de emergencia, a la que se fija un límite temporal para su ejercicio. Poco antes de concluir la Primera Guerra Mundial se sancionó la Ley Failliot (4), llamada así por el nombre de su promotor, que es uno de los primeros antecedentes legislativos de la teoría de la imprevisión. Se refería a los contratos comerciales o mixtos celebrados antes del primero de agosto de 1914, que generaban prestaciones sucesivas o diferidas. El juez no podía revisar el contrato, sino solamente suspenderlo o rescindirlo, con o sin el pago de daños y perjuicios (5).

El actor debía fundarse en «que en razón del estado de guerra la ejecución de las obligaciones ... acarrearía cargas, o le causaría perjuicios cuya importancia sobrepasaría en mucho las provisiones que razonablemente pudieron efectuarse a la época de la convención» (6). La ley preveía un procedimiento de conciliación previo obligatorio (7); y, como hemos dicho, tenía carácter transitorio, ya que su aplicación debía detenerse tres meses después de cesadas las hostilidades, aunque luego sus efectos fueron prorrogados hasta el 31 de julio de 1920.

b) La inflación.

Pero lo que dio mayor impulso al análisis de la teoría de la imprevisión, haciendo que no solamente se aplicará en algunas sentencias, sino también que luego alcanzase consagración en textos legales, fueron los agudos procesos inflacionarios que al concluir la Primera Guerra Mundial se desataron en varios países de Europa, en especial en Alemania, donde alcanzó dimensiones sorprendentes.

La inflación es un verdadero flagelo que ha existido quizás en todas las épocas, pero que adquirió características inusitadas en nuestro siglo, en especial por haberse reemplazado el dinero de pleno contenido por el papel moneda, lo que permite incrementar sin límites el circulante. En lo que interesa a nuestro estudio puede admitirse que en nuestra época se presentó, inicialmente, como un hecho extraordinario

(3) Conf. MAZEAUD, obra citada, T. II, 1er. vol., 7.ª ed., actualizada por M. François CHABAS, Montchrestien, Paris, 1985, p. 851 (lectura de la lección 38).

(4) Data del 21 de enero de 1918.

(5) Más adelante veremos como esta limitación aparece en la propuesta que se formuló en Argentina, en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

(6) Art. 2 de la Ley Failliot.

(7) Art. 3, Ley Failliot.

e imprevisible, y provocó desequilibrios de tal magnitud en las prestaciones, que los juristas consideraron posible echar mano de la teoría de la imprevisión como remedio para algunos de los males que originaba la inflación.

Los jueces alemanes resolvieron numerosos casos que BOEHMER, en su obra «El derecho a través de la jurisprudencia», analiza muy bien (8); y en el terreno legislativo encontramos fórmulas que consagran la imprevisión, como la incluida en el Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones (9), la del Código Polaco de las Obligaciones y la incorporada posteriormente en los arts. 1467 a 1469 del Código italiano de 1942.

Estas inquietudes reiteradas en diversos países habían tenido como principal motor a la inflación. Pero aquí se hace necesario destacar un hecho aparentemente paradójico, cuando la teoría de la imprevisión se incorpora al arsenal legislativo, la inflación está ya instalada de manera permanente en la economía y el fenómeno ha dejado de ser un hecho «extraordinario e imprevisible» para transformarse en algo estructural que las partes toman en vista al contratar. Resulta entonces que la inflación, que en su momento provocó que se admitiera legalmente la teoría de la imprevisión, ha dejado de reunir los requisitos básicos para que pueda aplicársele esa norma.

II. LA FIGURA EN LA LEGISLACIÓN IBEROAMERICANA MODERNA

Es un lugar común criticar los excesos a que condujo el individualismo liberal que presidió la codificación del siglo XIX, que inspirado por el tríptico de «libertad, igualdad y fraternidad», dio primacía absoluta a la libertad contractual, olvidó que las partes no se encontraban en situación de igualdad y no dio proyección jurídica a la idea de fraternidad.

A poco andar la situación fue aprovechada por los más fuertes, inteligentes o poderosos, provocando flagrantes situaciones de injusticia que jueces, legisladores y juristas en general, procuraron remediar.

(8) BOEHMER, Gustav: «El derecho a través de la jurisprudencia» (traducción al castellano de José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1959.

Ver en especial el Capítulo Quinto: La repercusión de las dos guerras mundiales, de las posguerras, y de las reformas monetarias en las relaciones de derecho privado.

(9) «Art. 269.— Cuando a causa de eventos excepcionales, como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otras catástrofes naturales, la ejecución de la prestación tropiece con dificultades excesivas e implique para una de las partes una pérdida exorbitante que los contratantes no pudieron prever en el momento de perfeccionar el contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, de acuerdo con los principios de la buena fe y teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, fijar la forma de ejecución, el monto de la prestación y aun dictar la resolución».

Para lograrlo se procuró remozar antiguas figuras, como la lesión, que reapareció con el añadido de elementos subjetivos (inferioridad de la víctima y aprovechamiento de la otra parte), o la cláusula «*rebus sic stantibus*», limitada en sus alcances por la precisión de que el cambio de circunstancias debía provocar una «*onerosidad excesiva*», ser «*imprevisto y extraordinario*», y se ponía de relieve la mala fe de quien pretendía aprovechar estos acontecimientos para obtener ventajas que carecían de justificación.

De esta forma el siglo XX inicia un camino que muchos denominan de socialización» del derecho, que tiene principalmente en mira la protección de la parte más débil en la contratación. A veces se habla de una nueva aplicación del principio del «*favor debitoris*», pero en realidad es más apropiado hablar de «*favor o defensa del débil*», ya que muchas veces no es el deudor, sino el acreedor, quien se encuentra en situación de inferioridad, como sucede en los contratos de seguro.

En el último cuarto de siglo ha sido una constante su inclusión en los códigos iberoamericanos, como podemos comprobarlo si pasamos revista a los correspondientes textos: las reformas que la ley 17.711 introdujo en 1968 al Código civil argentino, y los nuevos Códigos de Bolivia (1975), Perú (1984) y Paraguay (1986), como así también el Proyecto colombiano, ejemplifican esta adhesión a las corrientes solidaristas que entienden debe protegerse al deudor contra todo tipo de aprovechamientos.

Procuraremos analizar esos cuerpos legales, aun que razones de tiempo y espacio nos impida efectuar el análisis pormenorizado de los elementos que integran la figura, ni de su campo de aplicación, limitándonos a señalar sus características más sobresalientes, a saber:

- 1) Desequilibrio entre las prestaciones **sobrevenido** con posterioridad a la celebración del contrato;
- 2) **Onerosidad excesiva**, que hace muy gravosa la ejecución de la prestación, aunque sea posible cumplirla (esto la diferencia del caso fortuito) o la torna exigua perjudicando gravemente al acreedor;
- 3) **Imprevisibilidad y extraordinariedad** del hecho que provocó el desequilibrio;
- 4) La **resolución** como remedio, pero también —y preferentemente—, el **reajuste o modificación**.
- 5) Exclusión del remedio cuando el desequilibrio está causado por culpa o mora de la propia víctima.

III. ARGENTINA

a) Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

Queremos señalar aquí un antecedente que resulta verdaderamente precursor, y pone de relieve la atención con que los juristas iberoamericanos han seguido la evolución socio-económica, procurando modernizar las normas vigentes en sus respectivos países para adecuarlas a los cambios que se iban produciendo.

En Argentina ese proceso de modernización comienza con la designación en 1925 de una Comisión encargada de proyectar reformas al Código de Vélez, cuyos principales frutos se plasman en el Anteproyecto de Biliboni y el Proyecto de 1936. Es cierto que en ninguno de esos intentos aparece la teoría de la imprevisión, pero debe destacarse que en 1937 se reúne en Córdoba el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, para estudiar las virtudes y defectos del Proyecto de 1936, y ese Congreso, a propuesta del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, incluye como tema 19 el interrogante de si **¿conviene incorporar a la legislación civil algunos de los principios de la doctrina de la «imprevisión» o del «riesgo imprevisible»?** (10)

La Comisión encargada de estudiar el tema, integrada por cinco destacados catedráticos de Derecho Civil (11), formuló un despacho por el que recomendaba al Congreso de la Nación que diese «cabida a la doctrina de la imprevisión» (12), aunque había cierta diferencia de fundamentos entre quienes lo suscribían, pues mientras el profesor Carlomagno propiciaba que se hiciese solamente una alusión a que surge del principio general de buena fe, cuya aplicación puede ser efectuada por los jueces con gran amplitud (13), permitiéndoles no sólo rescindir el contrato o suspender su aplicación, sino también

(10) Ver «Actas. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil», Imp. de la Universidad, Córdoba, 1939, p. 9.

(11) Hipólito MONTAGNÉ, Pedro LEÓN, Estanislao D. BERROTARÁN, Alfredo ORGAZ y Adelqui CARLOMAGNO.

(12) «Vuestra Comisión... os aconseja, ... la siguiente declaración: «Que la Comisión Interparlamentaria dé cabida a la doctrina de la imprevisión, de modo que equilibre los factores a que se ha hecho referencia en el curso del presente despacho» (ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 433).

(13) «... debe dar cabida al instituto de la imprevisión, considerando ... que él surge a través del concepto general y amplio de buena fe...» (conclusión 2.ª), y que «... la doctrina de la imprevisión no puede ni debe ser especificada y aplicada sino única y exclusivamente por la vía de la interpretación judicial, para lo cual las facultades de los jueces, por la naturaleza misma y fines esenciales del instituto en cuestión, deben ser lo suficientemente amplias, so pena de incurrirse en arbitrariedad» (conclusión 3.ª), ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 438 y 439.

modificarlo (14), los restantes miembros de la Comisión creían indispensable, por una razón de prudencia, tipificar la figura, determinando el carácter excepcional del precepto y, pese a la falta de antecedentes en los cuerpos legales vigentes a esa época, se inspiraban en las decisiones del Consejo de Estado francés, y en la Ley Failliot, para proponer la siguiente fórmula que, lamentablemente, no alcanzó a ser considerada:

«Cuando en virtud de haber sobrevenido acontecimientos generales y extraordinarios, que no hubieren podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación del otro se encuentren en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en mira las partes al contratar, el Juez puede, según las circunstancias, declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporalmente» (15).

Procuraban por esta vía fijar los elementos de la figura y sus condiciones de ejercicio, dando pautas orientadoras que al par que atendiesen a las razones de equidad que la inspiran, no vulnerasen de manera excesiva la seguridad jurídica que reclaman los justiciables.

No olvidemos que con anterioridad a la celebración del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil algunos autores argentinos, como Anastasi (16) y el propio Carlomagno (17), se habían preocupado de la teoría de la imprevisión, y hubo también una tesis doctoral sobre el tema (18).

(14) Ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 434 *in fine*, y 435.

(15) Ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 434.

Debe señalarse especialmente que la mayoría de la Comisión no se atrevía a conceder a los jueces una facultad amplia de «modificación» de los contratos, y optaba por facultarlos solamente a rescindirlos, o suspenderlos temporariamente, estimando que «la suspensión puede dar tiempo a la sanción de leyes de emergencia que pongan remedio a las situaciones extremas».

(16) ANASTASI, Leonidas: Las teorías de la imprevisión, de la cláusula «*rebus sic stantibus*» y de la presuposición, *Jurisprudencia Argentina* 29-576 y *Jurisprudencia Argentina* 31-419.

En adelante citaremos esta colección jurisprudencial como J.A.

(17) CARLOMAGNO, Adelqui: «La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general», *J.A.* 43-17 (sec. doct.).

Posteriormente volvió sobre el tema en: «La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos», *Rev. Fac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires*, Año V, n.º 18, enero-abril 1950, p. 69; y «Algo más sobre la imprevisión», *J.A.* 1961 - IV - 75 (sec. doct.).

(18) CARDINI, Eugenio Osvaldo: *La teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, 1937.

b) El Anteproyecto de 1954 y la vieja jurisprudencia

El Proyecto de 1936 quedó en las carpetas del Congreso de la Nación; posteriormente desde el Ministerio de Justicia de la Nación, y bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, se elaboró el Anteproyecto de 1954, que incluyó una norma sobre la excesiva onerosidad sobreviniente (19), inspirada en la solución ya consagrada por el Código italiano de 1942, en sus artículos 1467 a 1469.

La doctrina nacional en varias oportunidades señaló la necesidad de que se incorporase al Código la teoría de la imprevisión, en especial para poner remedio a los efectos de la inflación que se había desatado a partir de 1946, y hubo algunos fallos que de manera más o menos explícita le dieron cabida, como uno de la Cámara Civil 2.^a de la Capital, en el que se expresó que «el juez puede tomar en cuenta las nuevas circunstancias para fijar la posición de las partes equitativamente, al variar el medio económico y jurídico que condicionó consciente o inconscientemente el convenio» (20). Nuestro maestro, Pedro León, recordaba siempre en sus clases un fallo inédito, vinculado con la obra del camino de las Altas Cumbres, en el cual se admitió el reclamo de variación en los costos provocado por el cambio de circunstancias que la inflación había provocado (21).

(19) «Art. 1025 (Anteproyecto de 1954).— En los contratos de tracto sucesivo, o de ejecución diferida, si la prestación de alguna de las partes llegase a ser extremadamente onerosa, por el acaecimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, podrá demandar la rescisión del convenio, salvo que la otra parte se aviniere a modificar equitativamente las condiciones pactadas.

Si el contrato fuese unilateral, podrá el deudor en las circunstancias expresadas pedir una reducción de su prestación, o bien alguna modificación en el modo de efectuar el cumplimiento, que sea bastante para retornar la obligación a la equidad.

Lo dispuesto en este artículo no rige en los contratos aleatorios».

(20) Ver JA., 1951 - V - 675.

(21) En nuestro Curso de Obligaciones (*Advocatus*, Córdoba, 1993, T. II, p. 133) recordamos este caso diciendo textualmente:

«León, en sus clases citaba un precedente cordobés, cuando se realizó el llamado *Camino de las Altas Cumbres*, obra que era monumental en su época, ya que atraviesa la Sierra Grande y llega hasta Mina Clavero, al oeste de la provincia, la obra tropezó con condiciones sumamente difíciles, a raíz de lo áspero de la sierra. Para colmo sobrevino la Segunda Guerra Mundial, entonces el contratista que había obtenido la licitación para ejecutar la obra se encontró con que si cumplía las condiciones establecidas en el contrato, se arruinaría de manera total. Por ese motivo la provincia reconoció un adicional en los precios para compensar el encarecimiento extraordinario, fuera de toda previsión razonable —ése es el concepto que interesa recalcar— que habían sufrido los materiales y mano de obra».

c) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Esas circunstancias motivaron que el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil, que se reunió en Córdoba en octubre de 1961, incluyese como tema 10: «El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato: la imprevisión y las teorías afines» (22).

El tema despertó gran interés entre los miembros del Congreso; hubo una ponencia de Jorge Mosset Iturraspe (23), y dictámenes preliminares —algunos extensamente fundados— de Eugenio Osvaldo Cardini (24), Mosset Iturraspe (25), Héctor Raúl Sandler (26) y Edgard A. Ferreyra, José Manuel Saravia y Marco Aurelio Risolía (27). Se formularon también algunas «observaciones» a esos dictámenes preliminares (28), y un despacho de la Comisión definitiva que fue votado por amplia mayoría, convirtiéndose en la Recomendación n.º 15 (29), cuyo texto fue adoptado sin modificaciones por la ley 17.711, en 1968, como un agregado al art. 1198 (30).

(22) Ver «Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil», Imprenta Universidad Nacional, Córdoba, 1962, T. I, p. 13.

(23) «Tercer Congreso...», T. II, p. 566.

(24) «Tercer Congreso...», T. II, p. 567 a 569.

(25) «Tercer Congreso...», p. 564 a 575.

(26) «Tercer Congreso...», T. II, p. 577.

(27) «Tercer Congreso ...», p. 578 y 579.

(28) Observaciones de María Antonia LEONFANTI, p. 580, Eugenio O. CARDINI, p. 582, y Aceel E. SALAS, p. 584.

(29) «El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, RECOMIENDA: Incorporar al Código civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto:

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte afectada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propia del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato» (ver «Tercer Congreso...», T. II, p. 778).

(30) *Código civil argentino*: «Art. 1198 (texto de acuerdo a la ley 17.711).—

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Hubo, es cierto, un despacho en disidencia, suscripto por Risolfá (31), que a lo largo del debate recibió la adhesión de otros tres congresales: Abelenda (32), Vernengo Prack (33) y Guaglianone (34). Los debates, pese a las limitaciones de tiempo que imponen estos certámenes científicos, fueron sumamente ilustrados y resulta siempre útil consultarlos.

d) Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso.

La recomendación del Tercer Congreso influyó sobre la jurisprudencia y, aún antes de que la ley 17.711 consagrara la teoría de la imprevisión que entró en vigencia el 1.º de julio de 1968, fue frecuente que se la invocase ante la justicia, y si bien algunos tribunales se negaban a aplicarla (35), comenzaron a aparecer fallos que le daban cabida, como un medio de brindar protección al deudor frente a la excesiva

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato».

Un rápido cotejo con la Recomendación aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil nos permite verificar que únicamente se ha cambiado «afectado» o «afectada», por «perjudicado», y «álea propia» por «riesgo propio», es decir son textos sustancialmente idénticos.

(31) «Tercer Congreso...», T. II, p. 585: «Declarar que no debe incluirse en el Código Civil norma general alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios por intervención o arbitrio judicial, sin perjuicio de la validez que debe acordarse a las cláusulas de garantía, de la vigencia de las normas y principios que confieren a los magistrados la posibilidad de juzgar de la moralidad de los actos y hacer observar la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y sin perjuicio por último de las soluciones especiales y transitorias que arbitre el legislador cuando sobrevengan alteraciones calamitosas para el orden civil».

(32) «Tercer Congreso...», T. II, p. 595.

(33) «Tercer Congreso...», T. II, p. 598.

(34) «Tercer Congreso...», T. II, p. 609.

(35) «Nuestra legislación no admite específicamente la teoría de la imprevisión. No invocándose circunstancias de fuerza mayor o hechos que hayan incidido en la voluntad de las partes al celebrar el contrato, no pueden anularse los efectos legales del mismo, que debe cumplirse como si fuese ordenado por la ley», Cam. Comercio de la Capital, sala C, 22 de octubre de 1964, El Derecho (en adelante E.D.) 10 - 733.

«En la vida de los negocios está ínsita la lucha de intereses y no son excepcionales las actitudes egoístas de los contratantes. Mientras se respeten la ley y los dictados de la moral los jueces no pueden, sin graves riesgos para la seguridad jurídica, computar circunstancias de ese tipo para llegar al quebrantamiento del principio de fidelidad al contrato», Cam. Civil de la Capital, sala D, 26 de mayo de 1964, E.D. 10 - 725.

onerosidad sobrevenida por circunstancias extraordinarias e imprevisibles (36).

Luego, ya vigente, se han multiplicado los fallos en los que se la aplicaba, y los estudios doctrinarios que procuraban precisar su alcance y señalar los defectos del texto, propiciando reformas que tendiesen a mejorarlo.

e) **La ley 17.711: artículo 1198, 2.^a parte.**

No hemos de seguir en detalle la evolución doctrinaria y jurisprudencial, sino que —por razones de brevedad—, nos limitaremos a señalar los elementos constitutivos de la figura y sus condiciones de ejercicio.

f) **Elementos y condiciones de ejercicio.**

- 1) *Desequilibrio*: en primer lugar, debe haber objetivamente un desequilibrio entre las prestaciones de las partes; en esto hay alguna semejanza con la figura de la *lesión* y por tal razón algunos denominan a la *imprevisión*, lesión sobrevenida.
- 2) *Hecho sobrevenido*: el adjetivo que agrega cierto sector de la doctrina al vocablo lesión, para referirse a la figura que estudiamos, está íntimamente vinculado con el segundo elemento; debe tratarse de un hecho que acontece con posterioridad a la celebración del acto. Originariamente las prestaciones de las partes eran equivalentes, pero un **hecho sobrevenido** quiebra ese equilibrio. Cuando la desproporción es originaria no corresponde invocar la imprevisión, sino la «lesión subjetiva», que el derecho argentino acoge en el art. 954 (37).

(36) «La cláusula *rebus sic stantibus* está implícita en todo contrato y es el razonable complemento de la tradicional *pacta sunt servanda*», Cam. Civil de la Capital, sala D, 26 de mayo de 1964, E.D. 10-725, y 30 de diciembre de 1965, E.D. 14-99.

«El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado, ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto, ha de ser imprevisible, inevitable, sobrevenida a la constitución de la obligación, y ajeno al deudor», Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 de noviembre de 1964, E.D. 10-717.

«La teoría de la imprevisión se aplica no sólo a los contratos de tracto sucesivo, sino también a los de ejecución diferida», Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 de noviembre de 1964, E.D. 10-717; sala D, 30 de diciembre de 1965, E.D. 14-99.

(37) Cam. Civil y C. Paraná, sala 2.^a, 19 de mayo de 1986, «TORRILLA, Ramón A. c/ Carlos MAININI», Zeus, T. 44, J - 43 (caso 6518): «Los institutos de la lesión e imprevisión cumplen diferente función, se encuentran sometidos a distintos requisitos de procedencia y apuntan a corregir desequilibrios contractuales originarios, en un caso, y sobrevenientes en el otro».

En el caso se había comprado por boleto un terreno, pagadero en 155 cuotas mensuales, actualizables trimestralmente por el índice de precios al consumidor.

Además debe ser «extraño a la voluntad de las partes» (38), pues si el perjudicado fuese el autor del hecho, los efectos sólo serían imputables a su propia culpa, y no podría invocar la imprevisión: y si fuese el beneficiado quien con su actividad provocó esta alteración en el contrato, su conducta entrañaría una violación de los deberes que impone la obligación, y daría pie a una solicitud de resolución por incumplimiento.

- 3) *Imprevisibilidad*: el hecho que ha provocado el desequilibrio debe ser extraordinario e imprevisible (39). Esto hace que haya cierta semejanza entre la *imprevisión* y el caso fortuito, pero mientras en el caso fortuito el hecho imprevisible trae como consecuencia la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, en la imprevisión la prestación todavía puede ejecutarse; lo que sucede es que se ha tornado excesivamente gravosa para el deudor. Esto brinda otro elemento de la figura.
- 4) *Onerosidad excesiva*: no basta cualquier desequilibrio que haya sobrevenido de manera imprevisible entre las prestaciones de las partes, sino que ese desequilibrio debe tener cierta entidad y, si bien no torna imposible el cumplimiento de la prestación, lo torna excesivamente gravoso, para una de las partes. que no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido la otra; sería contrario a la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos, reclamar el cumplimiento de una prestación que no guarda armonía con la que se brinda, para ello debe tratarse de una diferencia *evidente*.

Se pretendió la revisión invocando conjuntamente lesión e imprevisión y se consideró inadecuada esa acumulación de acciones en razón de la diferencia de naturaleza jurídica existente entre la lesión y la imprevisión.

(38) Conf. Cam. Especial Civil y Com. Capital, sala 2.ª, 31 de marzo de 1977, «BLANCHINI DE IRACHETA, Delia c/ HATERET, S. y otra», J.A., 1977 - III - 280: «... en principio debe tratarse de un hecho sobreveniente, **exterior a la voluntad de las partes**, que supere la aptitud normal de previsión...».

En igual sentido la Cam. Civil Capital, sala B, ha dicho: «El acontecimiento que viene a alterar la base económica del contrato no sólo debe ser extraordinario, imprevisible y sobreveniente, **sino también extraño a la persona del deudor**, requisito sin el cual el cambio de circunstancias no justifica la reparación judicial del perjuicio» (23 de marzo de 1977, «GONZÁLEZ, Javier y otra c/ PANANGENT, SA., J.A., 1978 - I - 424.

(39) En tal sentido se ha dicho que «es aplicable la teoría de la imprevisión en el caso de ocurrir circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, que alteren la ecuación económica financiera del contrato», y que «debe entenderse como acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda en sentido absoluto, siendo suficiente que escape a la habitualidad y prudente previsibilidad en circunstancias semejantes, que los contratantes no hayan podido racionalmente prever» (Cam. Com. Capital, sala C, 16 de febrero de 1977, «LAFROCE, Eustaquio c/ Claudio FERNÁNDEZ, SA.», J.A., 1977 - III - 283, y E.D. 73-626).

En el caso se consideró excesivamente oneroso para el comprador un aumento de precio que excedía al doble de lo fijado en el contrato, en un plazo inferior a cuatro meses.

g) Actos en que encuentra aplicación.

En general se aplica a los contratos conmutativos (40) y, por excepción a los aleatorios, cuando la onerosidad no proviene del riesgo propio del contrato.

Se aplica a prestaciones que han sido diferidas en el tiempo, porque en los contratos en que la prestación debe efectuarse de inmediato—como una compraventa al contado— no puede presentarse el hecho imprevisible más que en el caso en que el deudor, por su culpa, no cumpla cuando debía y demore su prestación; en tal hipótesis, él deberá cargar con las consecuencias de su propia culpa (41).

Se trata, insistimos, de prestaciones cuyo cumplimiento ha sido diferido en el tiempo, o prestaciones sucesivas, como las que surgen de los llamados contratos de tracto sucesivo. Aquí es donde, típicamente tiene su campo de aplicación la doctrina de la imprevisión.

h) Acciones concedidas.

Frente al pedido de resolución efectuado por el deudor, la otra parte puede lograr que el contrato mantenga vigencia, si ofrece una modificación de las condiciones que resulta equitativa, pues al orden jurídico le interesa, sobre todo, mantener la validez de las convenciones, y que produzcan los efectos que las partes tuvieron en vista al contratar.

Un punto que desde el primer momento ha dividido a la doctrina y la jurisprudencia nacionales es si el perjudicado sólo puede solicitar la rescisión del contrato, o si resultaría admisible que en lugar de ello reclamase modificación. Vemos así que en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil que presidimos en 1976, la Comisión encargada del estudio del Tema 2 (42), en el punto 4 de su despacho interpretó que a la parte perjudicada se le concede «tanto la acción de reajuste como la de resolución», agregando que si se ejercitase la acción de resolución «el accionado puede contrademandar por reajuste, y en caso de accionar por reajuste el accionado puede requerir la resolución».

(40) Dentro de los cuales quedan comprendidos los «unilaterales onerosos», como el «mutuo oneroso».

Por eso se ha resuelto con acierto que resulta inapropiada la invocación de la teoría de la imprevisión en el caso de un «pacto de alimentos a favor de un hijo mayor de edad», porque «dicha norma no es aplicable al contrato unilateral gratuito» (Cam. Civil Capital, sala C, 9 de junio de 1983, «L., G. y M. de L., H.», E.D. 107 - 226 (caso 37.443).

(41) «No puede invocarse la teoría de la imprevisión cuando el perjuicio que alega quien pretende la nulidad o la revisión del contrato encuentra su origen en su conducta u omisión», Cam. Civil Capital, sala F, 6 de octubre de 1977, «ROSSINI, Pedro c/ CÁCERES DE PAGLIA, Marta, B.», E.D. 80-204.

(42) «La imprevisión contractual y los artículos 1198 y 1633 del Código civil».

Quienes sostenemos esta postura estimamos que debe prevalecer por sobre todas las cosas la posibilidad de mantener vivo el contrato y permitirle que cumpla los efectos que originariamente las partes han querido, por lo que una interpretación literal del art. 1198, que sólo permitiese al damnificado solicitar la resolución, estaría en contra del espíritu que anima a la figura. En sentido coincidente se ha dicho en algunos fallos que «la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra legitimada tanto para reclamar la resolución del contrato como para limitarse a peticionar solamente la revisión o el reajuste; esta interpretación está acorde con el fundamento y finalidad del remedio legal establecido...» (43), y el mismo tribunal acepta que el actor puede indistintamente accionar por resolución o reajuste del contrato, pero sostiene que el pedido de modificación no está «implícito», subsumido en el de resolución, sino que debe ser formulado de manera expresa (44). Entiende el camarista, Dr. Greco, que si el actor solamente pidió la resolución, el juez no puede de oficio ordenar la modificación, porque se vulneraría el principio de congruencia (45).

Pero, como hemos dicho, la jurisprudencia no es pacífica, y otros tribunales han sostenido que «la norma del art. 1198 del Código Civil permite al afectado en la prestación a su cargo por tomarse la misma excesivamente onerosa, demandar la resolución del contrato, como en forma expresa lo señala dicha disposición, sin que esté al alcance de aquél pedir la revisión» (46).

Esta posición doctrinaria entronca con aquella que, tomando como modelo la solución de la Ley Failliot, fue sostenida en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

Nada dispone el Código sobre el plazo de prescripción de la acción de resolución y poco hemos encontrado tampoco en los primeros comentaristas de la norma, salvo en Garrido y Andorno (47) que, de forma

(43) Cam. Civil Capital, sala G, 13 de noviembre de 1980, «Coronel, Nilda M. y otros c/ Esyma S.A.», JA. 1981 -II- 243 (caso 30.361).

(44) Cam. Civil Capital, sala G, 26 de diciembre de 1984, «Balmoral 100 SRL. c/ Mattos, Jorge A.», JA. 1985-III-51.

(45) Cita en su apoyo otros fallos de la misma sala, y dice no compartir la posición sustentada por la sala A (sentencia publicada en La Ley 1980-D-145, con nota aprobatoria de Jorge MOSSET ITURRASPE).

(46) Cam. Especial Civil y Com. de la Capital, sala 5.ª, 28 de septiembre de 1984, «Cambio Excursiones Turismo Columbus SA. c/ Vanina SCA.», JA. 1985-III-178.

(47) GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O.: «Reformas al Código Civil», 2.ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 1971, comentario al art. 1198, p. 253: «En cuanto al plazo de prescripción, que debería comenzar a contarse desde la producción del acontecimiento extraordinario e imprevisible- pensamos que debería ser el decenal, contemplado en el art. 4023, reformado».

muy somera, remiten al plazo general de prescripción del art. 4023, es decir 10 años, que sin duda puede parecer excesivo y en Juan Carlos Molina (48), que coincide en que corresponde el plazo decenal y opina que comienza a correr «desde que se produzca el hecho generador de la excesiva onerosidad», y prevé que ese hecho puede tener cierta prolongación temporal, lo que plantearía «alguna dificultad para establecer en qué momento la alteración sobreviniente determinará el exceso de onerosidad suficiente para autorizar la resolución» (49). Sin embargo, en la práctica, hasta el momento no se han suscitado problemas, lo que permitiría pensar que la omisión no es demasiado grave.

Aunque hay muchos otros aspectos que deberían ser motivo de análisis, no nos extenderemos más para poder ocuparnos, aunque sea someramente de los nuevos Códigos americanos.

i) Ley de unificación civil y comercial (1987-1991).

En 1986 la H. Cámara de Diputados de la Nación designó una Comisión para que elaborase un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. La Comisión, integrada por prestigiosos juristas (50), cumplió con su cometido dentro del plazo de un año que se le había asignado, y el proyecto recibió sanción a «libro cerrado» en julio de 1987. El Senado le prestó aprobación cuatro años después, sin introducirle modificaciones (51), y el Poder Ejecutivo vetó totalmente la ley de unificación, porque muchas de sus normas estaban en pugna con la «ley de convertibilidad», sancionada ese mismo año, que restableció el «nominalismo» monetario y —por el momento— parece haber detenido la inflación.

En las «Notas explicativas» con que la Comisión redactora acompañó el proyecto de unificación se hace mención a las reformas que se introducían al art. 1198 (52), sosteniendo:

(48) MOLINA, Juan Carlos: «Abuso del derecho, lesión e imprevisión», Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 246.

(49) Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

(50) Héctor ALEGRÍA, Atilio Anibal ALTERINI, Jorge Horacio ALTERINI, Miguel ARAYA, FRANCISCO DE LA VEGA, Horacio FARGOSI, Sergio LE PERA y Ana PIAGGI.

(51) Lamentablemente al no efectuarse la necesaria revisión subsistieron dispositivos «valoristas», que dieron pie al veto total del Poder Ejecutivo.

(52) El art. 1198 quedaba redactado de la siguiente manera:

«En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por acción o como excepción, la resolución del contrato o su adecuación. Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propio del contrato.

«Las modificaciones introducidas permiten invocarla por vía de acción o de excepción.

Se acepta la pretensión de adecuación del contrato, salvo que ella sea incompatible con las circunstancias de la relación jurídica de que se trate.

Expresamente se excluyen estos remedios cuando la excesiva onerosidad resulte de culpa de quien la invoca».

Por nuestra parte acotaremos que uno de los cambios sustanciales, más que el hecho de que pueda esgrimirse por vía de acción o de excepción, consiste en que se admite expresamente que el perjudicado pueda pedir no solamente la resolución, sino también la adecuación del contrato.

En lo que se refiere a la exclusión del remedio si media culpa, el punto está contemplado en la normativa vigente; lo sustancial del cambio propuesto reside en que se elimina la mención a la mora, siguiendo ideas expuestas por uno de los miembros de la Comisión (53).

En materia de redacción no parece afortunada la sustitución del giro «riesgo propio», que es castizo y correcto, por el de «álea propio», empleando un vocablo latino que, pese a tener cierta tradición jurídica, no está aceptado por la Real Academia, y acompañándolo de un adjetivo de género masculino (propio), cuando por el significado del vocablo (alea = suerte), parecería más correcto utilizar el género femenino.

Lo importante, a nuestro entender, es señalar que la doctrina argentina, luego de un cuarto siglo de aplicación de la norma, coincide en la necesidad de mantener la figura y propone los retoques que deben introducirse para su mejor funcionamiento (54).

El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, salvo que la economía o la finalidad de las partes excluyan ese reajuste.

En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla».

(53) ALTERINI, Atilio A.: «La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante», en *La Ley* 1980-C-1109.

(54) La misma conducta se observa en los nuevos proyectos de unificación, tanto en el elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia (art. 899), como en el redactado por la Comisión designada por la Cámara de Diputados, donde el problema se trata en una norma que lleva el número 1199, y reproduce casi textualmente las previsiones del Proyecto de Unificación de 1987, con una pequeña errata pues en lugar de «álea» dice «área».

IV. BOLIVIA (1975)

A mediados de la década del 70 Bolivia, renovó prácticamente toda su legislación, tanto la de fondo como la procesal, en una etapa que recibió la denominación de «codificación Banzer», por el nombre del dictador que en ese momento gobernaba al país.

El anterior Código civil databa de comienzos del siglo pasado y se reducía a la traducción al castellano del Código francés. En 1945 el jurista español Osorio redactó un Anteproyecto de Código civil, que dedicaba una norma a la teoría de la imprevisión (55). Posteriormente se ha dado forma a este nuevo Código, que no ha podido escapar totalmente, en sus aspectos metodológicos y de contenido, al influjo de la tradición creada por la prolongada aplicación del anterior, pero ha modernizado la legislación civil, procurando tomar como modelos otras corrientes europeas modernas.

Lamentablemente la doctrina boliviana alrededor del Código es escasa y está poco difundida, y no contamos con antecedentes jurisprudenciales que nos indiquen el rumbo que ha tomado la aplicación de sus normas, por lo que debemos limitarnos a reproducirlas, con una pequeña glosa.

La modernización de las leyes civiles se refleja en la incorporación de figuras como el estado de peligro (art. 560), la lesión (arts. 561 a 563) y en lo que a nosotros nos interesa, la imprevisión, que está legislada en la Parte Segunda; Título I; Capítulo X, de la resolución del contrato. cuya Sección III se ocupa «**de la resolución por excesiva onerosidad**», siguiendo en este punto el modelo del Código italiano de 1942, con algún retoque (56).

Dedica a la figura tres artículos (57). En el primer párrafo del art. 581 (58), procura establecer los contratos que pueden estar sometidos a revisión por causa de imprevisión, mencionando en la leyenda

(55) «Art. 685 (Anteproyecto Osorio).— Las obligaciones deberán cumplirse tal como fueron contraídas mientras las cosas que son objeto de ellas se mantengan en la situación que tenían al establecerse. Si la situación hubiera cambiado, las obligaciones podrán ser revisadas».

(56) Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE señala que el art. 581 del Código boliviano reproduce al art. 1467 del Código italiano, con el agregado de un párrafo, y que los arts. 582 y 583 son iguales a los arts. 1468 y 1469 del Código de Italia (ver «Estudios de Derecho Privado», Cultural Cuzco editores, Lima, 1983, T. II. p. 136).

(57) Arts. 581, 582 y 583 del nuevo Código civil de Bolivia.

(58) Art. 581.— *Resolución judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestaciones recíprocas.*— 1.— En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

a todos los que originan prestaciones recíprocas, en los casos en que su ejecución fuese «continuada, periódica, o diferida», y luego en el art. 582 extiende parcialmente la solución a los contratos con prestación unilateral (59), dejando librado al arbitrio del juez establecer si se reúnen las condiciones para conceder, **en equidad**, la reducción de las prestaciones solicitada: por último, en el art. 583 (60), excluye de manera absoluta a los aleatorios, sin tomar en consideración los casos en que el acontecimiento extraordinario es ajeno al álea propio del contrato.

Para que funcione la figura el hecho que provoca la onerosidad excesiva de la prestación debe ser «extraordinario e imprevisible», pero no se admitirá ningún reclamo si el perjudicado había ya ejecutado la prestación que se torna excesivamente onerosa, v tampoco cuando se encontrase en mora, por haber «incumplido voluntariamente» la prestación (inc. II, art. 581) (61), como tampoco cuando la prestación se hace gravosa en razón del álea normal del contrato (inc. III, art. 581) (62).

El perjudicado sólo puede solicitar la resolución del contrato (art. 581, inc. I), pero esa acción podrá transformarse en la de modificación a pedido del demandado en cualquier momento, antes de la sentencia (art. 581, inc. IV) (63), siempre que se ofrezcan condiciones que el juez considere aceptables.

V. PERU

a) Los códigos de 1852 y 1936.

Creemos necesario dedicar nuestra atención con algún detenimiento a la evolución del problema en Perú pues este país, junto con Argentina, parecen ser los que más cuidado han puesto al incorporar a sus respectivos Códigos la teoría de la imprevisión.

(59) Art. 582.— *Reducción o modificación judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestación unilateral.*— En la hipótesis prevista por el artículo anterior, y cuando se trate de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.

(60) Art. 583.— *Excepción: contratos aleatorios.*— A los contratos aleatorios no son aplicables las normas de los artículos precedentes.

(61) Art. 581.— ... II.— La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

(62) Art. 581.— ... III.— Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato.

(63) Art. 581.— ... IV.— El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas.

El primer Código civil de Perú data de 1852 y en él, lógicamente, no encontramos una norma que consagre la figura, sino solamente referencias al principio general de buena fe. Algo similar sucede en el Código de 1936, aunque en esas épocas ya la doctrina peruana comenzaba a sentir la necesidad de que se diese cabida a la teoría de la imprevisión.

b) Doctrina y jurisprudencia.

Quizás el primero en ocuparse del problema fue el recordado maestro, don José LEÓN BARANDIARAN, en un artículo publicado en 1934 (64), y existe una tesis de bachiller de García Sayán que, por su título, pone de manifiesto que lo que ha despertado su atención sobre la teoría de la imprevisión es el fenómeno inflacionario (65). Tanto estos autores, como otros que también se ocupan del problema con posterioridad a la sanción de Código de 1936, estiman que los tribunales podrían aplicar la imprevisión fundándose en el principio general de buena fe (art. 1378 de ese Código peruano), sin creer necesario propiciar la inclusión de una norma que la consagrara expresamente. Ésta es la solución propuesta por Angel Gustavo Cornejo, en sus Comentarios al Código civil peruano de 1936 (66), y por el propio Enrique García Sayán en su tesis doctoral (67). Todavía veinte años después otra tesis doctoral (68) se conformaba con propiciar la aplicación de la teoría de la imprevisión basándose en el principio de la buena fe, sin advertir al parecer que este camino interpretativo no resultaba apto frente a la reticencia de los tribunales.

El primer autor peruano que se pronunciará decididamente por la conveniencia de incorporar expresamente la figura al derecho positivo será Carlos Ledgard, en una tesis de bachiller de 1945 (69), y luego

(64) LEÓN BARANDIARAN, José: *La teoría del riesgo imprevisto*, citado por Benavides Torres (La excesiva onerosidad de la prestación, p. 273).

(65) GARCÍA SAYÁN, Enrique: «La depreciación monetaria y el cumplimiento de los contratos entre particulares». Lima, Libr. Gil, 1932 (citada por Benavides Torres).

(66) CORNEJO, Angel Gustavo: «Código civil — Exposición sistemática y comentarios», Lima, 1938, T. II, vol. II. Citado por De La Puente y Lavalle. y por Benavides Torres.

(67) GARCÍA SAYÁN, Enrique: «Las nuevas tendencias en el derecho contractual y en la legislación peruana». Citado por De La Puente y Lavalle, y por Benavides Torres.

(68) ALTAMIRANO GUEVARA: «La cláusula *rebus sic stantibus* o la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Privado», Lima, 1962. Citado por De La Puente y Lavalle, y por Benavides Torres.

(69) LEDGARD, Carlos: «La Teoría de la Imprevisión en el derecho contemporáneo y en el Código civil de 1936», Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Políticas, año VIII, Tomo VIII, Lima, 1944. Citado por Benavides Torres; De la Puente y Lavalle lo cita sin mencionar la Revista, y da como año de publicación 1945.

harán oír su voz en el mismo sentido Felipe Osterling, en una conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Lima en junio de 1965 (70), y Manuel De La Puente y Lavalle en su tesis doctoral (71).

c) El proceso de reforma.

Pese a tan destacados aportes de la doctrina, la jurisprudencia se mostró reacia a admitir la imprevisión, y no se citan fallos que hayan hecho aplicación de sus principios. Por eso, a poco de designarse en 1965 por el Ministerio de Justicia una Comisión encargada del estudio y revisión del Código de 1936, Felipe Osterling sostuvo enfáticamente «que el contrato no puede convertirse en el vehículo que cause la ruina económica de los contratantes», ni servir de «instrumento de empobrecimiento de las partes» (72) reclamando a la Comisión que incluyera normas específicas sobre la imprevisión.

El reto fue recogido por Max Arias Schreiber, que era el miembro de la Comisión encargado de preparar la Parte General de los contratos en el Proyecto de Código. Vemos así que la ponencia de contratos presentada en 1977 dedica cuatro artículos que siguen muy de cerca los lineamientos trazados por el modelo italiano. El problema se discute en el seno de la Comisión, con el aporte de De La Puente y Lavalle que también la integraba, y en 1980 se presenta el Anteproyecto que mejora sustancialmente los textos de la ponencia anterior, ya que se toman en cuenta otros antecedentes, como el art. 388 del Código civil griego, y el art. 1198 que la ley 17.711 incorporara al Código civil argentino.

En 1981 la Comisión Reformadora amplía a cinco los artículos dedicados a la imprevisión, para dar a sus dispositivos una mejor distribución, Y todavía en 1984 la Comisión Revisora introduce algunos cambios e innovaciones de importancia, en especial lo vinculado a la irrenunciabilidad de la acción y la fijación de un plazo de caducidad para su ejercicio.

Nos hemos extendido en el relato de las alternativas que se produjeron en la redacción de los textos definitivos para resaltar la seriedad con que se encaró el tema. con un estudio detenido y profundo que produjo como resultado un conjunto de dispositivos que no imitan ningún derecho extranjero, sino que adaptan y mejoran las fórmulas que sirvieron de modelo, y agregan dispositivos novedosos que constituyen un aporte de gran valor, en especial en lo relacionado con la caducidad de la acción.

(70) OSTERLING PARODI, Felipe: «La revisión de los contratos por el Poder Judicial», Lima, 1966. Citado por De La Puente y Lavalle.

(71) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: «Estudios sobre el contrato de Derecho Privado», tesis de 1979, publicada por Cultural Cuzco editores, Lima, 1983.

(72) OSTERLING PARODI: Conferencia mencionada en nota anterior. Citado por Benavides Torre, p. 279.

d) El nuevo Código de 1984.

Procuraremos ahora pasar rápida revista a los textos que se han incorporado al Código peruano de 1984, y que se encuentran ubicados en el Libro VII, Sección Primera, como Título VIII: **excesiva onerosidad de la prestación.**

El primero de ellos, art. 1440, procura tipificar la figura, determinando los contratos a los que se aplica, las características del hecho, el desequilibrio que produce en las prestaciones intercambiadas, y el remedio que puede solicitarse, orientado a mantener vivo el contrato y sólo excepcionalmente permitir su resolución (73).

En el artículo siguiente se hace extensiva la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión a contratos de «ejecución inmediata» y también a contratos aleatorios (74), y en el art. 1442 se trata del caso de los contratos unilaterales (75).

Se excluye de la posibilidad de aplicar la figura en los casos en que el perjudicado ha incurrido en culpa o dolo (76) y aunque no se mencione la situación de mora como se hace en el Código civil argentino. creemos que queda comprendida, en cuanto se trate de una «mora culposa».

Para evitar que la parte más poderosa de la contratación incluya como cláusula de estilo una renuncia anticipada a la invocación de la excesiva onerosidad, que desvirtuaría totalmente el fin perseguido por el legislador, se estatuye expresamente en el art. 1444 que «es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación».

(73) «Art. 1440.— En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida. si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.»

(74) «Art. 1441.— Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:

1) A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

2) A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato».

(75) «Art. 1442.— Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.

Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.»

(76) «Art. 1443.— No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.»

Las últimas dos normas de este título son, a nuestro criterio, los aportes más novedosos e importantes. en cuanto fijan un plazo de caducidad breve, tres meses (77), a contar desde la producción del hecho imprevisible, para ejercitar válidamente la acción (78). Cuando está en juego la eficacia o validez de una relación contractual no puede mantenerse viva la acción por largo tiempo, como una espada de Damocles que en cualquier momento puede turbar la normal relación entre las partes y alterar el alcance de las obligaciones que asumieron. El acierto del legislador peruano al incluir este plazo de caducidad es evidente.

Más aún, ha sido tan previsor que ha contemplado la posibilidad de que el hecho no sea instantáneo, sino que tenga cierta prolongación temporal y, en esa hipótesis, el curso del plazo de caducidad recién comenzará a correr cuando cese el acontecimiento extraordinario.

Nos queda solamente una duda: ¿qué sucede si el hecho extraordinario tiene una duración demasiado prolongada, como podría ser una guerra? La misma inquietud se ha planteado un joven autor peruano, quien opina que «la norma no impide que la parte que considera su situación extremadamente grave, debido a la ocurrencia de este suceso, pueda demandar la revisión aún antes de que cese el acontecimiento» (79).

Valorando globalmente las reformas que introdujo el Código de 1984 uno de sus autores ha escrito una muy documentada obra que titula «Luces y sombras del Código civil» (80), en la que reconoce errores, pone de relieve aciertos y en algunos casos propone ya nuevas reformas. Cuando se refiere a la excesiva onerosidad estima que «es otro aporte del nuevo Código civil y está inspirada en un elemental principio de equidad, en concordancia con lo dispuesto por el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución» (81).

Compartimos la afirmación que asienta cuando nos dice:

«Nuevamente se nota aquí la filosofía del Código en materia contractual, cuando se coloca en una posición **ostensiblemente distinta a la tradicional**. En efecto, si es exacto que como regla general el contrato nace para ser cumplido, existen

(77) «Art. 1445.— La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440».

(78) «Art. 1446.— El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles».

(79) BENAVIDES TORRES, Eduardo: «La excesiva onerosidad», Cultural Cuzco editores, Lima, 1990, p. 315.

(80) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max: «Luces y sombras del Código civil», Studium, Lima, 1491.

(81) Autor y obra citados en nota anterior, T. II, p. 93.

situaciones en que, por excepción y **para evitar que la justicia más rigurosa se convierta en la mayor de las injusticias**, puede y debe ser revisado. Con ello se evita la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado y se conserva, en suma aquello que se conoce como el **equilibrio contractual**» (82).

VI. PARAGUAY (1987)

Recordemos, en primer lugar, que Paraguay adoptó, a fines del siglo pasado, el Código Civil argentino, obra de Don Dalmacio Vélez Sársfield.

A mediados de este siglo decidió encarar la renovación de su legislación civil, y designó una Comisión a tal efecto. Uno de sus integrantes, el profesor Luis de Gásperi, con gran laboriosidad, preparó un Anteproyecto que ilustró con extensas y eruditas notas, verdadera obra de doctrina que presenta relevante interés, pues pone de relieve los conocimientos de Derecho Comparado de su autor, que se mantenía al tanto de la evolución legislativa en el mundo occidental, procurando dar cabida en su Anteproyecto a las expresiones más modernas, entre las cuales se contaba el Código italiano de 1942.

Sin embargo, en relación a la figura que nos ocupa, no se mostró partidario de su inclusión guardando total silencio en el Anteproyecto, pese a que la conocía, como podemos verificarlo si leemos su Tratado de Derecho Civil (83) Sostiene allí que «sería harto peligroso autorizar ... la admisión de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque desaparecería con ella la seguridad de las transacciones», insistiendo en que «la teoría que propende al mantenimiento integral del contrato es la más razonable y la más conforme con los dictados de nuestra legislación» (84).

Este pensamiento de De Gasperi, aferrado a la intangibilidad del «consentimiento» prestado por las partes, es sin duda el que prevaleció en la jurisprudencia paraguaya, donde no hemos podido encontrar ejemplos de aplicación de la teoría de la imprevisión.

Pese a ello, la Comisión que elaboró en definitiva el Proyecto que se convirtió en el nuevo Código Civil paraguayo, después de dejar de lado el Anteproyecto de De Gásperi, intentó profundizar la modernización de las instituciones vigentes e, inspirándose en el modelo italiano, dio cabida a la revisión del contrato en los casos de excesiva

(82) Obra y lugar citados en nota anterior.

(83) DE GASPERI, Luis: «Tratado de Derecho Civil» (actualizado por Augusto M. Morello), TEA., Buenos Aires, 1964, T. I, n.º 191 y 192.

(84) Obra citada, p. 246.

onerosidad sobrevenida como consecuencia de circunstancias imprevisibles. Así lo dispone el art. 672, que se encuentra ubicado en el Libro III (de los contratos y otras fuentes de obligaciones), dentro del Capítulo I del Título I, que contiene las disposiciones comunes a los contratos en general. Veamos. pues, esa norma:

«Art. 672.— En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo».

Al discutirse el proyecto en el Senado, el miembro informante destacó que, aunque se prestaba aprobación al dispositivo, «es tan seria la innovación legislativa que introduce, y pueden ser tan graves sus consecuencias, que nos consideramos obligados a llamar vuestra atención, a objeto de que su aprobación no pase desapercibida, y sea fruto de reflexión» (85).

La similitud que la norma presenta con las soluciones incorporadas a otros códigos americanos, y la presencia de los principales elementos de la figura, a saber: onerosidad excesiva, imprevisibilidad del acontecimiento y su carácter extraordinario, limitación en las facultades del perjudicado, que pareciera poder solicitar únicamente la resolución, posibilidad de evitar la resolución ofreciendo modificación equitativa, etc., nos eximen de extendernos en su análisis para no repetir cosas que ya hemos dicho.

Simplemente señalaremos que en algún estudio inédito que efectuamos hace ya algunos años, advertimos que, al igual que en el derecho argentino, al no haberse fijado un plazo especial de prescripción, pareciera que debe aplicarse el de diez años, es decir la norma general contenida en el inciso e, art. 659. Parece excesivo.

Hasta la fecha no ha llegado a nuestras manos ningún fallo en que se haya aplicado la teoría de la imprevisión, ni trabajos de civilistas paraguayos que profundicen el estudio de la figura, por lo que parece ne-

(85) Palabras de Raúl SAPENA PASTOR, reproducidas en la edición oficial del Código efectuada por la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1986, p. 93.

cesario retornar al informe de Sapena Pastor en el Senado, que contiene algunas reflexiones de interés sobre la posibilidad de aplicar la figura a la inflación, admitiendo que «el alza o la baja súbita de los valores, la desvalorización de la moneda, la inflación, que hacen excesiva la onerosidad de un contrato, pueden llegar a constituir circunstancias imprevisibles y extraordinarias que autoricen la resolución o la modificación equitativa de un contrato» (86).

Al comenzar este trabajo (apartado I, b), hicimos ya alguna alusión a la influencia que tuvo la inflación en el desarrollo de la teoría de la imprevisión, y como nos hemos ocupado con más extensión del problema en uno de nuestros libros, nos parece conveniente reproducir lo que allí hemos escrito (87).

Decíamos en aquella oportunidad que la inflación es un verdadero flagelo; ha existido quizás en todas las épocas, pero adquiere características especialmente agudas en nuestro siglo; puede admitirse que en nuestra época la inflación se presentó inicialmente como un hecho extraordinario e imprevisible, y por eso dio lugar a la formulación de esta teoría como un remedio para alguno de los males que originaba la inflación. Pero posteriormente numerosos países pasaron a padecer una inflación «estructural», y el fenómeno dejó de ser un hecho extraordinario e imprevisible. En consecuencia el fenómeno inflacionario, que da nacimiento a la inclusión de la figura en el arsenal legislativo, cuando esas normas se incorporan a los códigos ya no son aplicables a la inflación, porque se trata de una circunstancia «ordinaria y previsible» (88), aunque en el derecho argentino Borda, que fue uno de los autores de la ley 17.711, hace la salvedad de que si se tratase de una inflación aguda e imprevisa con relación al normal proceso inflacionario, podría todavía justificar que se echase mano a la imprevisión para solucionar los problemas originados por ese evento inflacionario (89).

En Paraguay, con relación a estos problemas Sapena Pastor expresaba en su informe que «estamos aumentando las atribuciones y la responsabilidad de los jueces y tribunales al conferirles la facultad de apreciar la importancia y magnitud de una desvalorización o devaluación monetaria» (90), para concluir diciendo que la Comisión

(86) Código Civil del Paraguay, edición de la Corte Suprema de Justicia, p. 95.

(87) «Contratación inmobiliaria» (en colaboración con Jorge MOSSET ITURRASPE), Hammurabi, Buenos Aires, 1980.

Ver en especial el Capítulo IV, Teoría de la Imprevisión, p. 67 y ss.

(88) Conf. CASIELLO, Juan José: «La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código civil», La Ley, 131-1491.

(89) BORDA, Guillermo A.: Teoría de la imprevisión, E.D. 30-827, en especial punto 9, c.

(90) Código civil de Paraguay, edición de la Corte Suprema de Justicia, p. 96.

recomendaba la aprobación de la nueva norma «a sabiendas de que entraña una controvertida innovación, de escasa aceptación legislativa. Con el transcurso de los años, y la repetida invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sabremos si hemos estado o no acertados, y si nuestra magistratura judicial tiene o no el nivel necesario para la aplicación del novedoso principio» (91).

VII. COLOMBIA

a) Los integrantes de la familia «chilena».

El derecho privado de Colombia pertenece a una familia en la que está comprendido en primer lugar Chile, ya que su Código civil —obra del gran humanista venezolano Andrés Bello— es el Código madre que sirvió de modelo e inspiración a todo un grupo de países sudamericanos ubicados en la costa del Pacífico, y también a los de algunos países de América Central, como El Salvador, y en alguna medida, Honduras y Panamá. El estrecho parentesco que existe en los textos legales vigentes hace que los caminos seguidos con posterioridad puedan considerarse paralelos, y lo que se diga de uno puede, en general, predicarse de los demás.

Sin embargo nos detenemos especialmente a considerar la situación de Colombia no solamente por la existencia de un Proyecto de modificación al Código vigente, que incluye un dispositivo sobre la figura que nos ocupa, sino porque la imprevisión ha hecho ya su ingreso en el plexo normativo de ese país, aunque de manera limitada, por el camino de un texto incorporado al Código de Comercio al que nos referiremos luego.

La conveniencia de aplicar la teoría de la imprevisión ha preocupado a los juristas colombianos. Conocemos de la existencia de algunas tesis doctorales, como la de Alberto Ospina Botero (92), y la de Lopera Vargas (93), y que el maestro Valencia Zea se ocupaba de ella en sus clases, e incluyó una norma en el Proyecto de Código de Derecho Privado (94), que elaboró en 1980 y ha servido de base al ulterior proyecto presentado oficialmente en 1983.

(91) Lugar citado en nota anterior.

(92) «Teoría de la imprevisión», tesis de grado, 1958, Universidad de Medellín, citada por Lopera Vargas.

(93) «La teoría de la imprevisión», tesis de grado, Universidad de Antioquía, 1967.

(94) VALENCIA ZEA: «Proyecto de Código de Derecho Privado», Superintendencia de Notariado y Registro, Colección Textos Jurídicos, n.º 1, Bogotá, 1980.

El Código civil vigente no contiene normas expresas sobre la imprevisión y los juristas colombianos que propiciaban su aplicación se han esforzado en sostener que podía llegarse a este resultado por aplicación del principio de buena fe que debe regir toda la vida del contrato (95) y alguno, como Lopera Vargas, han procurado hallar su fundamento en los principios y reglas generales del derecho, llegando a sostener «que la noción de imprevisión constituye una **regla general del derecho**», que podría recibir la siguiente enunciación:

«Se debe revisar la economía del negocio jurídico creador de obligaciones cuando, siendo éstas de ejecución sucesiva, periódica o diferida, su cumplimiento se haga excesivamente oneroso a causa de acontecimientos sobrevinientes y extraordinarios, imprevistos e imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes» (96).

Se menciona también la existencia de algunas normas especiales que solucionan casos particulares de imprevisión (97), y se cita algunas sentencias de la Corte colombiana que se han referido de manera expresa a la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión (98).

En el Capítulo Primero del Título II (Fuentes de las Obligaciones), del Libro III (de las Obligaciones en general), encontramos el punto «11. *Revisión de los contratos por excesiva onerosidad subsiguiente de las prestaciones*», que contiene el siguiente dispositivo:

«Art. 482.— En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquéllos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar o la resolución del contrato o su revisión equitativa según las nuevas condiciones.

La resolución o la revisión no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del alea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede atajarla ofreciendo modificar equitativamente las prestaciones contractuales.»

(95) Ver art. 1603 del Código civil de Colombia.

(96) LOPERA VARGAS, Octavio: Tesis citada, p. 352.

(97) Así, por ejemplo, el art. 3, inciso c, de la ley 100 del año 1944, sobre régimen de tierras, admite que se dé por terminado el contrato antes de la expiración del plazo «cuando quiera que sobrevengan circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, que impliquen graves alteraciones de la normalidad económica».

(98) Sentencias del 29 de octubre de 1936 y del 25 de febrero de 1937, citadas por LOPERA VARGAS, aunque en la primera de ellas es muy claro que la considera inaplicable al caso en examen, como sucede también en otra sentencia del 23 de mayo de 1938, donde luego de largas referencias a la teoría de la imprevisión, desestima su aplicación porque no puede ser «alegada en un juicio por primera vez en el recurso de casación, sin que se haya debatido en las instancias».

No podemos desconocer, sin embargo, que algunos sectores se oponen a la aceptación de la teoría de la imprevisión; vemos así, por ejemplo, que un catedrático del prestigio de Ospina Fernández, que fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, afirma que «mina la seguridad de los actos jurídicos y del comercio» (99), y critica en términos muy duros una norma del Código mercantil que «entroniza en nuestra legislación esta torpe teoría de la imprevisión» (100).

b) Intentos de reforma: Proyectos de Valencia Zea y de 1983.

Consideramos más correcta, sin embargo, la posición adoptada por Valencia Zea, que para justificar la incorporación de la teoría de la imprevisión a su Proyecto de Código de Derecho Privado, manifiesta en la Exposición de Motivos que si bien no está contemplada por la ley, es aplicada por la jurisprudencia (101), y corrobora su afirmación mencionando la sentencia del año 1937 que ya hemos citado en la que la Corte de Suprema de Colombia dijo: «En nuestro derecho positivo la teoría de la imprevisión tiene perfecta aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación» (102).

El Proyecto de 1983 recogió casi textualmente la propuesta formulada por Valencia Zea, e incluyó, con la misma ubicación en el Libro de las Obligaciones en General, el siguiente texto:

(99) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: «Régimen general de las Obligaciones», 4.ª ed., Temis, Bogotá, 1984, p. 119.

(100) Autor y otra citados en nota anterior, p. 119, nota 21.

Se refiere al art. 868 del Código de Comercio de Colombia, que dispone:

«Cuando circunstancias extraordinarias o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su resolución.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique, en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

La imprevisión no se aplicará a los contratos aleatorios, ni de ejecución instantánea».

(101) Proyecto citado, p. 56: «Recoge el Proyecto ... la conocida teoría de la imprevisión, no contemplada por la ley, pero aplicada por la jurisprudencia. Esta doctrina es vieja; la conocieron los glosadores y la ampliaron los canonistas de la Edad Media, quienes estimaron contrario a la moral cristiana el desequilibrio de un contrato en razón de acontecimientos imprevisibles que producían el enriquecimiento de un contratante a expensas del otro».

(102) Exposición de Motivos, p. 56, Proyecto citado.

«11. *Revisión de los contratos por excesiva onerosidad subsiguiente de las Prestaciones.*

Art. 475.— En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquellos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar o la resolución del contrato o su modificación equitativa según las nuevas condiciones.

La resolución o la modificación no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del alea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla si ofrece modificar equitativamente las prestaciones contractuales».

Los retoques que se han efectuado a la proposición de Valencia Zea son mínimos; en el primer párrafo se ha suprimido la referencia a «extraordinarios», quedando reducida la fórmula a la mención de la imprevisibilidad. La acción de «revisión», ha quedado en «modificación»; y en el último párrafo se habla de «evitarla» (a la resolución), en vez de «atajarla».

Parece predominar entre los juristas colombianos el convencimiento de que es necesario incorporar una fórmula que admita de manera expresa y general la teoría de la imprevisión, para que su aplicación no quede reducida al campo del derecho comercial, y estimamos que la adopción de cualquiera de los textos proyectados pondría a Colombia a la altura de las más modernas legislaciones de América latina.

VIII. URUGUAY

Aquí también se carecen de normas que contemplen la revisión de los contratos cuando sobrevienen alteraciones imprevisibles, pero el tema ha provocado interés en algunos de sus juristas. Por ello queremos, aunque sea de manera muy breve, recordar los trabajos de ORDOQUI CASTILLA (103) que culminan con la propuesta de reforma legislativa que reproducimos a continuación:

(103) Gustavo, ORDOQUI CASTILLA: «Teoría de la imprevisión», Ed. Antor, Montevideo, 1986; y «Teoría de la imprevisión (aplicable a Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay)», en Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.

«Art. 1.º (**Excesiva onerosidad sobreviniente**).— En los contratos bilaterales, conmutativos o aleatorios, de ejecución continuada, periódica o diferida. cuando una de las prestaciones se tornare. con relación a su equivalente, excesivamente onerosa de forma que se viere transgredida la buena fe del perjudicado y los daños superaren los propios del riesgo normal del contrato podrá el Juez, después de haber tomado en consideración las circunstancias en que se encuentren las partes, revisar el contrato conforme a pautas que surjan de la justicia conmutativa que debe prevalecer en cada caso.

«Art. 2.º (**Excepciones**).— Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará cuando:

- a) la ejecución del contrato se haya diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada;
- b) la prestación excesivamente onerosa ya haya sido ejecutada, o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaren después de cumplirse la obligación;
- c) en los contratos conmutativos de ejecución inmediata el cumplimiento, a cargo de una de las partes, haya sido diferido por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 3.º (**Conclusión del juicio**).— El demandado puede terminar el litigio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, oído el actor, sean equitativas».

IX. CONCLUSIÓN

El estudio que hemos realizado de la legislación de América del Sur parece permitir trazar una línea diferencial bastante notoria entre los países que han incorporado de manera expresa la figura de la imprevisión a sus Códigos, con beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia. y los que se limitan a propiciar su aplicación por vía de interpretación, fundándose principalmente en el principio general de buena fe.

Se advierte, sin embargo, que en estos últimos no es frecuente que los tribunales, pese a los pronunciamientos favorables de la doctrina, hagan aplicación de la teoría de la imprevisión.

Por razones de distribución de trabajo nuestro aporte, en esta oportunidad, se ha orientado principalmente a analizar la situación imperante en aquellos países que ya han incorporado a su legislación dispositivos que procuran poner remedio al desequilibrio contractual provocado por un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

A nuestro criterio los aportes más destacados se han realizado en Argentina, donde la figura ha arraigado, y en Perú, cuyo nuevo Código de 1984 aporta soluciones a problemas no contemplados en otros cuerpos legales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A.: «La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante», en L.L. 1980-C-1109.
- ANASTASI, Leónidas: Las teorías de la imprevisión, de la cláusula «rebus sic stantibus» y de la presuposición, J.A. 29-576, J.A. 31-419.
- ANDORNO, Luis O.: «La teoría de la imprevisión», Zeus, T. 14, doct. 15.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual», Montecorvo, Madrid, 1978.
- ARIAS SCHREIBER, Max: Exégesis del Código civil peruano de 1984, T. I, Contratos: Parte General, 3.ª ed., San Jerónimo, Lima, 1988, Cap. VIII, Excesiva onerosidad de la prestación, p. 222 y ss.
- BARRA, Rodolfo Carlos: — Las dificultades materiales imprevisas. Diferencias con la teoría de la imprevisión, ED 79 - 324.
— El régimen de los mayores costos en la obra pública y la teoría de la imprevisión, ED 54 - 719.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo: La excesiva onerosidad de la prestación, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.
- BERGERO, Eliseo V.D.: Algunas reflexiones sobre la teoría de la imprevisión en la compraventa inmobiliaria, L.L. 1979 - A - 655.
- BIANCHI, Enrique Tomás: Sobre inflación e imprevisión, JA 1977 - III - 619.
- BORDA, Guillermo A.: La reforma del Código civil - Teoría de la imprevisión, E.D. 30 - 831.
- BUSSO, Eduardo B.: La doctrina de la imprevisión, L.L. 156 - 1166.
- CANO TELLES, Celestino A.: La frustración del fin del contrato (nota crítica al libro de Vicente Espert Sanz), A.D.C., 1968 - III, 668.
- CARDINI, Eugenio Osvaldo: La teoría de la imprevisión. Buenos Aires, 1937.
- CARLOMAGNO, Adelqui: — La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general, J.A. 43-17 (sec. doct.).
— «La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos», Rev. Fac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires, Año V, n.º 18, enero-abril 1950, p. 69.
— Algo más sobre la imprevisión, J.A. 1961 - IV - 75 (sec. doct.).
- CASIELLO, Juan José: — Reajuste de saldos de precios en las compraventas de lotes pagaderos en mensualidades. Teoría de la imprevisión, L.L. 1978, B - 1006.
— La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código civil. L.L. 131- 1491.
- COLOMBO, Leonardo A.: Consideraciones sobre la denominada cláusula «rebus sic stantibus», L.L. 98-737.
- COSSIO, Carlos: Nota sobre la teoría de la imprevisión, L.L. 100-921.
- DALURZO, Beatriz F.: La teoría de la imprevisión y la Constitución Nacional, J.A., 1960 - VI- 101.
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: «Estudios de Derecho Privado», Cultural Cuzco editores, Lima, 1983, T. II, Sección Undécima: Alteración de las circunstancias, p. 91 y ss.
- DÍAZ CRUZ: La cláusula «rebus sic stantibus» en el Derecho Privado, R.G.L.J. 1946, mayo, p. 547.
- ESPERT SANZ, Vicente: «La frustración del fin del contrato», Tecnos, Madrid, 1968.
- FASSI, Héctor Pedro: La teoría de la imprevisión (en el derecho público), L.L. 98-781.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: — «Comentario» a Sentencia, A.D.C., 1954, año VII, n.º 3, p. 941. (sentencia en p. 937).
- La cláusula *rebus sic stantibus*, A.D.C., 1958 - IV, p. 1267.
- FORNIELES, Salvador: La cláusula «rebus sic stantibus». J.A. 1942 - IV- 9 (sec. doct).
- FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de: La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos, A.D.C., 1950 - IV. p. 1189 (en especial cap. I, 5, La cláusula *rebus sic stantibus*, p. 1198).
- GOLDENBERG, Isidoro H.: — «La teoría de la imprevisión», en Jus, n.º 19, La Plata, 1971, p.p 48-54.
- Problemática en torno a la depreciación monetaria y de la teoría de la imprevisión. Su tratamiento en las Segundas Jornadas Rioplatenses de derecho, E.D. 73-811.
- LENEL, Otto: La cláusula «rebus sic stantibus», Madrid, 1923.
- LEÓN, Pedro: «La presuposición de los actos jurídicos», Estudios de Derecho Civil, Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Córdoba 1936.
- LOPERA VARGAS, Octavio: «La teoría de la imprevisión», Univ. de Antioquía. Tesis (1967), separata.
- LLUIS y NAVAS BRUSI, Jaime: La llamada cláusula *rebus sic stantibus* como delimitadora del principio de que los pactos han de ser observados, Reus, Madrid, 1957.
- MARIENHOFF, Miguel S.: — La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino, J.A., 1959 - IV- 10 (sec. doct.).
- Contratos administrativos. Régimen de pagos; intereses, imprevisión, mayores costos y actualización, J.A., 1977 -IV - 714.
- MASNATTA, Héctor: — El cambio de circunstancias y el contrato, J.A. 1959 - IV, p.p. 10 a 27, Sec. doct. (con una buena reseña bibliográfica).
- La excesiva onerosidad sobrevenida y el contrato, E.D. 23 - 886.
- MOLINA, Juan Carlos: «Abuso del derecho, lesión e imprevisión», Depalma, Buenos Aires, 1959.
- MORELLO, Augusto M.: La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato, J.A., 1976 - I - 678.
- MORELLO, Augusto M. y TROCCOLI, Antonio A.: «La revisión del contrato - Onerosidad sobrevenida - Intereses - Indexación», Buenos Aires, 1977.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: El reajuste por excesiva onerosidad sobrevenida, J.A., 1977 - III - 545.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: — «Teoría de la imprevisión», Ed. Antor, Montevideo, 1986.
- «Teoría de la imprevisión (aplicable a Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay)», en Tendencias actuales y perspectivas del **Derecho Privado**, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.
- ORGAZ, Alfredo: El contrato y la teoría de la imprevisión, L.L. 60-691.
- OSTI, J.: «La cosiddetta clausola «rebus sic stantibus», Rev. di D. Civile, enero-febrero 1912, p. 1 y ss.
- PARDO, Alberto Juan: «Incorporación de la teoría de la imprevisión al Código civil», L.L. 136 - 1288.
- PIERRE, Juan Carlos: Sobre imprevisión y mora; interpretación contractual, L.L., 1981 - B - 1020.

- PINO, Augusto: «La excesiva onerosidad de la prestación» (trad. al castellano de Federico de Mallol, Bosch, Barcelona, 1959.
- RAFFO DEL CAMPO, Carlos A.: La teoría de la imprevisión y el caso fortuito, L.L. 109- 1101.
- RAMÍREZ, Jorge Orlando: La empresa constructora y la teoría de la imprevisión, J.A. 1978 -II- 685.
- RAY, José Domingo: «La frustración del contrato», Acad. Nac. de Der. de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- REZZONICO, Luis María: «La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión, Buenos Aires, 1954.
- SALAS, Acdeel: La cláusula oro y la teoría de la presuposición, J.A., 1943 - II - 43.
- SOLARI BRUMANA, Juan A.: Algunas reflexiones sobre la imprevisión y otras yerbas, J.A., 26-67 (serie moderna).
- SPOTA, Alberto G.: — La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos, J.A., 1953 - IV - 30.
- Un supuesto de imprevisión contractual por alteraciones extraordinarias de las prestaciones convenidas en una promesa bilateral de compraventa. J.A. 1955 - III - 97.
 - Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual, L.L. 121 - 645.
 - Imprevisión contractual y desvalorización o depreciación monetaria, J.A. 1965 - VI - 252.
 - Deudas dinerarias y teoría de la imprevisión contractual, L.L. 116 - 6.
 - Teoría de la imprevisión contractual, su aplicación en épocas de inflación monetaria. Culpa del damnificado, L.L. 140 - 453.
 - Imprevisión contractual, lesión subjetiva... , L.L. 1976 - D - 195.
 - Compraventa de cosa futura o locación de obra e imprevisión contractual, L.L. 1977 - C - 535.
- T. M. J.: «Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución». Bosch. Barcelona, 1951.
- V. J. C.: «Cosa juzgada e imprevisión», J.A. 1985-1-778.
- V. P. J. L.: Comentario a un dictamen del Consejo de Estado, A.D.C., 1948, año I, n.º 2, p. 547-554. (Dictamen en p. 543).
- W. J. M.ª: Sobre la teoría de la imprevisión y la autonomía contractual, J.A. 1965 - IV - 413.

