

recibió la adhesión de otros tres congresales: Abelenda<sup>32</sup>, Vernengo Prack<sup>33</sup> y Guiaglianone<sup>34</sup>. 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° de julio de 1968, fue frecuente que se la invocase ante la justicia, y si bien algunos tribunales se negaban a aplicarla<sup>35</sup>, comenzaron a aparecer fallos que le daban cabida, como un medio de brindar protección al deudor frente a la excesiva onerosidad sobrevenida por circunstancias extraordinarias e imprevisibles<sup>36</sup>.

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, 2ª parte

No hemos seguido 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

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, 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 mayo 1964, E. D. 10-725.

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 mayo 1964, E. D. 10-725, y 30 diciembre 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 noviembre 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 noviembre 1964, E. D. 10-717; sala D, 30 diciembre 1965, E. D. 14-99.

desproporción es originaria no corresponde invocar la imprevisión, sino la "lesión subjetiva", que el derecho argentino acoge en el art. 954<sup>37</sup>.

Además debe ser "extraño a la voluntad de las partes"<sup>38</sup>, 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<sup>39</sup>. 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*.

#### g. Actos en que encuentra aplicación

En general se aplica a los contratos conmutativos<sup>40</sup> y, por excepción a los aleatorios,

37. Cam. Civ. y C. Paraná, sala 2ª, 19 mayo 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 sobrevinientes 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.

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 Civ. y Com. Capital, sala 2ª, 31 marzo 1977, "Blanchini de Iracheta, Delia c/Hateret, S.A. y otra", J. A., 1977 -III- 280: "...en principio debe tratarse de un hecho sobreviniente, exterior a la voluntad de las partes, que supere la aptitud normal de previsión..."

En igual sentido la Cam. Civ. Capital, sala B, ha dicho: "El acontecimiento que viene a alterar la base económica del contrato no sólo debe ser extraordinario, imprevisible y sobreviniente, sino también extraño a la persona del deudor, requisito sin el cual el cambio de circunstancias no justifica la reparación judicial del perjuicio" (23 marzo 1977, "González, Javier y otra c/Panangent S.A., 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 febrero 1977, "Lafroce, Eustaquio c/ Claudio Fernández S.A.", 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.

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. Civ. Capital, sala C, 9 junio 1983, "L., G. y M. de L. H.", E. D. 107 - 226 (caso 37.443).

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<sup>41</sup>.

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<sup>42</sup>, 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”.

Quienes sostenemos esta postura estimamos que debe prevalecer por sobre todas las cosas la posibilidad de mantener vivo el contacto 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...”<sup>43</sup>, 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<sup>44</sup>. 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<sup>45</sup>.

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. Civ. Capital, sal F, 6 octubre 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”.

43. Cam. Civ. Capital, sala G. 13 noviembre 1980, “Coronel, Nilda M. y otros c/ Esyma S.A.”. J. A. 1981-II -243 (caso 30.361).

44. Cam. Civ. Cap., sala G, 26 diciembre 1984, “Balmoral 100 S.R.L. c/ Mattos. Jorge A.”. J. A. 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 L. L. 1980-D-145, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe).



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 tornarse 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"<sup>46</sup>.

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<sup>47</sup> que, de forma 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<sup>48</sup>, 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"<sup>49</sup>. 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<sup>50</sup>, 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<sup>51</sup>, 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<sup>52</sup>, sosteniendo:

46. Cam. Especial Civ. y Com. de la Cap., sala 5ª, 28 setiembre 1984, "Cambio Excursiones Turismo Columbus S.A. c/ Vanina S.C.A.". J. A. 1985-III-178.

47. GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O.: "Reformas al Código Civil", 2ª ed. Zavalia, 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".

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 Aníbal 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

"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 contem-

plado 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<sup>53</sup>.

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<sup>54</sup>.

#### 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<sup>55</sup>. Posteriormente se ha dado

---

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.

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 L.L. 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".

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.

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<sup>56</sup>.

Dedica a la figura tres artículos<sup>57</sup>. En el primer párrafo del art. 581<sup>58</sup>, procura establecer

los contratos que pueden estar sometidos a revisión por causa de imprevisión, mencionando en la leyenda 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<sup>59</sup>, 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<sup>60</sup>, 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, y tampoco cuando se encontrase en mora, por haber "incumplido voluntariamente" la prestación (inc. II, art. 581<sup>61</sup>), como tampoco cuando la prestación se hace gravosa en razón del álea normal del contrato (inc. III, art. 581<sup>62</sup>).

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**— I. 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.

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 alea normal del contrato".



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<sup>63</sup>), siempre que se ofrezcan condiciones que el juez considere aceptables.

## V. PERÚ

### 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.

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<sup>64</sup>, 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<sup>65</sup>. 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. 1328 de ese Código peruano), sin creer necesario propiciar la inclusión de una norma que la consagrara expresamente. Esta es la solución propuesta por Ángel Gustavo Cornejo, en sus Comentarios al Código civil peruano de 1936<sup>66</sup>, y por el propio Enrique García Sayán en su tesis doctoral<sup>67</sup>. Todavía veinte años después otra tesis doctoral<sup>68</sup> 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 pronunció decididamente por la conveniencia de incorporar expresamente la figura al derecho positivo

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".

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, Ángel 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, Juan Gualberto: "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.

será Carlos Ledgard, en una tesis de bachiller de 1945<sup>69</sup>, y luego 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<sup>70</sup>, y Manuel De La Puente y Lavallo en su tesis doctoral<sup>71</sup>.

### **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"<sup>72</sup>, 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 Lavallo 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.

No 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 adapta 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.

### **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

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 Lavallo lo cita sin mencionar la Revista, y da como año de publicación 1945.

70. OSTERLING PARODI, Felipe: "La revisión de los contratos por el Poder Judicial". Lima, 1966. Citado por De La Puente y Lavallo.

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, Felipe: Conferencia mencionada en nota anterior. Citado por Benavides Torre, p. 279.



intercambiadas, y el remedio que puede solicitarse, orientado a mantener vivo el contrato y sólo excepcionalmente permitir su resolución<sup>73</sup>.

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<sup>74</sup>, y en el art. 1442 se trata del caso de los contratos unilaterales<sup>75</sup>.

Se excluye de la posibilidad de aplicar la figura en los casos en que el perjudicado ha incurrido en culpa o dolo<sup>76</sup> 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".

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<sup>77</sup>, a contar desde la producción del hecho imprevisible para ejercitar válidamente la acción<sup>78</sup>. 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

---

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".

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".