

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO CIVIL PARAGUAYO ¿EXCUSA PARA NO CUMPLIR UN CONTRATO O MEDIO PARA RESTABLECER LA JUSTICIA EN EL MISMO?

Alberto Martínez Simón¹

Presentación del tema

La *Teoría de la Imprevisión* tiene una íntima vinculación con el *incumplimiento contractual*, y establece la base desde la que el deudor puede *peticionar la resolución de un contrato*, y con ello dejar de cumplir un acuerdo, en los términos originalmente pactados, en base a circunstancias excepcionales que se presentaron, con posterioridad a la formalización del mismo. Trataremos de analizar los complejos canales de este instituto, en este breve trabajo.

Por antes, debemos anticiparnos en señalar que estamos en el ámbito de los *contratos*, y en esta órbita, la *Teoría de la Imprevisión* viene a introducirse en la efectividad del cumplimiento de los acuerdos ya formalizados.

Empecemos diciendo –porque es uno de los aspectos resaltantes del instituto- que esta Teoría de la Imprevisión suele estar íntimamente vinculada con ciertos momentos económicos de la vida de una comunidad, y tiende a aparecer –en forma masiva, o, por lo menos repetida- en la escena social, cuando las circunstancias financieras determinan que, por determinadas

¹ Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Asunción. Abogado, Notario y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Adjunto, por concurso, de Obligaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNA. Profesor de Derecho Procesal Civil y Obligaciones II, Universidad Americana. Profesor de cursos de Maestría y Doctorado en la UNA, UCA y Universidad Americana.

circunstancias, cierto tipo de obligaciones se encarecen en forma desmedida en relación al costo que tenían al momento de haberse formulado el pacto².

² Recordemos, en este punto, un hecho dado alrededor de los años 2001 y 2002, en nuestro país, en el cual hubo un alza desmesurada de la cotización de la moneda extranjera regente en las transacciones comerciales: el dólar norteamericano. En aquella ocasión, el valor de la moneda estadounidense, en relación con la moneda nacional, entró en una espiral alcista que hacía que su cotización se incrementara varias veces, en relativamente poco tiempo. Este hecho suscitó la preocupación de cierta masa de deudores, aquellos que estaban obligados a pagar los créditos que debían al sistema financiero, en dicha moneda, y llegaron al punto de constituir “*Coordinadoras*” que aglutinaban a dichas personas. Uno de los puntos que, como primer argumento de discusión, enunciaron los dirigentes de estas “*Coordinadoras*” –y, por supuesto, sus abogados- fue la *Teoría de la Imprevisión*. Debemos decir que, socialmente, la presión fue disminuyendo pues luego de alcanzar los picos máximos de cotización, la moneda estadounidense fue descendiendo paulatinamente en su valoración, llegando –incluso- en el año 2009, a niveles no observados, en mucho tiempo. Obviamente, este descenso paulatino en la cotización de la moneda norteamericana, hizo que el *leit motive* de la constitución de estas “*Coordinadoras*”, y de la enunciación de la *Teoría de la Imprevisión* por parte de sus dirigentes y abogados, desapareciera, y no se volvió a hablar de la aplicación de esta última, pues los *deudores*, que antes se sentían perjudicados por la suba del dólar, se sintieron beneficiados por la baja del mismo. Sobre este caso de la *variación de la fluctuación del dólar*, queremos expresar que en un fallo, muy claro, del Tribunal de Apelación, 5ª Sala, se afirmó el criterio de modo tal a que no se haga uso y abuso de la *imprevisión* a los efectos de pretender modificar los pactos constituidos en moneda extranjera. Rescatamos la parte sustancial del fallo, donde el mismo, decía: “...*En el caso de autos, el Banco accionado entregó a la parte demandante, sumas de dinero en Dólares Americanos, y se pactó la devolución de la misma en igual tipo de moneda, es decir en Dólares, por lo que no puede existir demasiadas ventajas o desproporción entre las partes por esa operación. Porque solamente se pactó la entrega de una cosa y la devolución de la otra en la misma especie. Además, conforme a la Ley N° 434/94, las obligaciones en monedas extranjeras, son exigibles en la misma moneda, por lo que la valuación o devaluación, en nada se opone al cumplimiento de la obligación contraída, ya que no hay obligación del deudor, de convertir la Moneda Americana -en este caso en guaraní- para el cumplimiento del pago de los préstamos, debiendo únicamente entregar para el pago, la misma especie de la moneda extranjera recibida, como se estableció en los instrumentos públicos presentados por la misma parte accionante. Aún en nuestros días, el Dólar Americano con respecto al Guaraní sigue fluctuando, con tendencia a la baja unas veces y con tendencia a las alzas otras, porque así funciona el mercado cambiario, con la aplicación de las reglas de la libre competencia, entre la oferta y la demanda. Es por eso que no corresponde aplicar al caso de autos, las previsiones del art. 672 del CC, que consagra el principio de la teoría de la imprevisión,*

Ahora bien, debemos decir también que esta Teoría de la Imprevisión, está estructurada no sólo para casos masivos, sino más bien, para casos particulares, en los cuales el deudor de una relación obligacional – puntualmente considerada- siente que aquello que debe pagar se le ha hecho notoria y excepcionalmente más caro, desproporcionado con aquello que recibiera, y por ende, solicita la resolución del pacto originalmente establecido, en su beneficio, pidiendo la renegociación y redefinición de ciertos puntos que fueron fijados –contractualmente- cuando las condiciones eran esencialmente distintas³.

Y, reiteramos la idea que esta posibilidad de aplicar esta *Teoría de la Imprevisión* y con ello tentar modificar lo contractualmente establecido es

porque la fluctuación del mercado cambiario, como tenemos apuntados más arriba, se rige por el principio de la libre competencia, es decir, en el juego libre de la oferta y la demanda. La jurisprudencia de la República Argentina tiene resuelta esta cuestión, sosteniendo que 'En un contrato de mutuo, celebrado con cláusula Dólar, por mucho que suba el precio, a consecuencia de una elevada cotización del Dólar al tiempo del pago, los deudores no podrán invocar esa excesiva onerosidad para pretender revisar el contrato por la aplicación de la teoría de la imprevisión...' (Cámara de Apelación en lo Civil de Capital Federal, Sala B, de fecha 4 de julio de 1987. LLP.1190, 408)...” (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 5a., Ac. y Sent. No. 13 del 10/03/2009. Juicio: Fertiagro S.R.L., Grenno, Oscar y otro c. Banco Oriental de la República del Uruguay. LLP 2009 (mayo), 467).

Obviamente, ésta posición no es unívoca y reconoce opuestos, en los que se opina al contrario, otorgando la resolución o la modificación contractual por variación brusca de la fluctuación de una moneda.

³ “...Cuando los contratos deben ser cumplidos a lo largo de un periodo de tiempo considerable, las partes al contratar tienen en cuenta para obligarse las circunstancias económicas, políticas, sociales, jurídicas, fiscales, etc., imperantes al momento de contratar. Así, por ejemplo, el valor de la moneda, el precio de los materiales, el costo de la mano de obra, los impuestos, etc. Pero puede ocurrir que un acontecimiento imprevisible –una guerra, una revolución, una recesión económica, una crisis de los mercados de producción y de consumo, una inflación galopante, etc.- modifique sustancialmente las condiciones económicas y financieras que existían al momento de la celebración del contrato, haciendo de esa manera que las obligaciones asumidas por el deudor se tornen excesivamente gravosas...” (Martyniuk Barán, 2008).

ciertamente preocupante, o cuando menos, inquietante, pues conlleva la modificación de *la palabra empeñada*, y con ello la afectación de una serie de principios cardinales establecidos en nuestro derecho en general, y en el derecho civil, estructurado en función de relaciones particulares paritarias, en forma particular: el *pacta sunt servanda*⁴. Por ende, deberíamos ser muy exigentes en el estudio acabado del tema, a fin de entenderlo bien, y aplicarlo mejor, de modo tal a que el instituto no sea una simple excusa para no cumplir un contrato, sino que constituya un medio sano para restablecer la justicia en el mismo.

Origen y desarrollo del Instituto de la Imprevisión

Debo empezar este apartado, confesando que, personalmente, siempre me pareció un tanto superfluo el estudio de los antecedentes históricos de una institución, y los leía como una cuestión que hace más a la *cultura general jurídica*, y no como análisis preciso del concepto en revisión. Muchas veces, por las distorsiones que sufrió el instituto, a lo largo del tiempo, se determina que el análisis histórico sea, francamente, una cuestión que tenga muy poca relación con la situación actual de lo estudiado. En otros casos, el instituto ha variado poco, y entonces, gran parte del análisis que el trabajo pretendía se agota con el realizado a los antecedentes históricos. En este caso, a similitud de muchos otros, haremos un análisis breve y extractado de otros libros —a similitud también de lo que sus autores habrán hecho en su momento— sobre aquellas formas detectadas en la historia y que dieron pie, posteriormente, a lo que actualmente conocemos como *Teoría de la Imprevisión*, más que nada

⁴ Uno de los principios esenciales en nuestro derecho civil contractual, es aquel que señala que *los pactos están para ser cumplidos, tal como fueron acordados*, brindando una protección jurídica fuerte a la *palabra empeñada*, al punto de compararla con la Ley misma, para las partes vinculadas por dicho acuerdo: “*Art.715 CC: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas*”. No sin razón se ha dicho entonces, que a los bueyes se los ata por la cornamenta, y a los hombres por la palabra.

para establecer que este tema de la *imprevisión* no es una cuestión moderna, surgida en el último siglo, como efecto de los cambios propios de una economía globalizada, sino que ya apareció, en otros momentos de la historia, por los mismos fundamentos que hoy justifican su inclusión en los sistemas normativos *positivos*.

Algunos autores refieren que en el Derecho Romano no era conocida la *Teoría de la Imprevisión* (Bustamante Alsina, 1997), aunque agregan que “...*el principio fue expuesto por los jurisconsultos en casos particulares...*” (Bustamante Alsina, 1997, p. 145) con lo cual podemos percatarnos –según lo que afirmaran estos autores- que, si bien la *Imprevisión* no fue concebida como *norma general y obligatoria*, sí fue aplicada por el principio de justicia que otorgaba solución a un caso donde la *desproporcionalidad* aparecía con posterioridad a la conclusión del acuerdo, y cuando el mismo estaba ya en ejecución. En otro sentido, algunos sostienen que la figura de la *imprevisión* nació recién con los canonistas, y al respecto señalan que “...*Según Demogue, el origen de esta Teoría la encontramos en el Derecho Canónico. Los canonistas fueron los primeros en fundarla y la divulgaron hasta conseguir su aplicación por los Tribunales Eclesiásticos. Según Demogue, esta institución no fue conocida en el Derecho Romano...*” (Cruz, 1986).

Otros, sin embargo, afirman que “...*esta teoría se remonta al derecho romano y está ligado a la célebre cláusula ‘rebus sic stantibus’ (mientras las cosas permanezcan igual) según la cual el contrato debe cumplirse mientras las condiciones o las cosas se mantengan igual, es decir, proclama el respeto a la palabra empezada (‘pacta sunt servanda’) mientras las circunstancias permanezcan invariables...*” (Martyniuk Barán, 2008, p. 190-191).

Si bien parecen sentar posiciones distintas, entendemos que estos dos puntos de vista reconocen implícitamente que el Derecho Romano *positivo*, si bien no instituyó formalmente una norma que prevea la *imprevisión*, sí

aplicó principios relativos a la misma, y hacían una aplicación práctica, a casos concretos de la misma.

Si nos remontamos a la sacralidad que los contratos tenían para los romanos, partiendo desde la misma forma en que eran realizados, no es difícil entender que, dentro de ese sistema, no se concibiera una norma que pudiese modificar, posteriormente, lo que fuera pactado originariamente.

Con el desarrollo de la llamada doctrina del *liberalismo*, de marcado corte individualista, la *imprevisión* desaparece hacia el siglo XIX, y reaparece recién después de concluida la 1ª Guerra Mundial, como consecuencia de los desajustes económicos que se dieran como consecuencia de la misma⁵.

Como no podía de ser otra manera, dado el vínculo histórico que tenemos con la legislación, la doctrina y la jurisprudencia argentinas debemos entender también que este instituto fue acogido en dicho país, y legislado como parte del ordenamiento del Código Civil, en el art. 1198, a través del texto dado por la famosa Ley No. 17.711 del año 1968, a la que nos referiremos en su momento. Al respecto de la *génesis* de esta norma en la Argentina, señala López de Zavalía (1997) que “...*Es fácil trazar la historia inmediata de nuestra disposición, pues ella encuentra su fuente en la recomendación No 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, la cual a su turno se*

⁵ “...*La teoría renace en el año 1918 a raíz de una resolución del Consejo de Estado de Francia. El caso se planteó en estos términos: desde el año 1904 estaba vigente un contrato de suministro de energía eléctrica entre la Compañía de Gas y la Municipalidad de Burdeos. Se produce la I Guerra Mundial y, como consecuencia de ella, un alza extraordinario del precio del carbón, materia prima insustituible para la producción de la energía eléctrica y del gas de alumbrado. La compañía pide la revisión del contrato y el caso va a parar al Consejo de Estado francés, última instancia administrativa, quien en ese famoso caso reconoce a la Compañía de Gas el derecho de exigir la revisión del contrato de suministro a causa del alza anormal del precio de la materia prima y reajusta el precio de acuerdo al alza sufrida. De esta forma se trata de lograr un equilibrio entre las prestaciones de las partes; un trato de equidad para la Compañía pues el cumplimiento estricto del contrato la hubiera llevado a la ruina causando perjuicio a todos los usuarios...*” (Martyniuk Barán, 2008, p. 191).

encuentra literal y espiritualmente inspirada por el art. 1467 del Código italiano de 1942...” (López de Zavalía, 1997, p. 708). Posteriormente, el citado autor, López de Zavalía, dando fin a su también breve exposición sobre los antecedentes históricos del instituto, dice: “...*Pero cuando se quiere retroceder más, comienzan las dificultades, porque las opiniones se acumularon y entrecruzaron en el curso de los siglos, acudiéndose a institutos distintos para solucionar casos más o menos similares a los involucrados por nuestro texto, pero abarcando también otros que no encuentran cabida en él. Prescindamos de esa historia remota, dejándola para los tratados y monografías especiales sobre la materia*”⁶.

⁶ “...Molina, en su obra *Abuso del Derecho, lesión e imprevisión*, pág. 203 y siguientes, señala lo contradictorias de las versiones que, sobre la historia del instituto, dan los comentaristas. Bonneccase en el tomo III del *Supplément* (nº 299) se remite a la versión de Bruzin, a estar a la cual, es posible que el Derecho romano contuviera algunas aplicaciones prácticas de la teoría pero su formulación primera con carácter general es debida a la influencia de los canonistas, y en el campo civil es la obra de los postglosadores, adquiriendo precisión en la doctrina y jurisprudencia italianas de los siglos XVI y XVII, siendo dignas de recordarse las obras de los cardenales Mantica y de Luca, como así también la de publicistas como Grocio y Puffendorf, cuya influencia posiblemente se manifestó en la escuela alemana, aunque la doctrina se muestra a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX poco favorable a la cláusula, si bien recibe aplicaciones en el Código bávaro de 1756, el prusiano de 1794 y el austríaco de 1812. Larenz (*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*) subraya el descrédito en que cayó la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* a fines del siglo XVII, y observa que a mediados del siglo XIX el vacío creado fue llenado por la doctrina de la presuposición de Windscheid, para luego señalar su reaparecimiento “en la literatura jurídica poco antes de la primera guerra mundial” (págs. 28/9). Pino (*La excesiva onerosidad de la prestación*, pág. 138 y sigts.), niega toda afinidad entre la cláusula *rebus sic stantibus* y la hipótesis prevista en el art. 1467 italiano, tesis que, de ser correcta, pudiera conducir a análoga conclusión para nuestro art. 1198 que reconoce en aquél su fuente mediata, pero a otra conclusión se llega si nos atenemos a la conceptualización que formula Bruzin (en párrafo transcrito por Bonneccase en su *Supplément*, loc. cit.), invocando las opiniones de Grocio, de Luca, Weber, Leyser, Puffendorf, etcétera...” (Fernando J. López de Zavalía, 1997, p. 708 y sigtes.).

Una aproximación al concepto, a través del texto de la ley

Vamos ahora entrar en materia, y a aventurarnos en procura de establecer una aproximación al *concepto* de lo que entendemos por *Imprevisión*; y tratándose este de un trabajo que pretende ser jurídico, creemos que lo más apropiado es partir del mismo *texto legal vigente*⁷, a fin de ir perfilando una idea de lo que estamos estudiando.

Del texto legal emana directamente que la *Imprevisión* es, como la llamó un notable autor nacional, un *remedio legal*⁸ puesto a disposición del *deudor* a fin de que judicialmente, el mismo pueda pedir se *deje sin efecto* un contrato, cuyo cumplimiento se volvió, *a posteriori*, excesivamente oneroso para el obligado, siempre que se den las circunstancias sobrevivientes e imprevisibles establecidas en la Ley.

En similar sentido, se han pronunciado otros, al establecer que este instituto tiene por objeto “...*salvaguardar en parte los derechos del deudor, en forma que el acreedor no pueda exigir el cumplimiento de la obligación en la forma estipulada, cuando a consecuencia de acontecimientos*

⁷ Art.672 CC: “*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*”.

⁸ Esta frase, “*remedio legal*”, la utiliza el Dr. Martyniuk a fin de describir el concepto de *Imprevisión*: “...*La imprevisión es un remedio legal que permite al contratante cuyas prestaciones emanadas de un contrato conmutativo a título oneroso de ejecución diferida o continuada se ven agravadas por una excesiva onerosidad sobreviviente a la época de la celebración del contrato por causa de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, obtener judicialmente un reajuste de su obligación tendiente a reducir su onerosidad a los límites previstos por los contratantes en el momento de la celebración del contrato, o bien liberarse de su obligación mediante la resolución del contrato con determinados efectos particulares...*” (Martyniuk Barán, 2008, p. 191).

imprevisibles para los contratantes al momento de contratar, se haya hecho muy difícil u oneroso su cumplimiento...” (Cruz, 1986).

Debemos entonces anticiparnos en decir, que la determinación de que se han dado los elementos y *circunstancias excepcionales y sobrevinientes* indicados en la Ley, en relación al contrato cuya *resolución*⁹ el deudor pretende, deberá ser hecha *judicialmente*, siendo, por ende, el *juez* quien debe determinar si el caso reúne –o no- todos los aludidos requisitos exigidos¹⁰. Ello –obviamente- salvo acuerdo de partes, sobre estos puntos.

Así, en primer lugar, ante la eventual falta de dicho acuerdo de partes, deberá el *juez* establecer si *el contrato* atacado *es de ejecución diferida*, ya que nuestra ley –conforme lo veremos luego- limita a este tipo de contratos

⁹ Dentro de las formas de dejar sin efecto un acto jurídico, tenemos: la nulidad, la rescisión, la revocación y la *resolución*. Fijémonos momentáneamente en las tres últimas, pues éstas se diferencian de la primera –la nulidad- en que el motivo que deja sin efecto el acto jurídico no es congénito (en la nulidad sí lo es, apareciendo el vicio en el momento mismo del nacimiento del acto); en la resolución, la revocación y la rescisión, el motivo por el cual un acto jurídico es dejado sin efecto, se da por el acaecimiento de un hecho *posterior* al acto. Así, en la *rescisión*, será la voluntad consensuada de las partes las que permita que el acto jurídico muera. En la *revocación*, el acto jurídico dejará de tener vigencia, por voluntad de una de las partes, por ejemplo, cuando una parte revoca un testamento o un mandato. A través de la *resolución*, el acto jurídico es dejado sin efecto por el acaecimiento de un hecho previsto en la Ley o en el mismo acto jurídico. Recordemos los casos de la *condición* y del *plazo resolutorios*, en donde las partes han previsto que el acto jurídico dejará de tener efecto, por el acaecimiento de un hecho futuro e incierto (en el caso de la condición) y futuro y cierto (en el caso del plazo).

¹⁰ Por esta razón, de que la determinación debe ser hecha *judicialmente* es que Norman Cruz cita, en el artículo por él escrito, la siguiente definición: “...*Según el civilista chileno Lorenzo de la Maza, la teoría de la imprevisión ‘es la doctrina jurídica que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda categoría de contratos, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa; y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas’...*” (Norman Cruz, 1986.).

la aplicación de la *Teoría de la Imprevisión*, excluyendo tácitamente a los demás.

Para dejar sin efecto el contrato por aplicación de la *Imprevisión*, deberá también el juez establecer si las circunstancias son, efectiva y realmente, “*imprevisibles*¹¹ y *extraordinarias*”¹², es decir, si aquellas se encontraban fuera de la posibilidad de que las partes del acto jurídico hayan podido concebir razonablemente el acaecimiento de éstas¹³.

Las *circunstancias imprevistas* no deben impedir el cumplimiento de la obligación¹⁴, simplemente deben hacer la prestación “*excesivamente onerosa*”.

¹¹ Sobre el punto de la *imprevisibilidad*, Borda ha indicado que “...no puede hablarse de caso fortuito cuando las circunstancias que se invocan ya existían al tiempo de contratar o son la consecuencia de acontecimientos normales. Pero no hay que exagerar el concepto de imprevisibilidad. No se trata de que sea necesario algo absolutamente imprevisible, pues eso sería excesivo, sino simplemente de que no hay razón valedera para pensar que ese acontecimiento se producirá...” (Borda, 1998, p. 119).

¹² “...El hecho debe reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor... excepto en lo que se refiere a la virtualidad de la incidencia del mismo sobre el vínculo: no ha de imposibilitar en forma absoluta el cumplimiento de la obligación; pero, en cambio, debe provocar la excesiva onerosidad de la prestación debida...” (Bustamante Alsina, 1997, p. 148).

¹³ De hecho, la Ley establece que en caso de que la *onerosidad* pueda considerarse como *comprendida en el ámbito del contrato* en cuestión, la demanda de resolución del mismo deberá ser desestimada: “...La resolución no procederá cuando la *onerosidad* sobrevenida estuviera dentro del *alea normal del contrato*, o si el deudor fuere culpable...” (art. 672 CC).

¹⁴ De aquí se desprende, en consecuencia, la diferencia entre los actos jurídicos afectados por la *imprevisión* y por la *imposibilidad de pago*. En la primera –los afectados por *imprevisión*–, la prestación no es materialmente imposible. El hecho comprometido por el deudor puede ser materialmente realizado; sin embargo, la prestación *se ha vuelto tan onerosa* que agrede el sentido de justicia, si se consideran las contraprestaciones producidas entre las partes del contrato. En cambio, en los actos jurídicos afectados por *imposibilidad de pago*, el pago *no puede ser hecho, jurídica o materialmente*, no estando el deudor en mora ni siendo culpa de él la circunstancia que imposibilita el pago; por ello es que se producirá la *extinción* de la obligación, sin cargo al obligado. Esto se establece en el art. Art.628 del Código Civil, que dispone: “La obligación se extingue cuando por una causa física o jurídica

Por ende, será también función del *juez* establecer igualmente si esa onerosidad es *excesiva*, o no¹⁵, ya que no debe considerarse como tal, la sola *variación* de lo que debe prestar el deudor, sino que esa *variación* debe ser de tal *volumen* que afecte el sentido de justicia, al considerar las prestaciones recíprocas que las partes se han otorgado en ese acto jurídico en particular.

Nótese que en este punto, estamos en presencia de un ámbito en el que el *juez* entra a juzgar *subjetivamente* el caso del contrato en cuestión, pues dependerá enteramente del arbitrio personal del magistrado, establecer o definir si la *onerosidad sobreviviente es o no excesiva* y esa determinación es, como dijimos, enteramente personal y por ende, enteramente subjetiva. Obviamente, deberá notarse una *fluctuación del valor* de la prestación a cargo del deudor, pero ella deberá ser juzgada por el *juez*, quien deberá determinar, ineludiblemente, si esa *fluctuación* contempla un volumen tan importante para catalogarla o rotularla de *excesiva*.

no imputable al deudor, anterior a su constitución en mora, se hace imposible la prestación que constituye el objeto de ella. Si la imposibilidad es solo temporal, el deudor, en tanto ella exista no es responsable del retardo de su cumplimiento. No obstante, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación al título o a la naturaleza de su objeto, el deudor no puede ser considerado obligado a ejecutar la prestación o el acreedor no tenga ya interés en conseguirla". Por el contrario, reiteramos, que en la *imprevisión*, la prestación sigue siendo posible, aunque la onerosidad para producir el pago será de tal medida, que hará que el acto jurídico –cumplido como fuera pactado originariamente– envuelva una desproporción de tal magnitud que encierre un acto de injusticia. La *imprevisión* debe también revestir la contundencia del *caso fortuito o fuerza mayor*, no en el sentido que *haga imposible* el pago –ya que en ese supuesto, la obligación se extinguiría– sino en el sentido de la ocurrencia no programada ni esperada, ajena a la voluntad de las partes, y acaecida como elemento novedoso, posterior y distorsionador del contrato en cuestión.

¹⁵ "...Debe quedar sujeta al arbitrio judicial la determinación de la excesiva onerosidad. La prudencia de los jueces sabrá darle justa aplicación, siendo la regla el cumplimiento contractual y la revisión, la excepción. Así el criterio de aplicación tendrá que ser restrictivo para los casos en que el contrato pierda el verdadero carácter bilateral..." (Bustamante Alsina, 1997, p. 149).

Por ende, una vez repasados estos caracteres legales del instituto, podríamos animarnos a decir que la *imprevisión* es la alegación con que cuenta el deudor de una obligación de *cumplimiento diferido*, para plantear a la otra parte o pedir que, judicialmente, se la deje sin efecto, cuando su prestación se torne, de tal manera onerosa, que afecte el criterio de proporcionalidad justa en las prestaciones recíprocas que las partes se deban en esa obligación, en razón de la alteración, imprevista, extraordinaria y no atribuible al deudor, de las circunstancias existentes al momento de formalizarse el acuerdo.

Acciones a que da lugar el art. 672 CC. Prerrogativa del demandado

En primer lugar, debemos decir que el art. 672 establece una acción puntualmente: la de *resolución* del contrato. En ese caso, será el deudor de la obligación, el actor de la demanda, y el *objeto* de la misma, serán solo los *efectos pendientes* del contrato atacado. Con ello, se concluye que los *efectos* ya concluidos, han quedado fuera del alcance de dicha acción, no pudiendo pedirse que la sentencia, eventualmente afecte a los mismos. Al respecto, la Ley establece, en la parte pertinente: “...*El deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento...*” (art. 672 CC).

Entendemos que, por aplicación del principio de “*quien puede lo más, puede lo menos*”, entendemos que el deudor estará igualmente habilitado a pedir la *modificación* del contrato, y no su *resolución* misma, solicitando así la fijación de sus obligaciones de acuerdo a los parámetros vigentes del mercado, al momento del cumplimiento del mismo. Un principio de justicia nos indica que esta postura es adecuada, y que debe permitirse al actor solicitar solo la modificación y no la misma resolución del acuerdo, en razón de que el mismo derecho se concede al demandado en ese juicio, conforme lo veremos seguidamente.

Planteada la demanda, la ley otorga, también al demandado –como anticipamos- la posibilidad de evitar la *resolución*, ofreciendo él mismo, la

modificación del contrato, en forma equitativa¹⁶. Ello contemplará, evidentemente, el ofrecimiento de *nuevas condiciones*, de modo tal que reproduzca una situación *económica o financiera similar* a la que se presentaba cuando las partes acordaron formalizar el contrato. Dice, a este respecto, la Ley: “*El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa*” (art. 672 CC).

¿A qué contratos se podría aplicar el instituto de la “imprevisión”?

No a todos. Existen contratos para los cuales la *imprevisión* es claramente inaplicable, y nos referimos específicamente a los *contratos de ejecución instantánea*, entendiéndose a éstos, como los acuerdos “...*en que las prestaciones se realizan de una sola vez en el momento de la conclusión del contrato...*” (Osorio, 1986). Ello, es muy entendible, pues en estos contratos de *ejecución instantánea*, las partes, no solo han manifestado sus intenciones recíprocas, sino que *ya han ejecutado* lo acordado, por lo que no es muy atendible que puedan ser modificadas las condiciones, entre el momento de la *firma* del acuerdo, y el de su cumplimiento.

Nuestro Código Civil es claro al respecto de este punto: “*En los CONTRATOS DE EJECUCIÓN DIFERIDA...*” (art. 672 CC) podrá pedir el deudor la resolución del mismo si sobrevinieren circunstancias excepcionales e imprevisibles que tornen excesivamente onerosa su prestación. Y deberá limitarse sólo a este tipo de contratos –de *ejecución diferida*- la aplicación de

¹⁶ Nos mueve señalar, en este punto, que el art. 671 del CC, que introduce el Instituto de *La Lesión* en el sistema positivo nacional, como vicio del acto jurídico, a similitud de lo que acontece con la *imprevisión*, otorga al demandado una “ventana de escape”, que hace que el mismo pueda evitar la declaración de ineficacia del acto jurídico, mediante el ofrecimiento de una *modificación equitativa* del acuerdo, y el Código Civil, en ambos casos (tanto en la *Lesión* como en la *Imprevisión*), introduce el concepto de *equidad*, como fórmula legal para revertir la situación injusta. Cabe señalar, para marcar las diferencias entre la *Lesión* y la *Imprevisión*, que la ineficacia del acto jurídico por la primera se dará por vía de la *nulidad*, mientras que por la segunda, el deudor puede pedirla, pero por la *resolución*.

la *imprevisión*, siendo inviable que, por vía de interpretación, se pretenda su aplicación a otros tipos de acuerdos¹⁷.

La *imprevisión* está apuntada entonces, para ser aplicada a contratos en los que un acontecimiento *futuro* –en relación a la formulación del contrato– pueda efectivamente afectar las condiciones en que se formuló el acuerdo, y para ello, deberá mediar –forzosamente– un lapso de tiempo entre el momento en que el acuerdo es formulado, y aquel en el cual es cumplido.

Al respecto, dice la doctrina que “...*Solamente en los contratos de ejecución diferida (obligación a plazo) o de ejecución continuada (obligaciones de tracto sucesivo) se puede presentar el caso en que las prestaciones se tornen excesivamente onerosas por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles...*” (Bustamante Alsina, 1997, p. 150-151). Como ejemplo de estos contratos de ejecución continuada, tenemos el de locación de cosas y el mutuo de dinero con acuerdo de devolución en cuotas.

El régimen legal argentino, establece un ámbito de aplicación un tanto más complejo que el nuestro, aunque debemos decir, que no difiere en lo esencial, ya que establece que los acuerdos a los que pretenda aplicarse el instituto deberán ser igualmente aquellos de *ejecución diferida*. Al respecto, la norma del Código Civil de la República Argentina, establece que “... *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...*” (art. 1198 CCA, según texto de la ley 17.711/68).

Al respecto, debemos señalar que los *Contratos Bilaterales Conmutativos* son acuerdos sinalagmáticos en los que las partes se obligan recíprocamente,

¹⁷ “... 267. La doctrina tiene aplicación solamente en los contratos a que se refiere expresamente la citada norma legal...” (Bustamante Alsina, 1997, p. 149).

una en relación a la otra. Es un contrato, en donde las prestaciones vienen en doble vía, de ida y de vuelta. Será *conmutativo* el contrato en el que las prestaciones guardan una proporción entre sí, según unos autores, y según otros, será *conmutativo* el contrato en el que las partes conozcan el alcance de sus respectivas obligaciones, al mismo momento de formalizar el contrato, hecho que diferencia a este tipo de acuerdos con los contratos llamados *aleatorios*¹⁸. Podemos citar como ejemplos de estos *Contratos Bilaterales y conmutativos, a la compraventa, la permuta, la locación, la sociedad*.

Los llamados *Contratos Unilaterales, Onerosos y Conmutativos* están también comprendidos en la norma argentina. Son *unilaterales* los contratos en los que una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta quede obligada hacia la primera. Los Unilaterales pueden ser onerosos o gratuitos. Citemos como ejemplos de *contratos onerosos unilaterales al depósito y el mandato*. Sin embargo, en estos contratos, podrían surgir, eventualmente, obligaciones hacia la parte que no se encontraba –en principio– obligada, con lo cual podrán ser denominados *sinagmáticos imperfectos*. Ello, resultaría cuando el *mandatario o depositario*, deba reembolsar gastos a la otra parte.

La norma argentina prevé igualmente a los llamados *Contratos aleatorios* los que se encuentran excepcionalmente comprendidos a fin de aplicarse a los mismos el instituto de la *imprevisión*. Los contratos aleatorios¹⁹, según la

¹⁸ “...*Contrato conmutativo. Si la conmutatividad consiste en la proporción que debe haber entre las cosas cuando se dan o cambian unas por otras, y de ahí que se hable con ese sentido de justicia conmutativa, deberá entenderse por contrato conmutativo aquel en que cada una de las partes contratantes da lo equivalente de lo que recibe. Tal es la definición de algunos autores. Más para otros (Capitant, Ramírez Gronda), el precitado contrato no se caracteriza por la equivalencia de las recíprocas deudas, sino porque las partes conocen desde el momento en que prestan su consentimiento, la extensión de sus prestaciones, diferenciándose así del contrato aleatorio...*” (Osorio, 1986, p. 168).

¹⁹ “...*Contrato aleatorio: Entendiéndose por aleatorio lo perteneciente o relativo al azar o que depende de algún suceso fortuito, el contrato aleatorio será aquel en que todas las partes o alguna de ellas, pactan expresa o tácitamente la posibilidad de una ganancia o se garantizan contra la posibilidad de una pérdida, según sea el resultado de un acontecimiento*

norma del Código Civil argentino, solo se incluyen cuando se dé la excesiva onerosidad por causas extrañas al riesgo propio²⁰ del contrato. Ejemplos: renta vitalicia, contrato de juego, de apuesta, etc.

Si bien, como dijimos, la norma argentina *vuelve más compleja* -o más específica- la determinación de los contratos a los que se podría aplicar la *imprevisión*, debemos reiterar que, dichos contratos deben ser también *de ejecución diferida*, a similitud de lo que establece nuestro Código Civil.

A modo de conclusión

La *imprevisión* fue introducida en nuestro sistema legal, como una herramienta que apunte a lograr la *justicia* en las relaciones contractuales.

Conlleva, sin embargo, la posibilidad de dejar sin efecto la *palabra empeñada* por el argumento de que, las condiciones que regían al momento en que se *suscribió* el acuerdo, cambiaron en forma tan extraordinaria, tan imprevista y tan impredecible, que hacen que hoy, la situación del deudor, sea *excesivamente gravosa*, en comparación con la que tenía el mismo al momento de nacer el contrato.

incierto. Los juegos de azar y la lotería son ejemplos característicos. También el seguro..." (Osorio, 1986, p. 167).

²⁰ "...En la medicina prepa la aparición de una nueva enfermedad, o de una nueva tecnología que se diferencie sustancialmente de las utilizadas en el momento en que el contrato se celebró, pueden constituirse en supuestos de hecho previstos en el artículo 1198 del Código Civil, y dar lugar a la resolución o a la pretensión autónoma de modificación del precio. Es una hipótesis de apreciación restrictiva, puesto que se trata de un contrato aleatorio, y la aplicación de la excesiva onerosidad debe situarse fuera del "alea normal" prevista por las partes (art. 1198, Cód. Civ.), de modo que la circunstancia de que el paciente se enferme o aparezcan nuevos tratamientos o enfermedades, no es per se una circunstancia extraordinaria ni imprevisible. En cambio, pueden asumir ese carácter enfermedades masivas e inexistentes al momento de la contratación, o una revolución en los tratamientos médicos que cambie la naturaleza de los previstos en la celebración del vínculo...". (Lorenzetti, 1999, p. 132).

Por ende, no será la mera variación –aunque sea de un volumen considerable- de lo que debe el deudor, lo que podrá dar pie a la aplicación de la teoría de la *imprevisión* para dejar sin efecto el acuerdo, sino que deberá demostrarse además, que dichas variaciones se produjeron por causas *que no podrían haberse previsto*, dentro de la evolución normal y natural de las cosas propias del contrato de marras, y también que el deudor no es culpable de dichas circunstancias sobrevivientes.

Estas circunstancias nuevas, sobrevinientes, deberán tener la nota característica de la *imprevisibilidad* –de allí el mismo nombre del instituto- que haga que las partes no hayan podido tener en cuenta –razonablemente- que dichos cambios podrían haberse producido²¹. Por ende, el juez deberá realizar un auténtico trabajo investigativo sobre las circunstancias económicas y financieras que regían en el momento de la formulación del contrato y las que se dieron posteriormente, que hicieron variar grandemente el volumen de la prestación a cargo del deudor, a fin de comparar éstas, y de establecer principalmente, si esa variación de las condiciones tienen –efectivamente- la característica de *no haber podido ser previstas* al momento de firmar el contrato. Entendemos que en caso de duda, el juez deberá estar por la pervivencia del contrato, tal y como fue concebido, debiendo exigirse la prueba inequívoca de que se dan los requisitos del instituto para proceder a la *resolución* del contrato por aplicación de la *imprevisión*, de modo tal que ésta sea una efectiva herramienta de justicia, y no una mera *excusa* para dejar de lado la palabra empeñada.

²¹ “...4. Modificación por excesiva onerosidad sobreviviente. La modificación unilateral por circunstancias sobrevinientes extraordinarias e imprevisibles, fuera del alea normal del contrato, que hacen excesivamente onerosa la prestación, es lícita (art. 1198, Cód. Civ.), teniendo la otra parte una pretensión autónoma de revisión o la resolución. En estos casos, ambas partes pueden invocar circunstancias que han desequilibrado la relación de equivalencia, siendo las mismas extraordinarias e imprevisibles...” (Lorenzetti, 1999, p. 131-132).

Bibliografía

- Borda, G. (1998). *Tratado de derecho civil: Obligaciones I*. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9ª ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Cruz, N. (1986). La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil Paraguayo. *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, 11(1).
- López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría de los contratos*. 4ª ed. Buenos Aires.
- Lorenzetti, R. L. (1999). *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Martyniuk Barán, S. (2008). *Lecciones de contratos*. Asunción: Intercontinental.
- Ossorio, M. (1986). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.