

La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva

José Mélich Orsini*

Sumario

1. De qué revisión se habla.- 2. Su contradicción con el principio de la intangibilidad del contrato.- 3. La recepción legislativa de la teoría de la imprevisión.- 4. La recepción legislativa en los códigos iberoamericanos.- 5. Presupuestos de aplicación de la teoría de la imprevisión. 6. La opinión de juristas venezolanos favorables a la recepción de esta teoría.- 7. Las fundamentaciones invocadas para extender la teoría a los Estados que no la han receptado en su legislación.- 8. La insuficiencia de tales fundamentos en los códigos civiles que no han receptado la teoría y en particular en el Código Civil venezolano.- 9. La jurisprudencia administrativa venezolana en materia de imprevisión.- 10. Conclusiones.

1. DE QUÉ REVISIÓN SE HABLA

Hablar de “revisión judicial del contrato” significa sugerir que se le otorgue al juez del mérito potestad de verificar si después de que él ha interpretado el concreto contrato y colmado sus lagunas mediante el

* Profesor de Pre y Post Grado de Derecho Civil Obligaciones, Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

cumplimiento de lo que pauta nuestro artículo 1160 C.C. (“Los contratos ... obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”), todavía cabe que el juez pueda hacerle correcciones al contrato.

Es obvio que si el concreto contrato infringe una norma imperativa (preceptiva o prohibitiva) o lo que llamamos el “orden público”, se le otorgue al juez tal potestad de enmendar (anulándolas o sustituyéndolas) aquellas cláusulas del contrato que incurran en tales incorrecciones, pues en lo atinente a estos aspectos no importa en absoluto lo que las partes hayan querido, sino lo que en virtud de una voluntad superior, extraña a ellas, pero inexorable, como lo es la voluntad del ordenamiento, debe sustituir automáticamente los intentos prácticos perseguidos por la voluntad particular de las partes; dejando eficacia jurídica—en razón del principio de la conservación de los actos jurídicos— tan solo a aquellos intentos que puedan subsistir por su conformidad con el ordenamiento jurídico (“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares —dice el artículo 6º del C.C. venez.— las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”).

Pero ahora no se trata de esta especie de revisión judicial del contrato, vinculada al tema de la nulidad parcial del contrato, sino de lo que se conoce como “teoría de la imprevisión”.

Esta teoría predica que cuando se está en presencia de un contrato de tracto sucesivo, de ejecución periódica o de ejecución diferida, en el cual la obligación impuesta a una de sus partes, por haberse producido con ocasión del transcurso del tiempo la sobreveniencia de circunstancias que, si bien no son susceptibles de ser encuadradas en los rígidos contornos de la “imprevisibilidad” y de la “irresistibilidad” que caracterizan lo que los artículos 1271 y 1272 de nuestro Código Civil llaman una “causa extraña no imputable”, se ha hecho tan onerosa o dificultosa que resulta razonable pensar que un buen padre de familia que se hubiera hallado ante tales circunstancias en el momento del perfeccionamiento del contrato no lo habría celebrado, por lo cual debe còlegirse que la parte afectada puede rehusar su cumplimiento y solicitar del juez bien su liberación total o parcial, bien la modificación de la obligación que la afecta. Se trata, pues, de resucitar en nuestra época aquella supuesta cláusula implícita según los postglosadores en todo contrato, como medio de conciliación del principio *pacta sunt servanda* que impone la mas

estricta fidelidad a la palabra dada, con el *vinculum fraternitatis* que recomienda al acreedor la caridad cristiana, o sea, la llamada cláusula *rebus sic stantibus* (las cosas quedan donde están); o dicho en términos modernos: hay que subordinar la eficacia del contrato a que las circunstancias de hecho y de derecho que acompañaron la celebración del mismo persistan en lo fundamental en el momento en que se demanda su cumplimiento.

2. SU CONTRADICCIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DEL CONTRATO

Es obvio que esta revisibilidad judicial del contrato se contradice con el contenido del artículo 1159 del Código Civil venezolano, que consagra sin ambages la intangibilidad del contrato por el Juez. La redacción de este artículo proviene de la del artículo 1123 del Código Civil italiano de 1865 que siguió a su vez la del artículo 1134 del Código Napoleón.

El artículo 1159 del C.C. venezolano dice: “Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley”.

La utilización de la expresión “revocarse” deriva de una traducción literal del texto francés y del italiano de 1865. Ella resulta menos precisa que la utilizada, por ejemplo, por el texto chileno (“invalidado”) o por el vigente Código italiano (“sciolto”, esto es, disuelto); pero lo que en todos los textos legislativos concuerdan, cualquiera que sean las expresiones que utilicen para consagrar este principio, es en que si quienes han celebrado un contrato han satisfecho todos los presupuestos y requisitos legales para que el mismo se perfeccione (poder de disposición, capacidad, consentimiento, ausencia de vicios del consentimiento; objeto claramente determinable, posible, lícito y causa lícita), la obligación que él imponga a una de las partes debe ser cumplida “exactamente como ha sido contraída” (según lo enfatiza el artículo 1264 del C.C. venezolano), so pena de que su deudor sea condenado al pago de los daños y perjuicios que le cause al acreedor su incumplimiento, aun parcial, a menos que las propias partes hayan suprimido por un ulterior acuerdo entre ellas (el llamado *mutuus dissensus*) esa inexorabilidad del deber de un cumplimiento exacto; o que la ley lo haya decidido así, p. ej. autorizando la disolución del vínculo asumido en razón del advenimiento de una

causa extraña no imputable ¹, por voluntad unilateral del propio deudor (como es el caso en el mandato y también en el arrendamiento², en el contrato obras ³, en el de trabajo⁴, etc.); o por la vía de una acción de resolución de contrato con obligaciones correspondientes cuando alguna de las partes haya dejado de cumplirlo ⁵; o de una acción de nulidad ⁶

-
- 1 Artículo 1271 C.C. venez.: “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por el retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.
Artículo 1272 C.C. venez.: “El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que está obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.
Artículo 1273 C.C. venez.: “El deudor de una cosa cierta y determinada se libera entregándola en el estado en que ella se encuentra al tiempo de la entrega, con tal que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de su culpa o del hecho del deudor o de las personas de que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros”.
Artículo 1344 C.C. venez.: “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora...”.
 - 2 Artículo 1165 C.C. venez.: “Los contratos verbales o por escrito sobre alquiler de casas y demás edificios, en que no se hubiere determinado el tiempo de su duración, pueden deshacerse libremente por cualquiera de las partes ...” Texto modificado hoy por una legislación especial sobre la materia.
 - 3 Artículo 1639 C.C. venez.: “El dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, de su trabajo y de la utilidad que hubiese podido obtener de ellos”.
 - 4 Artículo 98 de la Ley Orgánica de Trabajo venez.: “La relación de trabajo puede terminar por despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas”. Los siguientes artículos 99 a 111 regulan en detalle estos diversos supuestos.
 - 5 Artículo 1167 C.C. venez.: “En los contratos bilaterales, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra parte puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello”.
 - 6 Artículo 1346 C.C. venez.: “La acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años, salvo disposición especial de la ley...” El texto se refiere a la nulidad relativa por incapacidad de una de las partes o por vicios del consentimiento que el artículo 1142 ejusdem considera causales para la “anulación” de un contrato existente, pues el artículo 1141 ejusdem considera que un supuesto contrato que adolezca de carencia de consentimiento, o que no tenga objeto o causa lícita no llegaría siquiera a “existir” (rectius: sería nulo de nulidad absoluta).

o de rescisión⁷, o cuando se produzca una nueva ley que por razones de orden público le imprima al concreto contrato modificaciones (p. ej.: rebaja forzosa de los alquileres en curso o de los intereses pactados en contratos de préstamos vigentes).

El sentido de este principio de la intangibilidad del contrato es, pues, muy claro: lo que está prohibido no es que las propias partes introduzcan de mutuo acuerdo la cláusula *rebus sic stantibus* en su contrato o una estipulación similar, como cuando pactan cláusulas de escala móvil o de valor para corregir los efectos de la inflación, ni que el legislador no pueda sancionar nuevas leyes que impongan alteraciones de lo pactado por las partes (siempre que no infrinja con ello el principio de la irretroactividad de la ley, que en Venezuela es un principio garantizado por la propia Constitución), sino que la parte que se sienta perjudicada por la inflexibilidad de una estipulación contractual no puede pretender, a falta de un nuevo acuerdo con su contraparte o de una ley que a ello lo autorice, que el Juez disponga su liberación, total o parcial, una moderación de la obligación a su cargo o la modificación de la correspondiente obligación de su cocontratante para compensar así la ruptura del equilibrio inicial que esta última guardaba con su propia obligación.

Este principio de la intangibilidad del contrato es la consagración legislativa de la máxima *pacta sunt servanda* y ha sido recogido por todos los códigos civiles⁸, aun por aquellos que han estipulado paralelamente normas dirigidas a receptor la indicada fórmula que expresa la máxima *rebus sic stantibus*.

7 Si bien por "rescisión" entendemos el remedio contra lesión que sufre una de las partes del contrato en el momento de su celebración, debemos decir que en Venezuela solo se la autoriza en muy pocos textos legales, todos ellos referidos a casos de lesión objetiva. Por lo demás el artículo 1350 C.C. venez. dice: "La rescisión por causa de lesión no puede intentarse aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especiales expresadas en la ley..."

8 El artículo 305 del Código Civil alemán, nombrado usualmente por las siglas BGB, correspondiente a su denominación en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch*, dice en tal sentido: "Para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido en una relación obligatoria, es necesario un contrato entre los interesados, en tanto que la ley no prescriba otra cosa".

3. LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La primera consagración legislativa de la máxima *rebus sic stantibus* tuvo lugar en el Código Civil bávaro de 1756 (*Codex maximileanus babaricus civiles*) en que se incluyó la siguiente disposición: “Todos los vínculos encierran tácitamente la cláusula *rebus sic stantibus*; así ellos resultan inválidos también por los cambios de la cosa objeto de la obligación, pero solo cuando concurren los siguientes requisitos: 1º) que tales cambios no tengan su origen en la mora ni en la culpa ni en el hecho del deudor; 2º) que no hayan sido fáciles de prever; 3º) que sean de tal naturaleza que si el deudor los hubiera conocido antes, según el criterio desinteresado y honesto de las personas inteligentes, no habría consentido en obligarse, quedando todavía en tales circunstancias por valorar según apreciación jurídica si la obligación debe considerarse como totalmente extinguida o si solo debe reducirse en proporción al cambio sobrevenido”. En una atmósfera ius naturalista influida por la permanencia de las tradiciones de la ética económica del medioevo esta idea de equilibrio entre las prestaciones formaba parte de la conciencia jurídica predominante en los países germánicos durante el siglo XVIII. Ello explica que la cláusula *rebus sic stantibus* fuera también incorporada al *Allgemeines Landrecht* (A.L.R.) de Prusia de 1774 y al *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (A.B.G.B.) de Austria de 1815.

En cambio, no ocurrió así con *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) elaborado durante las últimas décadas del siglo XIX, cuando todavía existía una confianza absoluta en la estabilidad monetaria. En 1902 la Corte Suprema alemana declaró que la modificación de la situación patrimonial de un contrato no tiene ninguna influencia en el deber de fiel ejecución de su obligación por parte del otro contratante fuera de los supuestos previstos en los § 321 y § 610 del BGB⁹.

9 El § 321 dice: “Quien por un contrato bilateral está obligado a cumplir la prestación anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe hasta que sea realizada la contraprestación, o se preste seguridad de ella, si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable en las relaciones patrimoniales de la otra parte por el cual corra peligro la pretensión a la contraprestación”. A su vez el § 610 dice: “Quien promete la entrega de un mutuo puede, en la duda, revocar la promesa si en las relaciones patrimoniales de la otra parte se produce un empeoramiento notable por el cual corra peligro la pretensión a la restitución”.

La catástrofe monetaria que siguió al año 1918 condujo, sin embargo, a la jurisprudencia y a la doctrina alemanas a ensayar remedios técnicos para aliviar la carga de los deudores. Apoyados en el § 275 del BGB¹⁰ comienzan por exonerar de responsabilidad al deudor que no cumple con su obligación por una imposibilidad económica (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) causada por la guerra, aunque la conveniencia de moderar la aplicación de este principio les obligó pronto a precisar que la sola devaluación monetaria no entraña una imposibilidad de ejecución sino una destrucción de “la relación de equivalencia entre las prestaciones” y a considerar que el remedio no necesariamente debía consistir en la eliminación del vínculo, pues bastaba acordar al juez un “derecho de intervención” en el contrato para reevaluar la prestación afectada. La Corte Suprema alemana impuso para ello tres condiciones: a) debe existir un consenso de ambas partes en continuar el contrato; b) el cambio de circunstancias que engendra la nueva situación de pérdida debe “ser absolutamente particular y excepcional”; y c) el tribunal debe proceder a una equitativa distribución de las pérdidas. De esta manera la alteración de las circunstancias económicas entre el momento de la asunción del vínculo contractual y el momento de ejecución puede conducir no solo a la resolución, sino a la revalorización de las prestaciones. Los desarrollos de esta jurisprudencia dan origen a una sucesión de tesis doctrinales, tales como la de la “desaparición de la base del contrato”, la que busca determinar las condiciones que debe llenar la imprevisión de las circunstancias impositivas que obligan a la terminación o a la revisión del contrato para restablecer el equilibrio roto. Los conceptos de buena fe en la ejecución del contrato, enriquecimiento sin causa, abuso de derecho, etc. se mezclan en estas disputas doctrinarias, que pronto son continuadas también en Italia, país que desde principios del siglo XX pasa a compartir la influencia de la doctrina y de la jurisprudencia francesas con la de la doctrina y jurisprudencia alemanas. No tiene, pues, nada de

10 El § 275 del BGB dice. “El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de algunas circunstancias de la que no ha de responder ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria. A una imposibilidad (Unmöglichkeit = imposibilidad objetiva) sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad del deudor (Unvermögen = imposibilidad subjetiva) para la prestación sobrevenida con posterioridad”.

sorprendente que al abrogar Italia el Código Civil de 1865, mera versión corregida y puesta al día del Código Napoleón de 1804, y sustituirlo por el nuevo Código italiano de 1942, concebido bajo la égida fascista y con un significativo aporte de los doctrinarios alemanes del siglo XIX y de comienzos del XX, Italia haya codificado en sus artículos 1467¹¹ y 1468¹² lo que todavía es para los alemanes —que no han tocado su Código de 1900— una construcción jurisprudencial¹³.

Ya antes de la promulgación del Código Civil italiano en 1942, en la doctrina italiana había habido manifestaciones a favor de la revisión judicial del contrato, no obstante que la mayoría se inclinaba a negarla con apoyo en el principio de la intangibilidad del contrato que consagraba como hemos dicho el artículo 1123 del Código italiano de 1865. Pero no olvidemos que Italia, al igual que Alemania, había sufrido los estragos de la inflación generada por la Primera Guerra.

En Francia, donde los efectos de las Guerras Mundiales han sido menos traumáticos, se ha limitado a hacer de la “teoría de la imprevisión” apenas algunas aplicaciones puntuales, como fue el caso de la famosa

11 El artículo 1467 del vigente C.C. italiano reza: ““En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida si la prestación de una de las partes ha llegado a ser excesivamente onerosa por la ocurrencia de advenimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el artículo 1458 (efectos *ex nunc*). La resolución no puede ser demandada si la sobrevenida onerosidad entra en el álea normal del contrato. La parte contra la cual ha sido demandada la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

12 El artículo 1468 del vigente C.C. italiano dice: ““En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual solo una de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede pedir una reducción de su prestación o una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para restablecer la equidad”.

13 Pero, como escribe FRANZ WIEACKER en su “Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna”, versión castellana de la editorial Aguilar, Madrid, 1957, p. 465: “Bajo la impresión de lo imprevisible de las ocurrencias bélicas, de las sacudidas del mercado y de la crisis de la moneda, vióse obligada la jurisprudencia a dar nueva cabida a las cuestiones acerca de las circunstancias materiales del presente; e intentó superarlas con el auxilio de la teoría (Oetermann, Kruckmann, Herk y otros), con la fórmula del fundamento del negocio, de la ‘imputabilidad’ o de la ‘imposibilidad’ económica. Hubo de proceder rápidamente ante la revalorización de las cuentas en marco-papel anticipándose a la legislación y acarreadola”.

Ley Faillot de 1918. Esta Ley no se aplicaba sino a los contratos comerciales de tracto sucesivo concluídos antes del 1º de agosto de 1914, cuyas áleas económicas se habían incrementado desmesuradamente durante la guerra y fue concebida solo como una medida excepcional para remediar los trastornos económicos del momento. Ella fue seguida por otras numerosas leyes en materia de arrendamientos rurales y urbanos.¹⁴ También entre nosotros el fenómeno inflacionario ha producido leyes excepcionales como las que, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, hizo que la Junta Revolucionaria de Gobierno instaurada en Venezuela en 1945 dictara el Decreto Nº 247 de fecha 09-04-47 sobre la Represión de la Usura, imponiendo una reducción imperativa de los cánones de arrendamiento vigentes y de los intereses causados por acreencias monetarias garantizadas con hipotecas. Posteriormente, se han impuesto también alzas compulsivas del salario o de las prestaciones sociales de los trabajadores, prórrogas obligatorias a los contratos de arrendamiento en curso, etc. Pero, como lo he señalado ya, nada de esto tiene en rigor que hacer con la revisión judicial del contrato; pues, aun cuando se aplica a contratos en curso, celebrados bajo la vigencia de leyes anteriores que permitían esas estipulaciones contractuales ahora alteradas en su valor económico, no se ha tratado tampoco de verdaderas infracciones al principio de la irretroactividad de las leyes. En efecto, al calificárselas de normativas de “orden público”, ellas han resultado aplicables inmediatamente a todas las relaciones existentes entre los particulares, sin consideración a si las cláusulas que resultan alteradas han sido incorporadas bajo la vigencia de una legislación que entonces permitía estipularlas al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, ya que el “nuevo orden público” resultante de esta legislación de emergencia encarnaría el sobrevenido concepto objetivo de la justicia y “ninguna persona –como enfatiza el artículo 5º del Código Civil argentino– puede tener derecho irrevocablemente adquirido contra una ley de orden público”.

14 Sobre esta legislación de excepción al principio de la intangibilidad el contrato en Francia, *cf.* GHESTIN-BILLIAU: “Traité de Droit Civil. Les obligations. Les Effets du Contrat”, L.G.D.J., Nº 270 a 274. Pero también en Italia, antes de su admisión en el Código Civil de 1942, se produjeron estas leyes de excepción a la intangibilidad del contrato que consagraba el artículo 1123 del C.C. italiano de 1865, *cf.* al respecto TARTAGLIA, PAOLO: voz “Onerosité eccessiva”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXX, pág. 156 o también BOSELLI, ALDO: voz “Eccessiva onerosité” en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VI, p. 333.

Hay indudablemente en todo esto atentados contra el principio de la intangibilidad del contrato, pero tal atentado no es obra de las partes ni del juez, sino de la ley. Ahora bien ¿cuál es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato? No lo es acaso la propia legislación, que ha establecido el respeto incondicional de las propias partes y de los jueces a los contratos que las partes celebren, por una razón de utilidad social, para realizar así el bien común? Cuando ese bien común lo exige, no puede reprochársele por tanto al legislador que altere algunas de las consecuencias de esos contratos que él mismo ha sancionado y cuya estabilidad depende de él. Solo que los caracteres de generalidad y abstracción que corresponden a toda ley, salvaguardan a los contratantes contra las infracciones al principio de la intangibilidad del contrato por obra de su co-contratante o del juez.

La revisión del contrato por el juez que consagran los citados artículos del vigente Código italiano y que admite la jurisprudencia alemana es muy diferente de todo esto. En Francia y entre nosotros se han creado por obra de la jurisprudencia verdaderas obligaciones a cargo de partes de un contrato que éstas jamás habían soñado contraer. Un ejemplo de ello es la llamada “obligación de seguridad” que por la vía de interpretación de los contratos de transporte se ha declarado implícitamente querida por las partes al celebrar un contrato de esta especie. Pero la consagración de la teoría de la imprevisión supone más que esto, supone la intromisión en el contrato de una voluntad externa al consenso o común voluntad de las partes que fue lo que lo produjo ¹⁵. Voluntad del juez o de solo de

15 TANAGHO, SAMIR: “De l’obligation judiciaire”, L.G.D.J., París, 1965, N° 64 y sigts. págs. 138.143, en materia de revisión de un contrato distingue tres especies: a) la revisión *voluntaria* dispuestas por las propias partes, tal como se da en la transacción, que puede llegar hasta una novación de la obligación o cuando se estipulan cláusulas de valor, escalatorias, etc. b) la revisión *interpretativa* que cumple el juez cuando al integrar un contrato con las consecuencias que derivan para el mismo de la aplicación de la ley, de los usos normativos o de la equidad, ha declarado que algunos contratos implican una “obligación de seguridad” a cargo de una de las partes, tal como se hizo antes de que la legislación laboral regulara los accidentes del trabajo o cuando se ha afirmado la tácita asunción de tal obligación por quien gestiona una empresa de transporte, un tío-vivo etc.; y c) la revisión *imperativa* que derivaría de la ley o de la delegación por ésta en el juez de la potestad de modificar el contrato, en la cual la modificación del mismo no provendría, ni aun indirectamente del presunto consenso de las partes, como sería el caso de la revisión interpretativa de la voluntad de la propia contratante sino de la voluntad del legislador (resiliación legislativa) o del juez (lo que el autor llama *obligaciones judiciales*).

una de las partes, cuya eficacia modificatoria se fundaría en una norma expresa de la ley o en cualesquiera otras consideraciones de derecho objetivo.

4. LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA EN LOS CÓDIGOS IBEROAMERICANOS

La consagración de la teoría de la imprevisión en el Código Civil italiano de 1942, la divulgación de la doctrina que esta novedad legislativa generó, pero sobre todo las crisis monetarias que azotaron las economías de algunos países iberoamericanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, han venido induciendo a que en algunos nuevos códigos civiles, tal como el portugués reformado en 1966¹⁶ y otros de nuestro continente, como el de Guatemala reformado en 1963¹⁷, el de

16 *C.C. de Portugal*, Art. 437: "1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido una alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato, o a su modificación según juicios de equidad, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumida afecten gravemente los principios de la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato.

2. Requerida la resolución, la parte contraria puede oponerse al pedido declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del número anterior.

Art. 438: La parte perjudicada no goza del derecho de resolución o modificación del contrato si hubiese estado en mora en el momento en que se produjo la alteración de las circunstancias.

Art. 439: Resuelto el contrato son aplicables a la resolución las disposiciones de la subsección anterior".

17 *C.C. de Guatemala, Artículo 1330*: "Cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambiaren de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante reclamación judicial".

En la reforma del Código de Comercio de Guatemala, cumplida en 1970, se incorpora también el artículo 687, que reza así: "Únicamente en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles.

La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni aquellas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora.

No procederá la terminación en los casos de los contratos áleatorios; ni tampoco en los conmutativos, si la onerosidad es riesgo normal de ellos".

Argentina reformado en 1964¹⁸, el de Bolivia reformado en 1976¹⁹, el de

-
- 18 *C.C. de Argentina. Artículo 1198*: “Los contratos deben de celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.
En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos áleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.
En los contratos de ejecución continuada los efectos no alcanzarán a los efectos ya cumplidos.
No procederá la resolución, si el perjudicado hubiere obrado con culpa o estuviere en mora.
La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.
- 19 *C.C. de Bolivia. Artículo 581*: “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.
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 se presentaron después de cumplirse la obligación.
III. Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida esta incluida en el riesgo o álea normal del contrato.
IV. El demandado puede terminar el litigio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que a juicio del juez, sean equitativas”.
Artículo 582: “En la hipótesis prevista por el artículo anterior, y cuando se trata 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”.
Artículo 583: “ A los contratos áleatorios no son aplicables las normas de los artículos precedentes”.
Principios similares han sido reiterados por el Código de Comercio, reformado en 1977, así:
Artículo 802: “En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, puede el obligado demandar la resolución del mismo si la prestación a su cargo resulta excesivamente onerosa al sobrevenir factores extraordinarios e imprevisibles debidamente comprobados.
No se admitirá demanda alguna si la onerosidad es emergente del riesgo normal del objeto del contrato; tampoco en los de ejecución inmediata.
El acreedor puede oponerse a la resolución si ofrece una modificación equitativa de las cláusulas que dieron lugar a tal demanda.

Paraguay reformado en 1987²⁰ el de Cuba reformado en 1987²¹ y el de Perú reformado en 1984²²; sin contar con la excepción que hacen a la

La resolución del contrato declarada judicialmente no tendrá efecto retroactivo”.

Artículo 803: “En todos los contratos se presume la buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino también en lo correspondiente a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad”.

- 20 *C.C. de Paraguay. 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 álea 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.

- 21 *C.C. de Cuba. Artículo 80:* “Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida”.

- 22 *Código de Perú. 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”.

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 áleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.

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”.

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”.

Art. 1444: “Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación”.

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”.

mayoría de los códigos civiles mexicanos los códigos civiles de Aguascalientes y Jalisco ²³ y la recepción que a esta teoría le han prestado

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”.

- 23 El Código Civil del Distrito y Territorio Federal de México es de 1928 y en él no se recogió la teoría de la imprevisión, como lo confirman las enseñanzas de MANUEL BORJA SORIANO: “Teoría General de las Obligaciones”, Editorial Porrúa, México, 1953, Tomo I, N° 482, 486 y 502, y de ERNESTO GUTIERREZ Y GONZÁLEZ: “Derecho de las Obligaciones”, Segunda Edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1965, N° 444. Este último autor señala la coincidencia con este Código Civil del Distrito Federal de la mayoría de los códigos civiles de otras entidades federativas mexicanas y recogiendo las palabras de otro eminente obligacionista mexicano afirma que “toca al legislador, y no al juez, modificar por precepto de observancia general las condiciones de los contratos en circunstancias extraordinarias”. Sin embargo, no deja de recoger la excepción que hacen a este principio los códigos civiles de los estados de Aguascalientes y Jalisco. “El primero - nos dice - en su artículo 1733 y el segundo en el 1771, con las mismas palabras disponen que: ‘El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter áleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato’. Esta reglamentación se completa con el artículo 1734 del Código de Aguascalientes y el 1772 del de Jalisco, que a la letra dicen:

‘En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que no haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando ésta última rehusare la proposición’.

Este es el sistema de la imprevisión en esta ley, pero el mismo como se aprecia de la lectura de estas normas, y sin mayor comentario al respecto, se desvirtúa por la redacción que se da al inicio, y la que se da al final”.

los redactores del nuevo Código de Comercio colombiano de 1971 ²⁴. Los códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador, inspirados en el viejo modelo de Don Andrés Bello; los códigos mexicanos y centroamericanos, el de Brasil y el de Venezuela, modernizado este último en 1942 bajo la decisiva influencia del Proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos franco-italiano²⁵, concluido en 1927 como fruto de dos comisiones de los mas eminentes juristas de Francia (Capitant, Lyon-Caen, Ripert, etc.) y de Italia (Vittorio Scialoja, Ascoli, Coviello, Polacco, de Ruggiero, etc.) no le han dado cabida, en cambio.

24 Según VALENCIA ZEA, ARTURO: "Derecho Civil", Editorial Temis, Bogotá, 1974, Tomo III, § 119, IV; p. 450, "aunque el Código Civil no contiene una reglamentación general de la imprevisión", existen rastros de ella en el artículo 2060 ejusdem. Señala además que la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha admitido la aplicación de esta doctrina en algunas sentencias pronunciadas desde 1938.

En la reforma del Código de Comercio colombiano se incluyó el siguiente artículo 868: "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas 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 resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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.

Esta regla no se aplicará a los contratos áleatorios ni a los de ejecución instantánea".

25 Aunque es frecuente en la doctrina aludir al artículo 22 del Proyecto franco-italiano como un texto que consagraría la "teoría de la imprevisión", lo cierto es que, según lo expresa claramente la Relación de los proyectistas (Impremerie Nationale, Paris, 1929, § 8, p. 42-43), este código solo quiso dar ingreso a una acción general de rescisión por lesión y sancionar la usura en sus múltiples formas. El aludido artículo 22 reza así:

"Si las obligaciones de uno de los contratantes son del todo desproporcionadas a las ventajas que él obtiene del contrato o de la prestación de su contraparte, de manera que, según las circunstancias, deba presumirse que su consentimiento no fue suficientemente libre, el juez puede, a solicitud de la parte lesionada, anular el contrato o reducir las obligaciones. La acción de nulidad debe ser intentada durante el año siguiente a la celebración del contrato. Ella puede ser evitada mediante la oferta que haga la otra parte de pagar un suplemento que el juez reconozca como suficiente. Quedan en vigor las disposiciones especiales de determinados contratos referentes a la lesión".

Pero aun en esos países latinoamericanos cuyos códigos no han incorporado un articulado en que se consagre legislativamente la teoría de la imprevisión en materia de derecho privado, existe una manifiesta tendencia doctrinal a darle cabida. Así lo revela la contribución al Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la Associazione de Studio Sociale Latinoamericana (ASSLA) bajo el título "El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano", del brasileño Caio Da Silva Pereira, intitulada a su vez "Resolución del Contrato por Excesiva Onerosidad"; pero sobre todo los otros numerosos trabajos en que se hace referencia a los proyectos de reforma de aquellos códigos civiles que todavía no han incorporado a sus viejos códigos dichos principios que integran otro volumen titulado "Tendencia Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano", trabajos que fueron presentados al Congreso Internacional celebrado también en Lima entre el 5 y el 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la referida Associazione di Studi Sociali Latinoamericana (ASSLA) y cuyos ponentes fueron los argentinos Jorge Mosset Iturraspe ("Contratación Contemporánea"), Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana ("Contratación Contemporánea y Defensa Patrimonial del Deudor"), Luis Mosset de Espanés ("Lesión e Imprevisión"), el chileno Gustavo Ordoqui Castilla ("Teoría de la Imprevisión aplicable a Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay") y el costarricense Víctor Pérez Vargas ("La Excesiva Onerosidad Sobreviniente de la Deuda Externa Latinoamericana"), en los cuales se reseñan los intentos legislativos cumplidos en tal dirección en Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Uruguay.

5. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Un examen comparativo de los textos legales enunciados nos permite esquematizar las exigencias para la aplicación de la teoría de la imprevisión en materia de la contratación privada, así:

A. En primer lugar, *se trata de aplicarla a una relación obligatoria surgida de un contrato no solo válido* (esto es, no expuesto a una acción de nulidad), *sino bajo el presupuesto de que tal relación obligatoria no resulte imposible de cumplir por una causa extraña no imputable* que exonere de responsabilidad civil a su deudor (artículos 1271.1272, 1293

y 1344 C.C. venez.)²⁶, lo cual, si estuviéramos en presencia de un contrato bilateral o con prestaciones recíprocas, pudiera dar origen a la llamada "teoría de los riesgos"²⁷; *que tampoco quepa hablar de un incumplimiento o retardo imputable al deudor* como para que pueda remediarse con una acción por cumplimiento forzoso en especie (artículos 1264, 1265 y 1266 C.C. venez.) o, si se tratara de un contrato bilateral, con una acción de resolución por incumplimiento (art. 1167 C.C. venez.). Los códigos de Portugal (art. 438 C.C.), Argentina (art. 1196 C.C.), Guatemala (art. 687 C.Com.), Bolivia (art. 581-II, C.C.), Paraguay (art. 672 C.C.) y Perú (art. 1443 C.C.) han juzgado necesario hacer explícitos en sus respectivos textos que sancionan la imprevisión que ésta no tendrá aplicación cuando la obligación haya sido voluntariamente incumplida, el deudor incurriere en dolo o en culpa o ya hubiera caído en estado de mora.

B. La teoría no encuentra aplicación en todo género de contrato. Aun cuando el Código Civil de Portugal (art. 437), el de Cuba (art. 20) y los de Tamaulipas y Jalisco (artículos 1733 o 1771) hablan solo de un "contrato" o de "la circunstancia bajo la cual fue contraída la obligación" y el artículo 1540 del Código Civil de Guatemala apenas alude al carácter "bilateral" del contrato; el de Bolivia (art. 581 C.C. y asimismo el art. 802 C. de Com.), el de Perú (art. 1440) y los Códigos de Comercio de Guatemala (art. 687), de Colombia (art. 868) y de Bolivia (art. 802) especifican *que debe tratarse de contratos de "ejecución continuada, periódica o diferida"*. En rigor, el art. 687 del C. Com. de Guatemala sustituye las expresiones de "ejecución continuada o periódica" por la de "tracto sucesivo"; el art. 1198 C.C. de Argentina agrega en cambio a dichas expresiones la de "contrato bilateral conmutativo"; de manera similar el art. 1440 C.C. de Perú agrega la de "contratos conmutativos" y, en cambio, el artículo 672 C.C. de Paraguay omite la referencia a contratos de ejecución continuadas o periódica, para quedarse solo con la de "contratos de ejecución diferida".

26 En la mayoría de los códigos civiles a que nos hemos referido tal imputabilidad del incumplimiento al deudor postula que se esté en presencia de una imposibilidad objetiva (art. 1218 C.C. italiano de 1942) o de un evento exterior a la voluntad del deudor, que es lo que nuestro propio Código, al estilo del Código francés y del antiguo Código italiano, llama una "causa extraña no imputable" (artículos 1271-1272 C.C.) y que se suele caracterizar con las notas de "imprevisibilidad" e "inevitabilidad" del evento. *Cfr.* mi "Doctrina General del Contrato", Capítulo XI. El artículo 514 del Código Civil argentino dice: "caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse".

27 *Cfr.* mi "Doctrina General del Contrato", Capítulo XVII.

Pero si por encima de estas diferentes redacciones indagamos en los elementos estructurales de la teoría y vemos que lo que ella tiende a resolver es el conflicto de intereses que se presenta entre los contratantes cuando *las circunstancias existentes en el momento en que fue contraída la obligación se han alterado profundamente por causa del tiempo transcurrido hasta el momento en que corresponde darle cumplimiento*, se comprende que quedan fuera del ámbito de su aplicación aquellos contratos que son de cumplimiento inmediato. El artículo 802 del Cod. de Com. de Bolivia y el artículo 868 del Cod. de Com. de Colombia lo declaran de manera explícita. En tales contratos, en efecto, la tolerancia que pueda haber tenido el acreedor para no exigir el cumplimiento que dependía tan solo de su voluntad de reclamar no plantea ninguna cuestión de justicia que haga razonable agravar la situación del deudor; y, por otra parte, siempre dentro del ámbito de estas obligaciones de cumplimiento inmediato, si la falta de puntual cumplimiento se debe a una causa no imputable al deudor, su cumplimiento justificadamente retardado por el obstáculo impeditivo no tendrá tampoco porque ser objeto de los remedios de la imprevisión²⁸, y si en cambio, tal cumplimiento retardado se debiera a culpa del deudor, como es el caso del deudor moroso, entonces los remedios previstos por el propio ordenamiento (intereses moratorios, condena adicional a los mayores daños comprobados, etc.) bastan para realizar la Justicia.

Corolario de todo esto es que la teoría de la imprevisión no tiene porqué ser restringida a los puros contratos bilaterales, sino que *puede ser extendida a los contratos unilaterales onerosos*, tales como el préstamo con intereses cuando alguno de sus protagonistas pueda resultar enriquecido a expensas de su contraparte²⁹. Contemplan expresamente

28 El artículo 1441-I del Código Civil del Perú aplica también la teoría de la imprevisión en este caso.

29 La doctrina italiana considera que la expresión "contrato bilateral" haría alusión al puro sinalagma genético, que no se daría en los llamados contratos sinalagmático imperfectos, y que por referirse la imprevisión no al momento de asunción de las obligaciones por sus protagonistas, sino a la interdependencia funcional de las obligaciones (sinalagma funcional), es más técnico hablar de "contratos con prestaciones correspectivas". De esta manera superan una controversia que existe en cambio en la doctrina francesa y que existía en la del Código italiano de 1865, reflejándose por consiguiente en nuestro código y en otros códigos latinoamericanos. *Cfr.* mi "Doctrina General del Contrato".

este supuesto el Código Civil italiano (art. 1468), el de Perú (art. 1442), el de Paraguay (art. 672) y el de Bolivia (art. 582). Otros, como el artículo 437 del Código Civil de Portugal, el art. 1330 del Código Civil de Guatemala y el artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala. El artículo 80 del Código Civil de Cuba y el artículo 868 del Código de Comercio de Colombia, aunque no contemplan la situación de modo expreso, pudieran aceptar por interpretación de las expresiones genéricas utilizadas por ellos (obligación asumida por un contrato o convenio, contrato de ejecución diferida) la idea de ser aplicable también a ciertos contratos unilaterales los principios de la imprevisión en los supuestos por ellos contemplados. Pero tal interpretación no cabría en el caso del artículo 1198 argentino que especifica “contratos bilaterales conmutativos...”³⁰.

En cuanto a los “contratos aleatorios”, el artículo 1469 del Código Civil italiano de 1942³¹, el artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala y el artículo 583 del Código Civil de Bolivia y los artículos 1773 y 1771 respectivamente de los Códigos de los estados mexicanos de Tamaulipas y Jalisco, excluyen la aplicabilidad a ellos de la teoría. En cambio, la admiten de modo explícito los artículos 1198 del Código Civil argentino y el artículo 1441- 2º del Código Civil de Perú “cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”. Los demás códigos nada dicen al respecto, pero puede llegarse a una conclusión idéntica a la de estos dos últimos códigos tanto en lo que respecta a los de Portugal (art. 437 C.C.), Paraguay (art. 672), Cuba

30 Esta expresión, por contraste con la de contrato áleatorio, indica un contrato en que la ventaja que cada parte en la relación bilateral (o “correspectiva”) pretende obtener de la otra y el sacrificio que le ofrece en cambio pueden ser determinados por cada parte en el momento mismo de la celebración del contrato. Aunque el artículo 1440 C.C. de Perú emplea también la expresión “contrato conmutativo” no hace alusión a su bilateralidad, pero además en su siguiente artículo 1442 no deja duda de que la teoría se aplica también a los “contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones”, esto es, a los contratos unilaterales onerosos. Sobre este punto, *cf.* mi citada “Doctrina General del Contrato”, Nº 33.

31 El artículo 1469 del Código Civil italiano dice: “Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos áleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes”. La doctrina italiana considera que esta norma excluye de manera radical la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad a todo contrato áleatorio, *cf.* PINO, AUGUSTO: “La excesiva onerosidad de la prestación”, versión castellana, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1959, p. 90-91, p. 94 a 98 y TARTAGLIA, op. cit. Nº 11, p. 173-174.

(art. 80) y aunque solo en lo que se refiere a contratos aleatorios de naturaleza civil en el de Guatemala (art. 1330 y 1540 C.C.), así como, por el contrario, en lo referente a los solos contratos que tengan naturaleza comercial en el de Bolivia (artículo 802 Cod. de Com.) En mi opinión las disposiciones de los códigos que excluyen la imprevisión en los contratos aleatorios obedece solo a haber seguido la redacción del artículo 1469 del Código italiano de 1942, pero desde que se acepten los postulados de la cláusula *rebus sic stantibus* no se ve porqué no haya de aplicarse a ciertos contratos aleatorios como el de renta vitalicia o el de seguro, cuando el transcurso del tiempo haya creado una situación similar a la que han previsto los artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano de 1942. Es cierto que el carácter aleatorio de un contrato predica estructuralmente la incertidumbre sobre la existencia o la entidad de una o de todas las prestaciones, lo que hace que las perturbaciones del valor de una de las prestaciones no sea en general relevante en lo que se refiere a la causa que la haya provocado, pero la generalización de tal irrelevancia no corresponde a una necesaria inevitabilidad de todo caso de excepción y son tales casos de excepción los que han pretendido reglamentar los citados artículos 1198 C.C. argentino y 1441-2° C.C. de Perú, singularizando la excepción a aquellos casos en que la causa que ha producido la perturbación del álea tomada en cuenta por las partes se deba a una causa totalmente irreconducible al álea en sí misma considerada. Por ejemplo: en una póliza dotal de seguro de vida la incertidumbre tomada en cuenta para fijar el monto de la prima ha sido el período de tiempo en que el tomador de la póliza tendrá que pagar tales primas antes de que el beneficiario de la póliza pueda percibir la cantidad asegurada, lo que ambas partes han hecho depender a su vez de la incertidumbre de lo que puede ser la duración de la vida asegurada, pero ciertamente no han tomado en cuenta la incertidumbre de que esta última cantidad resulte exageradamente minimizada por una inflación imprevisible durante el tiempo en que el tomador de la póliza estuvo pagando por primas sumas de dinero con un alto valor adquisitivo, por no haberse manifestado ni haber sido previsible tal inflación para el momento de la celebración del contrato y a veces ni siquiera durante todo el lapso pactado para cubrir las primas convenidas. Entendemos que es a estas situaciones excepcionales a las que se refieren los citados códigos civiles de Argentina y de Perú cuando hablan del caso en que “la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.

C. Dado que con la teoría de la imprevisión se trata de remediar una situación de desequilibrio que tiene entre sus causas el hecho de que la ejecución de la obligación resulte diferida respecto del momento de su asunción, se comprende que la mayoría de los códigos que la han receptado no duden en considerarla aplicable no solo a los contratos de ejecución continuada o periódica *en los que la “duración” de las prestaciones forma parte esencial del modo de ejecución de las prestaciones* (arrendamiento, trabajo, suministros, etc.), sino también en aquellos que por la naturaleza misma de la prestación o por voluntad de las partes, *si bien el tiempo no es un elemento estructural del contrato, por lo que podría reputárseles entre los contratos de ejecución instantánea, sin embargo la producción del resultado dirigido a satisfacer el interés del acreedor impone de hecho un cierto diferimiento en el tiempo* (contrato de obras, venta a crédito, etc.). En efecto, aunque el tiempo no sea necesariamente un elemento estructural de los contratos a los que se aplica la teoría de la imprevisión, pues la misma se aplica también a contratos en que el tiempo resulta un elemento meramente accidental, sin embargo el transcurso de un cierto tiempo sí configura un elemento estructural de la teoría de la imprevisión, en cuanto que la misma se refiere a un cambio de las circunstancias existentes en el momento de la ejecución de la prestación respecto de aquellas que estaban presentes en el momento de la formación del contrato. Todos los códigos considerados aluden por ello a la “ocurrencia de advenimientos”, “alteración” o “cambio” de las condiciones o circunstancias, surgimiento de “acontecimientos” o “circunstancias posteriores” a la celebración del contrato. En otras palabras: la agravación o mengua de la obligación cuya ejecución pretende rehusarse o ajustar a las consecuencias de esos nuevos hechos constituye otro presupuesto de la teoría que se examina.

Pero se hace alusión al tiempo necesario para la satisfacción del interés del acreedor, pues si esos hechos sobrevenidos ocurren después de tal límite de tiempo, p. ej. por haberse retardado el deudor, aun sin que pueda hablarse de mora³², el tiempo transcurrido cuando advinieron

32 Cuando la mora del deudor exige un requerimiento del acreedor y la tolerancia del acreedor permite al deudor retardar su cumplimiento, se ha considerado que habiendo tenido el deudor la oportunidad de cumplir antes de que se presentaran esos nuevos hechos, la justicia no impone aplicar la teoría de la imprevisión. En cambio, cuando tales hechos han ocurrido después de que por el consenso de las partes se ha diferido el cumplimiento de la obligación, la teoría resultaría aplicable.

esos nuevos hechos no puede reputarse necesario para la satisfacción del acreedor. Por esa misma razón *no cabe acudir a la revisión de las prestaciones que ya han sido ejecutadas cuando sobrevengan esos nuevos hechos, tal como lo declaran explícitamente algunos códigos* (art. 687 C.Com. de Guatemala, art. 1198 C.C. de Argentina, art. 581-II C.C. de Bolivia, art. 1140 C.C. de Perú). Esto es también aplicable al Código Civil italiano, pues su artículo 1467 refiere los efectos de la resolución por incumplimiento de los contratos de ejecución continuada o periódica al artículo 1458 ejusdem que trata sobre la resolución por incumplimiento de los contratos por ejecución continuada o periódica y que aclara que el efecto retroactivo de la resolución “no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas”, lo que ha sido interpretado por la casación italiana en el sentido de no admitir la resolución cuando a la prestación periódica o continuada de una de las partes se contrapone una prestación instantánea (anticipada o posticipada) de la otra parte, por requerirse que se esté en presencia de un contrato en que a una prestación continuada de un parte se contraponga una otra prestación periódica, de modo que la corresponsividad se refleje sobre todas las prestaciones a través de las cuales el contrato recibe ejecución. Por prestación ya ejecutada, a la cual la resolución de manera excepcional no se extiende, habría que entender, pues, aquella por la cual el deudor haya satisfecho ya íntegramente el interés de su acreedor. ¿Qué es entonces lo que predicen los indicados códigos latinoamericanos que excluyen la imprevisión?. ¿Qué la aplicación de la teoría de la imprevisión exige la continuidad en la ejecución o el diferimiento en el tiempo de ambas prestaciones?. ¿Qué la resolución o la revisión del contrato opera solo en provecho de la parte que todavía no ha cumplido con su obligación y que solicita la revisión del contrato, aun si la otra parte ha ejecutado ya íntegramente su prestación correspondiente para el momento en que ha advenido el cambio de circunstancias?. La propia doctrina y jurisprudencia italianas están lejos de haber dado una respuesta concluyente o al menos unánime a tal pregunta³³.

El artículo 1441-1º C.C. de Perú la admite de modo explícito cuando la obligación que no ha podido ser cumplida por un impedimento temporal no imputable al deudor resulta posible de cumplir al cesar tal impedimento. El diferimiento de la obligación resultaría, sin embargo, en este caso de la voluntad del ordenamiento.

D. *Las normas de los diversos códigos exigen que esos nuevos hechos sean extraordinarios e imprevisibles* (art. 1467 C.C. italiano, art. 687 C.Com. guatemalteco, art. 1198 C.C. argentino, art. 581 C.C. y 802 C. Com. boliviano, art. 80 C.C. cubano, art. 1440 C.C. peruano, art. 868 C.Com. colombiano) y alguno de ellos aclara que además deben ser inevitables (art. 1330 C.C. de Guatemala).

La imprevisibilidad de que aquí se habla no puede ser confundida con aquella a que se refieren los códigos cuando dicen que el deudor contractual no queda obligado con su acreedor sino por las consecuencias de su incumplimiento que hayan sido previstas o que sean previsibles al tiempo de la celebración del contrato (art. 1274 C.C. venez.), pues si el deudor debiera entenderse en tal caso exonerado de una acción de cumplimiento en especie o por equivalente no se plantearía siquiera la cuestión de la revisión de la relación obligatoria. La imprevisibilidad a que alude la teoría de la imprevisión se conecta inescindiblemente con el carácter “extraordinario” de esos hechos sobrevenidos, carácter que no tiene ya que hacer con la formación de la voluntad de los sujetos de la relación obligatoria, sino que habría que valorar con un criterio objetivo que permita excluir por su falta de “probabilidad” la consideración de esos hechos sobrevenidos, precisamente por su carácter “extraordinario”. Los códigos civiles (art. 1624 C.C. venez., equivalente a los artículos 1769 y 1773 C.C. francés, y a los artículos 1620 y 1621 C.C. italiano de 1865) seguidores de una orientación que hunde sus raíces en el derecho romano, han distinguido en materia de arrendamientos de predios rústicos entre “casos fortuitos ordinarios” y “casos fortuitos extraordinarios” en función de la previsibilidad, considerando “previsibles” (aunque resulten luego inevitables) los primeros (esterilidad de la tierra, pérdida de la cosecha por exceso o defecto de lluvias, etc.) y, en cambio, “imprevisibles” lo segundo, precisamente por su mayor improbabilidad, que los haría “extraordinarios” (“incendio, inundación insólita, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, que las partes no han podido razonablemente prever”). La teoría de la imprevisión constituye, pues, una generalización de este último concepto, para aplicarlo a hechos sobrevenidos que, aun sí pudieran haber sido previsibles en el momento de la celebración del contrato y que tampoco han hecho realmente imposible el cumplimiento de la obligación en el sentido de la “causa extraña no imputable” cuando ha llegado el momento de tal cumplimiento, sino que tan solo impondrían al deudor una voluntad de cumplimiento

desproporcionada con los fines perseguidos en el momento de la celebración del contrato, justificarían sin embargo la revisión de la relación obligatoria afectada por tales circunstancias “imprevisibles”. De esta manera, fenómenos como la inflación monetaria o el encarecimiento de los precios de materiales necesarios para cumplir con la prestación prometida, susceptibles de romper el equilibrio que las partes tuvieron en cuenta al celebrar un contrato ejecutable en un cierto tiempo, que según el criterio de previsibilidad aplicable en general para la determinación de la extensión de las consecuencias de haber asumido una obligación, no deberían liberar al deudor de indemnizar a su acreedor en caso de un incumplimiento que no pueda justificar por una causa extraña no imputable, y por el contrario, deberían ser apreciados como una simple dificultad o impedimento de naturaleza subjetiva no liberatoria, se transforman en algunas concretas situaciones, por desacostumbrados o “extraordinarios”, en algo “imprevisible” en el sentido de esta teoría y permiten solicitar del juez la revisión de la relación obligatoria. Al quedar a la discreción del juez establecer si esos hechos sobrevenidos presentan tales caracteres de ser imprevisibles y extraordinarios se corre ciertamente el peligro de introducir un elemento perturbador en la seguridad jurídica con que la ley ha pretendido blindar la estabilidad de la previsión del futuro, inherente al intento de las partes que celebran un determinado contrato que deba desplegar sus efectos hacia el futuro³⁴.

E. Si exceptuamos los casos del Código portugués (art. 437) y de los códigos civiles de los estados mexicanos de Tamaulipas (art. 1733) y Jalisco (art. 1775), tanto en el Código Civil italiano (art. 1467) como en los códigos latinoamericanos (art. 1198 C.C. argentino, art. 581 C.C., 802 C.Com. de Bolivia, art. 672 C.C. de Paraguay, art. 80' C.C. de Cuba, art. 1440 C.C. de Perú y art. 868 C. Com. de Colombia), *los aludidos hechos sobrevenidos, imprevisible y extraordinarios a que hemos aludido deben haber causado que el cumplimiento de la obligación de quien pide la revisión del contrato se haya hecho “excesivamente oneroso”* (el artículo 1330 C.C. de Guatemala dice “demasiado oneroso”).

34 La propia doctrina latinoamericana que muestra entusiasmo con la recepción de esta teoría no duda en advertir que se está - como dice ORDOQUI CASTILLA, op. cit. p. 437 - “en presencia de un recurso jurídico de extraordinaria importancia, que debe ser manejado con extrema cautela”.

El concepto de “onerosidad” es otro de los flancos que ofrecen estos textos para que se atente contra la seguridad jurídica que persiguen las partes de un contrato. Para minimizar tal riesgo es que se le agrega el calificativo de “excesiva”. Se sostiene que ella no debe confundirse con la “dificultad económica” y que debe distinguirse de la insuficiencia del patrimonio del deudor; que tampoco significa una simple mengua de la utilidad que se podía esperar ni aun la desaparición de tal utilidad, sino que ella debe acarrear una pérdida. Pero, aunque se dice que el juez debe aplicar un criterio objetivo, se le recomienda una inspección de los criterios técnicos con los que el deudor ha conducido y conduce su propio patrimonio, habida cuenta de las proporciones de éste y de las posibilidades generales de la economía³⁵. En el contrato con prestaciones recíprocas se parte de una confrontación entre ambas obligaciones contrapuestas y se compara la relación así establecida con un tercer término, que será la moneda como medida uniforme de valor, para tratar de desvelar el equilibrio original entre las recíprocas prestaciones³⁶.

Se señala además que debe discernirse el caso en que ninguna de las prestaciones correspectivas ha sido ejecutada, de aquel en que una de ellas haya sido totalmente ejecutada y aquel en que esta solo haya sido parcialmente ejecutada. Se ha señalado también que la onerosidad no debe determinarse exclusivamente en vista de las obligaciones principales, sino teniendo en cuenta todo el conjunto del contrato, comprendidas las obligaciones accesorias.

En relación con los contratos unilaterales, en que no cabe confrontación de la obligación de una parte con la de la otra y en que se trata solo de reducir o de incrementar la obligación del único deudor, la onerosidad excesiva se determinará confrontando la prestación originaria con la que se debe en el momento del cumplimiento.

35 PINO, op. cit., p. 24 y sigts.; TARTAGLIA, op. cit. p. 163.

36 PINO, p. 48 y sigts.; TARTAGLIA, op. cit. p. 165; BOSELLI, op. cit., Nº 12, p. 335. Para la doctrina latinoamericana *cfr.* ORDOQUI CASTILLA, op. cit. p. 446, quien resume así el criterio: “En síntesis, entendemos que la excesiva onerosidad debe evaluarse considerando la entidad de cambio de valores iniciales de las prestaciones y el valor de ella en el momento del cumplimiento asumiendo el signo monetario como unidad de medida, teniendo en cuenta el álea normal del riesgo del tipo contractual que se trate. Esta es una apreciación ontológica económica que al Juez compete realizar según su sano juicio y prudencia, que debe caracterizarse por su objetividad y apreciación ‘in concreto’ según las circunstancias del caso”.

F. Muchos de los textos legislativos examinados señalan además como criterio complementario o correctivo de la pretensión de haberse generado por los hechos imprevisibles y extraordinarios sobrevenidos una excesiva onerosidad, la idea de *que todo contrato en que hay una previsión del futuro envuelve por su naturaleza un álea y que solo si esa álea fuera anormal, y en la medida de tal anormalidad, cabe verificar la pretensión de la revisión judicial del contrato* (artículos 1467 C.C. italiano, art. 437 C.C. portugués, art. 581-III C.C. y art. 802 C.Com. boliviano, 687 C.Com. de Guatemala, art. 581 C.C. y art. 802 C.Com. bolivianos, art. 672 C.C. paraguayos), pero aunque no hablen expresamente al respecto, como ocurre en otros códigos (art. 1198 C.C. argentino, art. 1330 C.C. de Guatemala, art. 80 C.C. de Cuba, art. 868 C.Com. colombiano), la doctrina latinoamericana en general suele exigir siempre tal requisito³⁷. La Relación o exposición de motivos del Código Civil italiano de 1942 describe como álea normal “aquel riesgo que el contrato comporta a causa de su peculiaridad; riesgo al que cada una de las partes se somete implícitamente al celebrar el contrato”. Ese riesgo comprende las oscilaciones de valor causadas por las fluctuaciones ordinarias del concreto mercado, así como aquellas oscilaciones de valor generadas por la inflación monetaria cuando por la naturaleza del concreto contrato deba entenderse que las partes han asumido tal riesgo, lo cual será lo frecuente en los llamados contratos aleatorios. Es por esto, que muchos ordenamientos positivos rechazan de modo general la extensión de la imprevisión a este género de contratos.

El intento de tutelar a través de los textos legislativos examinados un equilibrio de la prestación a ejecutar en el presente con la voluntariamente asumida en el pasado, cuando se analizan los criterios propuestos por la doctrina para precisar qué debemos entender como “onerosidad excesiva” y como “álea normal” de una determinada obligación contractual resulta tan subjetivo, que equivale a dejarlos a la discrecionalidad del juez, con el solo argumento de que se trata de nociones de hecho que se hallan en la experiencia común y pertenecen a la conciencia social³⁸. Esto hace que la recepción de la doctrina de la imprevisión en un determinado Estado se nos exhiba como una temeridad mientras no se posea una absoluta confianza en la idoneidad técnica y corrección moral de los integrantes de su concreto Poder Judicial.

37 ORDOQUI CASTILLA, *cf.*: nota precedente; MOSSET ITURRASPE, *op. cit.* p. 240, DA SILVA PEREIRA, *op. cit.* p. 424.

38 Tal es lo que afirma PINO, *op. cit.* p. 82.

F. *El remedio propuesto cuando concurran todos los presupuestos expuestos y se trate de un contrato bilateral es la resolución del contrato con efectos ex nunc* (art. 1467 C.C. italiano, art. 437 C.C. portugués, art. 1198 C.C. argentino, art. 581 C.C. y art. 802 C.Com. bolivianos y art. 672 C.C. paraguayo). El artículo 687 C.Com de Guatemala habla de "terminación" de la obligación que estaba a cargo de la parte lesionada y el art. 80 del C.C. cubano de "rescisión de la obligación". *Se admite en todo caso que esta resolución puede ser evitada o paralizada si la parte demandada acepta la modificación propuesta por el demandante* (art. 437-2° C.C. portugués) *o si ofrece modificar equitativamente la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa* (art. 1467 C.C. italiano, art. 802 C.Com. boliviano y art. 672 C.C. paraguayo); *ofrecimiento que queda a criterio del juez apreciar a los efectos de evitar o no la resolución* (así lo prevén explícitamente el art. 581 C.C. boliviano y el art. 1440 C.C. boliviano). *Pero la parte lesionada por la excesiva onerosidad, en lugar de demandar la resolución, puede, según algunos códigos, pedir directamente la reducción de su propia prestación* (art. 437 C.C. portugués) *o también el aumento de la correlativa prestación de su contraparte* (art. 1440 C.C. peruano "a fin que cese la excesiva onerosidad" como dice este último texto). Esta opción aparece todavía como la acción que de manera principal acuerdan el artículo 1440 C.C. de Perú, el artículo 1330 C.C. de Guatemala y el artículo 868 C.Com. de Colombia, para los cuales la resolución o terminación del contrato es un remedio subsidiario, aplicable únicamente en el caso de que, por la naturaleza del contrato o a solicitud de la parte demandada, y ante la comprobación de no ser posible el reajuste del contrato, el juez aprecie como remedio mas adecuado la resolución o terminación del contrato.

Cuando se trate de un contrato unilateral en que la prestación del solo obligado se haya tornado excesivamente onerosa, aquellos códigos que hemos visto que se plantean la situación, la resuelven acordando al deudor una acción para pedir la reducción o la modificación equitativa de tal obligación (art. 1468 C.C. italiano, art. 582 C.C. boliviano, art. 672 paraguayo, art. 1442 C.C. peruano). Otros, como los códigos civiles de Portugal (art. 437), de Guatemala (art. 1330) y de Cuba (art. 80), aunque nada dicen al respecto, por los términos de redacción de sus respectivas disposiciones, tal vez permitan en la práctica aplicar similares soluciones; pero no ocurre lo mismo en el caso del artículo 1198 C.C. argentino que se refiere de modo explícito tan solo a los contratos bilaterales, y no

resulta clara la procedencia de estos remedios tampoco en los casos del artículo 802 C. Com. de Bolivia y del artículo 868 C.Com. colombiano.

La interpretación de todos estos textos legales no deja de suscitar pues graves problemas en lo que se refiere a su aplicación práctica.

Si nos referimos a la resolución, caben preguntas como la siguientes: ¿quién debe ser la persona legitimada, solo el deudor o aun el acreedor de la relación bilateral cuando el cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de la celebración del contrato haga que la correspectiva prestación que éste último haya ya satisfecho pueda apreciarse como excesivamente onerosa en relación con la correspectiva obligación que ahora debe satisfacerle su deudor?³⁹ ¿Puede aquella parte que reciente la excesiva onerosidad de la prestación que le corresponde cumplir, rehusar su cumplimiento antes de haber actuado judicialmente o debe esperar primero la declaración judicial?⁴⁰ ¿Procede la resolución, y, en caso afirmativo, cómo debe regularse la restitución que habrá que hacer a quién ya había cumplido con su propia prestación, cuando a solicitud de su contraparte lesionada por la excesiva onerosidad se pronuncia la resolución del contrato? En fin, son tantas las interrogaciones que plantean los mismos códigos que han receptado la teoría de la imprevisión que se requerían múltiples textos legales para resolver con seguridad las incertidumbres que las escuetas normas de tales códigos han dejado a la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina, las cuales no encuentran mas auxilio que la posibilidad de identificar un fundamento dogmático de la teoría de la imprevisión en algún principio básico del moderno ordenamiento positivo del contrato: los elementos de integración del ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, la causa, el enriquecimiento sin causa, la buena fe, etc. Pero, si tal ocurre

39 Tal sería, p. ej. el caso de una obligación de dar un cuerpo cierto a la que le sería aplicable el artículo 1161 C.C. y en que el deudor deba todavía el precio cuando se produzca una súbita e inesperada devaluación monetaria de carácter extraordinario. ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 427 escribe: "No se trata de proteger exclusivamente a los deudores como se ha manifestado en alguna oportunidad, sino lo que se busca fundamentalmente es tener un criterio para saber cómo se retribuye al nuevo 'quantum' económico que ha asumido la ecuación económica del contrato".

40 La jurisprudencia y la doctrina italianas han sido contradictorias a este respecto, *cf.* TARTAGLIA, op. cit. p. 170. Igual incertidumbre se muestra acerca de si la resolución puede pedirse solo por vía de una acción o también por la vía de una demanda reconvenzional o de una excepción.

frente a la existencia de normas positivas que consagran explícitamente la imprevisión en los contratos de derecho privado, mucho más indispensable se nos hace el desvelamiento de esos fundamentos estructurales de tal teoría cuando nos hallemos, como es el caso de la mayoría de los códigos iberoamericanos, ante un ordenamiento positivo que no ha receptado legislativamente dicha teoría y en la que pretende imponérsela por la vía jurisprudencial.

6. LA OPINIÓN DE JURISTAS VENEZOLANOS FAVORABLES A LA RECEPCIÓN DE ESTA TEORÍA

Para la doctrina venezolana han sido significativos en tal sentido el Discurso de Incorporación a nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pronunciado en 1972 por el doctor Luis Felipe Urbaneja, ex Ministro de Justicia entre 1950 y 1958 y mi predecesor en la Cátedra de "Obligaciones" en la Universidad Central de Venezuela, de Caracas, así como la opinión expresada por el doctor James Otis Rodner en su reciente obra "El Dinero, la Inflación y las Deudas de Valor", catedrático también de "Obligaciones" en la Universidad Católica Andrés Bello y de "Finanzas" en el Instituto de Estudios Superiores de Administración, ambos también con sede en Caracas.

Urbaneja hace resaltar que en España, donde la teoría de la imprevisión no había sido objeto tampoco de reconocimiento legislativo para el momento en que él escribe, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le había dado cabida⁴¹ y, en consecuencia, señala que "el problema que ha de resolver el juez español con respecto a la teoría de la imprevisión es igual al que se le presentaría a un juez venezolano"⁴¹. Pasa luego a señalar que hay necesidad técnica de relacionar la aplicación de las soluciones que predica tal teoría con algún elemento estructural del contrato que permita explicarlas. Rechaza que ello pueda hacerse por el

41 Ciertamente no existe en el Código Civil español de 1889 un texto que recoja tal teoría, pero la doctrina y la jurisprudencia españolas han concluido también por acogerla. Para no abusar de referencias me limitaré a aludir al profesor LUIS DIEZ PICAZO en su obra "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Editorial Tecnos, Madrid, 1979, Tomo I, Nos. 1042 y sigs., p. 863, quien encuentra los fundamentos objetivos de la teoría de la imprevisión en el principio de la buena fe y en la "ruptura del mecanismo causal" o "aparición de una anomalía funcional sobrevenida".

mecanismo de presumir una voluntad tácita de las partes, pues una vez constituido el contrato éste se convierte en una institución autónoma, se formaría lo que él llama “un continuo contractual”, evocando así una metáfora del mundo de la física. Expone también la doctrina que pretende vincular la imprevisión a una deficiencia de la causa del contrato, a partir de idea de la causa como función económico-social y de que la sobrevenida de eventos extraordinarios que no podían haberse pronosticado alterarían la función económica sana y útil que cumplía el contrato cuando el mismo realizaba una adecuación o equivalencia entre los sacrificios patrimoniales que debían soportar las partes, determinando que el contrato quede desprovisto total o parcialmente de “causa” por venir a realizar una función no merecedora de la protección del ordenamiento. Señala que tal concepto de causa viene a coincidir en el que utiliza la jurisprudencia francesa para anular por “causa ilícita” contratos que en sí mismos se habrían formado legalmente en sus orígenes. Luego de hacer una síntesis apretada, pero fiel, de los requisitos que establece el vigente Código italiano para que proceda la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida; de señalar que la noción de “causa extraña no imputable” que trae nuestro artículo 1271 C.C. para excluir la responsabilidad del deudor que incumple o se atrasa en su obligación no parece invocable, por cuanto una consideración de prudencia, esto es, de carácter pragmático, pero no de principio, ha llevado a la jurisprudencia nacional, sobre las huellas de la francesa, a rechazar que la imposibilidad puramente económica o dificultad de orden social o político creada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles pueda encontrar amparo en este concepto de “causa extraña no imputable”, Urbaneja concluye que la doctrina de la imprevisión puede en cambio hallar amparo en el artículo 1160 de nuestro Código Civil, que dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe”. “La ejecución de buena fe –glosa– consiste en que se realizan las prestaciones estipuladas de modo que se cumpla de la mejor manera posible la intención de los contratantes, es decir, el motivo que los movió a obligarse. Por la obligación de ejecutar de buena fe lo prometido, cada contratante deberá respetar la intención del otro hasta donde tal intención podía o debía serle conocida en el momento en que contrató...”. Agrega que, si bien el texto venezolano se refiere tan solo al momento de la ejecución de las obligaciones contractuales, la buena fe debe aplicarse también a la interpretación del contenido del contrato, porque –según explica– “si admitimos que la obligación de ejecutar de buena fe los contratos consiste en la necesidad

de atenerse a la intención de los contratantes, hemos de admitir, con mayor razón, que la buena fe, por ser derivada de la intención de las partes, ha de ser también factor determinante para fijar el contenido de las obligaciones”.

En virtud de lo que hemos querido denominar el ‘continuo contractual’ –continúa explicando Urbaneja– a cada obligación positiva que pesa sobre la parte deudora corresponde una obligación negativa a cargo de la parte acreedora de no hacerla mas gravosa y de no traspasar los límites impuestos, como lo hemos dicho, por la equidad, el uso o la ley.

La función del contrato es

la de servir de molde o cauce jurídico para efectuar el intercambio de bienes y servicios. La institución jurídica del contrato hace del fenómeno económico del intercambio un fenómeno jurídico, convirtiéndolo de un acto puramente material en un acto moralmente respetable, pero además la bondad de las normas legales que rigen el contrato contribuyen a que el intercambio realice mas eficazmente su función económica ... Desde el momento en que el contrato se convierte, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, en gravamen perjudicial para el patrimonio de uno de los contratantes, deja de ser instrumento de un intercambio económicamente saludable, y por lo tanto, deja de cumplir su función social. El acreedor no puede legítimamente aspirar a mayor seguridad de la que resulte del contrato y de *sus circunstancias*, es decir, de las estipulaciones debidamente enmarcadas en el continuo de los hechos pertinentes al contrato que existían para el momento de su celebración, y que deberán ser lógicamente factores determinantes del consentimiento La misión del magistrado consiste entonces en modificar el contenido de las prestaciones, o la forma de su realización, con el objeto de reincorporarles a la estructura del contrato de modo que puedan considerarse como conformes a la voluntad de las partes. Cuando ello no sea posible, declarará terminado el contrato por la vía de la resolución.

Urbaneja propone formalmente “consagrar la teoría como una institución autónoma mediante preceptos legales de carácter general aplicables a determinadas categorías de contratos”. Señala como un ejemplo el camino que eligió el legislador italiano en el Código Civil de 1942, aunque reconoce que “la solución deberá ajustarse a las condiciones peculiares reinantes en cada país”.

Por lo que atañe al profesor Rodner, él escribe:

En nuestra opinión, es correcto el criterio asomado por la doctrina nacional –se refiere obviamente al doctor Urbaneja– de que en Venezuela no está prohibido por dispositivo legal alguno la aplicación de la teoría de la imprevisión. Mas aun, consideramos que el fundamento mas importante y posiblemente el que mejor encuadra para la aplicación de la imprevisión, por lo menos en aquellos casos donde estamos frente a una excesiva onerosidad sobrevenida a causa de la inflación, es el concepto de la buena fe.

Critica la utilización del criterio de imposibilidad económica y el intento de encuadrarla dentro del concepto de “causa extraña no imputable”, pues ello revertiría la inequidad en contra del co-contratante al liberar al deudor de toda responsabilidad, cuando lo que busca la teoría de la imprevisión es mitigar tan solo los efectos de una excesiva onerosidad sobrevenida. Señala que, aunque el sistema anglosajón se caracteriza por el amplio desarrollo dado a la aplicación del concepto de la equidad, sin embargo en dicho sistema jurídico no se ha utilizado la equidad para mitigar los efectos de la excesiva onerosidad en los contratos.

Nos parece –dice– que tratar de buscar en la equidad el equilibrio de los contratos en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida, daría al juez prácticamente la facultad de revisar los contratos traspasando los límites dentro de los que las partes han querido celebrarlo y daría potestad al juez para medir objetivamente las prestaciones en el momento de su ejecución, lo que traspasaría los límites generales de la libertad contractual. Sería casi como decir que en los contratos, el juez tiene facultad de revisar el carácter lesivo de las prestaciones de manera permanente. La buena fe, como argumento para la ejecución de las prestaciones contractuales parece estar mas acorde con el efecto social y económico que busca la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Rodner señala que el efecto de la inflación en los contratos es hacer muchas veces mas oneroso el contrato porque la prestación del deudor frente al acreedor es insuficiente para compensar al acreedor contra la prestación que él ya ha ejecutado en provecho del deudor, caso en que no se trataría de alterar la prestación del deudor para compensarle a él la excesiva onerosidad, sino mas bien de compensar al acreedor; señala además que la inflación muchas veces no es un hecho imprevisible, como ha ocurrido en los últimos años en Venezuela, donde se ha venido

produciendo una continua variación del nivel general de precios, no sin hacer al propio tiempo la salvedad de que cuando la inflación responde a desórdenes en la aplicación de políticas de gasto público y de políticas monetarias notables por su desuniformidad y grado puede llegar a ser un supuesto de hecho imprevisible y extraordinario que dé lugar a aplicar la teoría de la imprevisión. En el primer caso, en cambio - dice - lo recomendable a las partes sería hacer incluir en sus contratos cláusulas de ajuste o cláusulas de valor, lo que originaría no una revisión del contrato de carácter judicial, sino una revisión convencional del mismo.

7. LAS FUNDAMENTACIONES INVOCADAS PARA EXTENDER LA TEORÍA A LOS ESTADOS QUE NO LA HAN RECEPTADO EN SU LEGISLACIÓN

A. Los intentos de fundamentar la recepción de la cláusula *rebus sic stantibus* por la vía de interpretación de la voluntad de las partes tienen múltiples expresiones. Una de ellas consiste en tratar la imprevisión como un error sustancial, para apoyarla así en el artículo 1148 C.C. venez.⁴² Se parte del supuesto de que en el momento de la conclusión del contrato las partes han considerado esencial, a través de la suposición de una común motivación de ambas, la permanencia de las circunstancias económicas entonces existentes, y que así tendría que ser apreciado por el intérprete en atención a las condiciones o estado de los hechos cuando ambas partes prestaron su aquiescencia al contrato. La sobrevenida de circunstancias que alteraran el inicial equilibrio económico de las prestaciones existentes en el momento de la celebración del contrato pondría entonces de relieve la existencia de tal error sustancial y permitiría a la parte lesionada por dicha sobrevenida alterar demandar la nulidad del contrato, dejando tan solo a la otra parte la alternativa que le ofrece el aparte del artículo 1149 de nuestro Código Civil: “No procederá la nulidad por error si antes de deducirse o hasta el acto de la contestación de la demanda, la otra parte ofrece ejecutar su prestación subsanando el error sin perjuicios para el otro contratante”

42 Dice este artículo 1148 C.C. venez.: “El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fé y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato”:

Es fácil objetar a tal intento de fundamentación que la doctrina de la nulidad del contrato por error se refiere al momento de celebración del contrato, el cual resulta aniquilado con efectos *ex tunc*, en tanto que la imprevisión lo hace al momento de ejecución y con su aplicación se persigue la adaptación del contrato a las circunstancias sobrevenidas. La inserción de la excesiva onerosidad en la teoría del error contrasta además con el rechazo de que el error sobre el valor pueda conceptuarse un error esencial⁴³.

B. Una otra presentación de este mismo intento de fundamentar la teoría de la imprevisión en la voluntad de las partes acude a la idea de “presuposición” que desarrollaron algunos civilistas alemanes clásicos. Por “presuposición” se entiende una limitación de la voluntad que, si bien no ha llegado a desarrollarse hasta el punto de convertirse en una condición, deriva de una objetiva situación de hecho común a ambos contratantes que no dependería de su arbitrio, pero que, aunque las partes no hayan hecho expresa referencia a ella, tendría que sobreentenderse como premisa implícita y determinante de su consentimiento, pues sin ello el enriquecimiento provocado por la declaración de voluntad de las partes sería ilegítimo ante la inexistencia de tal razón justificativa. La diferencia entre este supuesto fundamento de la teoría de la imprevisión y la cláusula *rebus sin stantibus* radicaría en que, mientras que la cláusula subordina la eficacia del contrato a la persistencia de las circunstancias presentes en el momento de celebración del contrato, la “presuposición” alude a que pueda o no verificarse en el momento de la ejecución del contrato la satisfacción de esa supuesta condición implícita.

Admitir que todo contrato se celebra bajo una condición inexpresada, como sería la no verificación de un cambio de circunstancias es una arbitraria presunción. El silencio de las partes al respecto, si nos mantenemos dentro de una concepción voluntarista del contrato, al enfrentarse con el advenimiento de un inesperado cambio de circunstancias, no permite concluir con certeza que ellas hayan querido condicionar la sobrevivencia de su acuerdo de voluntades a tal acontecimiento futuro e incierto en el momento de prestar sus

43 Cfr. mi “Doctrina General del Contrato”, N° 147, c.). Al respecto GHESTIN-BILLIAU, op. cit. N° 310.

consentimientos. Por lo demás, esta teoría de la presuposición, que pretende demostrar la necesidad de receptor en un derecho positivo como el nuestro la revisión del contrato por la imprevisión, puede homologarse a la teoría de la desaparición parcial de la “causa”, cuando se entiende este elemento estructural del contrato como lo hace Henri Capitant: “causa de la obligación”, que se referiría no solo al momento de formación del vínculo obligatorio (sinalagma genético), sino a algo que debe perdurar en todo momento de la vida de la obligación y hasta el momento de su ejecución (sinalagma funcional). La imprevisión se explicaría según esto, por la sobreveniencia de una ausencia parcial de la causa de la obligación de la parte lesionada, similar a la que, en opinión de Capitant, justificaría la resolución del contrato por incumplimiento, la llamada “teoría de los riesgos” y la *exceptio non adimpleti contractus*⁴⁴. Si consideramos, sin embargo, que tal “causa de la obligación” alude a la realizabilidad de la finalidad perseguida por la parte que asume una obligación en el momento de prestar su asentimiento al contrato y, como tal, es algo inherente al ejercicio mismo de su autonomía, no se ve cómo conciliar tal idea con la teoría de la imprevisión, que permitiría al juez modificar la voluntad de las partes para sustituirla por la del juez ante el advenimiento de un hecho que incide *a posteriori* sobre la realización actual de la relación obligatoria, pero no sobre la realizabilidad originaria de tal finalidad, que fue lo que las partes y el propio ordenamiento consideraron al otorgar eficacia jurídica a tal relación obligatoria⁴⁵. Si

44 Cfr. mi “Doctrina General del Contrato”, Nº 227-4º

45 TANAGHO, SAMIR: “De l’obligation judiciaire”, L.G.D.J., París, 1965, Nos. 63 y sigts., escribe: “Sería falso invocar la causa con el fin de modificar el contrato lesionante en el sentido de igualdad objetiva. En efecto, la causa no justificaría la reducción de los honorarios de los mandatarios, gestores de negocios, abogados, etc. Es abusar de la teoría de la causa usarla contra el contrato. La única explicación válida en esta materia es la siguiente: la jurisprudencia en cuanto fuente del derecho objetivo da a los tribunales el poder de refaccionar el contrato de mandato, de gestión de negocios, etc. y de sustituirlo por la obligación contratada juzgada injusta, una nueva obligación mas conforme con la justicia conmutativa... (p. 137) “El acreedor que ve su derecho reducido y disminuido no podrá demandar sin embargo la resolución del contrato. La razón es simple: ‘Revisando el contrato, el juez sustituiría la voluntad de las partes por la suya. El papel de ella habría terminado. La revisión pone fin a la vida del contrato. Es una causa de extinción y no de resolución del contrato. No cabe demandar la resolución de un contrato ya extinguido. Una nueva relación vendría a ligar a los dos antiguos contratantes, sin nada que hacer en sus voluntades” (p. 140). Y mas adelante, comentando el artículo 1467 del Código Civil

una ausencia sobrevenida de la “causa de la obligación” justificara la intervención del juez, ésta debería expresarse en una sentencia declarativa de nulidad; no en una sentencia constitutiva de una nueva obligación.

C. Se ha intentado también darle un soporte legal objetivo a la recepción de la teoría de la imprevisión por la vía jurisprudencial en países en que no ha sido consagrada legislativamente, acudiendo a la teoría de la “causa del contrato”. Lo hemos visto en la ya reseñada opinión del doctor Urbaneja, quien alude a la “causa” entendida como “función económico-social del contrato”⁴⁶ y al concepto de “causa ilícita” que utiliza la jurisprudencia francesa⁴⁷. Se sostiene así que la tutela que presta el ordenamiento al intento de las partes se obtiene en razón de la función de la utilidad económico-social que cumple el ejercicio de la autonomía privada en el caso concreto y para explicar la teoría de la imprevisión, que no se refiere al momento inicial o del reconocimiento del sinalagma genético, se argumenta que se trataría de un vicio funcional sobrevenido a tal causa del contrato, en cuanto que el compromiso asumido y la correspondiente pretensión se habrían convertido en obligación y derecho

italiano de 1947 y el artículo 147 del Código Civil egipcio que consagran la teoría de la imprevisión agrega, bajo el N° 85, p. 179: “La revisión consagrada por estas disposiciones es necesaria e imperativa. Aplicando estos textos, el juez sustituye a la contractual una nueva obligación judicial” (*Cfr. infra* nota 15).

46 Nuestro Código Civil encabeza con el título *De la causa de los contratos* el aparte IV del § 2 (“De los requisitos para la validez de los contratos”) de la Sección 1ª. (De las fuentes de las obligaciones”) del Título III (“De las obligaciones”) de su libro Tercero (“De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos”). Se ha dicho por esto que en nuestro Código Civil existe una dual noción de la causa: de una parte la “causa del contrato” en el sentido de la doctrina italiana y de otra la “causa de la obligación” en el sentido de Capitant. En este último sentido se interpreta el primer párrafo del artículo 1157 C.C. venezolano que dice: “La obligación *sin causa* o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto”.

47 El primer párrafo del artículo 1157 C.C. dice: “La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público”. Sobre la interpretación de este aparte como “causa del contrato” vinculada a la teoría social del contrato, *cfr.* mi libro “Doctrina General del Contrato”, N°s 210 a 213 y Nos. 228 y 229.

Por otra parte, el artículo 1158 reza: “El contrato es válido aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario”. Aunque este artículo se refiere mas bien al problema de la prueba de la causa, es manifiesto que este texto alude primordialmente a la noción de “causa del contrato”.

subjetivo en tanto todavía estén realizando esa misma función económico-social que los ha originado. Las circunstancias imprevisibles y extraordinarias sobrevenidas vendrían a alterar tal inicial función, al generar un exceso de onerosidad que exigiría una sentencia constitutiva que restituya al contrato la utilidad original que le ha reconocido el ordenamiento jurídico⁴⁸.

D. Este supuesto apoyo de la imprevisión en la doctrina de la causa del contrato suele reforzarse con una simultánea referencia al artículo 1160 de nuestro Código Civil que, al igual que todo los códigos civiles aludidos, consagra el principio de que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”. Se argumenta que la imprevisión es un corolario de tal principio, pues en su aspecto objetivo la buena fe predica el deber de comportarse con honestidad, lealtad, corrección (*honeste vivere, suum cuique tribuere, alterem non laedere*) y que no actuaría conforme a tal principio quien, despreocupándose de las expectativas de ambas partes en el momento en que ejerciendo su autonomía contractual y previendo tan solo el riesgo normal que supone el concreto contrato celebrado, exigiera su exacto y literal cumplimiento aun bajo el riesgo de la ruina del deudor. Se dice que del carácter objetivo de ese “compromiso de cooperación” para obtener los fines del concreto contrato que las partes celebraron en su día, al enfrentar la alteración de circunstancias relevantes que tipifican

48 Esta fundamentación es la que predomina en la doctrina italiana a partir de la reforma de su Código Civil en 1942. Exponentes de ella son Santoro Pasarelli, Redenti, Cariota Ferrara, Pino, Boselli, etc. El autor uruguayo GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA: “Teoría de la Imprevisión aplicable a Chile, Colombia, Ecuador y Uruguay”, en “Tendencias y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano”, excelente ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Civil celebrado en Lima en setiembre de 1988, bajo los auspicios del Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (AISLA), Editorial Cuzco, Lima, pág. 433, escribe:

Somos de la opinión que cuando un contrato es afectado por hechos imprevistos que motivan una excesiva onerosidad sobreviniente en alguna de las prestaciones ello altera su ‘causa’ y es ello precisamente lo que justifica una respuesta del ordenamiento jurídico ... A modo de ejemplo, en los contratos conmutativos, en los que aparecen prestaciones interdependientes, las mismas *deben de mirarse como equivalentes*. Si bien esta equivalencia no puede tomarse en sentido económico y absoluto aparece en la causa del contrato y el ordenamiento jurídico los autoriza mientras ello ocurre no solo en su génesis sino además, y muy particularmente, durante la ejecución del contrato.

los supuestos de la teoría de la imprevisión, resulta un derecho del lesionado patrimonialmente por tal inesperada alteración, obtener de quien resulta beneficiado por ella una modificación equitativa de la original relación obligatoria, para ajustarla al verdadero grado de confianza recíproca que las partes pusieron una en la otra al celebrar el contrato.

8. LA INSUFICIENCIA DE TALES FUNDAMENTOS EN LOS CÓDIGOS CIVILES QUE NO HAN RECEPTADO LA TEORÍA Y EN PARTICULAR EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Si bien existen en nuestro Código Civil algunas disposiciones que pudieran reputarse aplicación de los enunciados principios, en particular del que exige la observancia de la buena fe en la ejecución de los derechos⁴⁹, la exacerbación del principio de la ejecución de buena fe en el ejercicio de los derechos de crédito que se originan de un contrato para derivar de allí la infracción del opuesto principio de la intangibilidad contractual, no es compatible con nuestro ordenamiento positivo. En primer lugar, nuestro Código Civil no tutela un equilibrio de la corresponsabilidad entre las obligaciones surgidas de un contrato ni siquiera en el momento inicial, como lo revela el tratamiento que el artículo 1350 C.C. venez. da al instituto de la lesión (“la rescisión por causa de lesión no puede intentarse ni aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la ley”)⁵⁰. Mal podría

49 El aparte único del artículo 1185 C.C. venez. consagra la doctrina del abuso del derecho en los siguientes términos: “Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

Por lo demás son muchísimas las expresas referencias a la buena fe, tanto en materia de accesión (artículos 557, 559), posesión (artículos 788, 789, 790, 791), como en materia de obligaciones y contratos (artículos 1162, 1179 a 1183, 1506, 1512). Toda la teoría de la apariencia (p. ej. artículos 1285 y 1287) se funda sobre la buena fe. Además de manera implícita este principio está presente en un sin número de artículos (1148, 1149, 1154, 1167, 1168, 1171, 1205, 1279, 1522, etc.).

La buena fe en el cumplimiento de la obligación se vincula por otra parte al artículo 1270 C.C. venez. que impone al deudor comportarse según el patrón abstracto del buen padre de familia.

50 El Código venezolano contempla muy contados casos de lesión, todos ellos de lesión objetiva, p. ej.: en materia de partición de comunidades, cuando uno de los comuneros recibe menos de la parte que le corresponde en la proporción de un cuarto de ella (art. 1120) o también cuando reputar usurario percibir por intereses

admitirse, pues, que una lesión posterior a la ejecución del contrato permita una rescisión del contrato para que el juez restablezca ese equilibrio entre las prestaciones que ni siquiera ha procurado el legislador garantizar en la fase del perfeccionamiento del contrato. Nuestro Código Civil no ha reproducido ni siquiera la rescisión por lesión enorme en la venta ni la autorización al juez de conceder plazos de gracia al deudor moroso, separándose así conscientemente de sus modelos. Es sabido que esto último es posible según el Código francés, el italiano de 1865, el español y aun según el artículo 47 del Proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y de los Contratos⁵¹.

de un mutuo mas de la mitad del que fuere el interés corriente en el mercado al tiempo de la convención (art. 1746), pero no ha recogido ni siquiera el supuesto de lesión enorme que trae el artículo 1674 del Código Napoleón. Es apenas en muy pocas leyes especiales, tales como el Decreto Nº 247 del 09-04-46 y la Ley de Protección al Consumidor, cuya primera versión data de 1974, donde se ha intentado una definición mas general del "delito de usura", considerando que se incurre en él cuando una de las partes pretende obtener para sí misma o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que, en atención a las circunstancias de la operación, implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que de su parte realiza ella.

Es manifiesto que esta rigidez del sistema venezolano de los contratos puede explicarse por el predominante influjo de la doctrina y jurisprudencia francesa y por la estabilidad monetaria de que gozó nuestro país hasta hace poco mas de una década. En efecto, el concepto mismo de obligación de valor para corregir los excesos del nominalismo monetario que consagra el artículo 1737 C.C. venez. apareció en nuestra jurisprudencia apenas en la década del noventa, pues hasta entonces la condena al pago de daños y perjuicios o al resarcimiento por un enriquecimiento sin causa, retardadas por efecto de la duración del proceso judicial, solía compensarse tan solo con el accesorio de unos intereses moratorios, y apenas en las obligaciones alimentarias se reconocía la necesidad de una revisión periódica derivada de la urgencia en actualizar los requerimientos del acreedor de los alimentos en función de sus exigencias vitales y de las posibilidades económicas del obligado a prestarlos. La agudización de la inflación a partir de la década del noventa y la desidia de nuestro legislador para dictar oportunamente normas generales que permitieran adecuar a la realidad monetaria los desajustes generados por la inflación, ha sido pues la causa de que se produjera entre nosotros una jurisprudencia sobre "corrección monetaria" que desborda los límites del principio nominalista, inspirada en precedentes de la jurisprudencia argentina, chilena y colombiana, de muy cuestionable calidad científica. Como he tratado allí este tema en extenso me limito a referir al lector a mi "Doctrina General del Contrato", Nº 363.

51 Las únicas normas de nuestro Código Civil en las cuales se puede hallar una aproximación a la teoría de la imprevisión serían el artículo 1588 C.C. venez., que permite al arrendatario de un inmueble urbano pedir la resolución o la disminución del canon si el inmueble arrendado sufre una destrucción parcial aun si no sea

A la aceptación de la imprevisión en los contratos de derecho privado se opone el artículo 1159 C.A. venez. que expresa claramente que la eficacia del vínculo que entre sus partes establece un contrato es comparable a la ley, en cuanto que obliga tanto a esas partes como al propio juez a respetarlo a menos que el mismo resulte revocado por el *mutuus dissensus* de sus propios autores o por alguna de las *causas autorizadas por la ley*. Esta última expresión tiene un significado claramente taxativo. El contrato podrá ser anulado, resuelto, revocado o resiliado solo con apoyo en un claro mandato legislativo. Por ello la doctrina que se opone a la resiliación del contrato por la vía de la teoría de la imprevisión, no duda en cambio de reservarle exclusivamente al legislador esa potestad para revisar los contratos mediante normas de carácter general cuando considere necesario hacerlo así por la concurrencia de circunstancias excepcionales, que el legislador apreciará con la prudencia de quien resuelve una situación general susceptible de influir sobre la economía o el buen orden social.

9. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE IMPREVISIÓN

Nuestra jurisprudencia ofrece, es cierto, un ejemplo de reacción judicial frente a eventos circunstanciales imprevisibles y extraordinarios que hayan alterado el equilibrio económico del contrato. La Segunda Guerra Mundial agudizó en nuestro país los problemas de abastecimiento que causaba la mala operación de nuestro puerto de La Guaira, principal puerto de la capital de la República, entonces operado por una compañía holandesa a la cual le restaban todavía varios años de una vieja concesión. La Corte Federal y de Casación (como se llamaba entonces nuestra Corte Suprema de Justicia) consideró necesario desligar al país de tal compromiso

imputable al arrendador; del artículo 1624 CC. venez. (art. 1769 y 1773 fr.) que permite al arrendatario de una finca rural solicitar una rebaja de la renta que paga a su arrendador si pierde mas de la mitad de los frutos por cosechar, por algún caso fortuito extraordinario; del artículo 1894 C.C. venez. (2131 fr.) que autoriza al acreedor hipotecario a considerar caducado el plazo para la devolución del crédito concedido o pedir un suplemento hipotecario cuando el bien hipotecado ha perecido o se ha deteriorado, aunque sea por un sobrevenido caso fortuito que excluya la responsabilidad de su deudor. La misma singularidad de estas normas revela que nuestro codificador los ha considerado casos excepcionales del principio general que sería, en cambio, el de la intangibilidad del contrato (art. 1159 C.C.).

y acogió por vez primera en 1945 el concepto de “contrato administrativo” que había hecho fortuna en el sistema francés. Dado que la característica de este tipo contractual es considerar al co-contratante de la Administración Pública como un mero coadyuvante en la satisfacción de un interés público, se juzgó que en este tipo de contrato debe reputarse implícita una cláusula que permita a la Administración resolverlo o modificar su contenido cuando circunstancias posteriores a su formación que no se tuvieron en cuenta en el momento de su celebración, hayan alterado el equilibrio de las respectivas prestaciones, ya que el interés público debe sobreponerse al interés del particular y no resulta sensato aplicar aquí un puro criterio de justicia conmutativa, sino mas bien un criterio de justicia distributiva, para repartir el riesgo sobrevenido entre la Administración Pública y el particular, que podría verse sujeto así a sufrir la resolución del contrato o el deber de continuar ejecutándolo no obstante la mayor onerosidad o dificultades del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, sin una razonable compensación por parte de la Administración Pública⁵². Como puede verse se trata de aplicar a los llamados “contratos administrativos” –contratos que tienen por objeto la realización de obras públicas o la prestación de servicios públicos– una solución similar a la que predica para todos los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida la teoría de la imprevisión. Desde entonces nadie discute este postulado cuando se trata de un “contrato administrativo”, pero nuestros tribunales no han osado por ello abandonar el principio de la inmutabilidad del contrato en el ámbito de los contratos privados. Tan solo la necesidad de preservar la no interrupción de los servicios públicos justifica en realidad esta excepción, situación que no concurre en los contratos llamados de derecho privado.

52 El juez no puede jamás modificar el mismo las cláusulas de un contrato administrativo –escribe TANAGHO, N° 85, p. 177, citando a LAUBADERE– Según la jurisprudencia administrativa, la imprevisión crea una situación extracontractual que será enfocada también con medidas extracontractuales. El juez acuerda al contratista una indemnización para ayudarlo a superar sus dificultades transitorias”. Varias condiciones le son impuestas al co-contratante de la Administración que reclama indemnización. El debe comprobar que el evento le era imprevisible y que su advenimiento no entraña simplemente una disminución de sus ganancias, ni aun una simple pérdida, sino que ha causado una verdadera perturbación de la economía del contrato. Además, la compensación que se le acuerda no tiene porque regirse por el principio de la “reparación integral” de que se habla en materia de responsabilidad contractual.

10. CONCLUSIONES

Así como no se concibe ningún Ordenamiento Jurídico que no preste su tutela al ejercicio de la iniciativa de los particulares para realizar intereses que le sean exclusivos, ya que no hay ordenamiento legislativo capaz de prever y organizar las relaciones patrimoniales y morales de cada individuo o de cada uno de los grupos integrantes de un Estado, es también incuestionable que solo el Ordenamiento Jurídico tiene la virtualidad de garantizar la realización forzosa de esos actos de previsión con que, a través de los contratos que celebran, los individuos o los grupos sociales inferiores diseñan sus expectativas futuras. Es natural, por tanto, que a las transformaciones económicas, sociales y políticas correspondan sobre el terreno del derecho de los contratos transformaciones en las modalidades de las vinculaciones que ellos generan y en las sanciones que les presta el Ordenamiento Jurídico positivo en que se insertan. Nada hay de extraño, pues, en que el progresivo proceso de globalización de la economía que ha impulsado a los países de nuestro Continente Americano que una vez formaron parte de España o Portugal a integrarse en bloques económicos, no obstante las profundas diferencias de sus respectivos procesos de devaluación de sus monedas, mantenga hoy a sus juristas en expectativa frente a la teoría de la imprevisión. Urgencias internas derivadas del carácter imprevisible y extraordinario de algunos de esos procesos inflacionarios o tomas de oportunas precauciones cuando esos súbitos cambios de sus respectivas economías puedan alterar el equilibrio de las prestaciones recíprocas concertadas en el intercambio comercial internacional, presionan hoy sobre nuestros países para darle cabida a la teoría de la imprevisión en materia de contratos de derecho privado, como presionaron en Alemania e Italia las circunstancias de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial y como lo hacen ahora sobre el resto de Europa, sin que ni siquiera la propia Francia se salve de ello, a causa de los diferentes ritmos de las naciones integradas en la Comunidad Económica Europea. Torpe sería, entonces, empecinarse en una ciega defensa del principio de la intangibilidad del contrato.

Pero se trata ahora de manifestar mi adhesión a las proposiciones que los juristas latinoamericanos han venido haciendo de la revisión de los contratos de derecho privado por el advenimiento de circunstancias imprevisibles y extraordinarias que, sin reunir los caracteres de una causa extraña no imputable, hagan el cumplimiento de alguna de las partes excesivamente dificultoso desde una perspectiva puramente económica.

Las especulaciones judiciales sobre la causa, la buena fe, el abuso de los derechos, etc. para fundamentar en la adulteración de estos conceptos sentencias judiciales solo servirían en mi opinión para incrementar la inseguridad jurídica. La experiencia de los países en que, sin un texto legislativo que les oriente, han ensayado este proceso de innovaciones jurisprudenciales está muy lejos de parecerme encomiable en sus resultados. Tampoco siento el entusiasmo de otros de mis colegas latinoamericanos por la incorporaciones a nuestro Código Civil de fórmulas legislativas que atribuyan a los jueces la potestad de decidir cuándo un contrato debe ser disuelto o revisado con el único fundamento de criterios todavía tan imprecisos como los que se contienen en los textos legislativos que hemos analizado. Tal amplitud de poderes implica riesgos que no pueden subestimarse en contextos socio-políticos como los existentes en nuestras sociedades. Un Poder Judicial imparcial en que los jueces resulten motivados de manera exclusiva por la firme y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo, conforme a la definición justiniana de la Justicia, está todavía distante de haberse generado en sociedades mal integradas económica y culturalmente como lo son las latinoamericanas, en la que los intereses de las fracciones políticas y aun las tentaciones de colusión entre jueces y abogados, deforman con demasiada frecuencia tal ideal de objetividad e imparcialidad. Los principios de que el deudor no puede obligar a su acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe ni tampoco a recibir un pago parcial consagrados por los artículos 1290 y 1291 C.C. venez. han resistido el paso de dos siglos sin causar entre nosotros graves problemas. La regla de que los contratos obligan a cumplir exactamente lo prometido y que el deudor solo puede liberarse de tal deber con el consenso de su acreedor o cuando la ley lo autorice expresamente a ello, tal como lo consagra nuestro artículo 1159 C.C., no tiene tampoco porqué crearlos. Desde que se admite que el legislador puede dispensar de hacerlo por razones de orden público ¿por qué no preferir que, cuando precisas circunstancias extraordinarias sobrevenidas hayan alterado el inicial previo equilibrio contractual deseable en una determinada especie de contratos hasta un punto en que el legislador aprecie de manera general y abstracta que conviene disolver tales vínculos contractuales o restaurar su previo equilibrio, sea el propio legislador, y no el juez, quien rescinda o modifique esa singular especie de contratos? La intervención legislativa en los contratos, precisamente por su carácter general y abstracto, y por requerir de un consenso social y no puramente individual, me parece menos riesgosa que una genérica consagración de

la teoría de la imprevisión. Es este el camino que se ha seguido en la materia de contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores, y bien pudieran dictarse también normas especiales para regular algunas otras situaciones específicas en que, por encima de los intereses particulares de sus protagonistas, exista un interés superior para reajustar el equilibrio económico perturbado. Entre tanto, creo que resulta mas conveniente mantener como un principio general que es tarea exclusiva de las propias partes incorporar a los contratos que ella celebren cláusulas escalatorias o de otro género similar, en previsión de esos incidentes económicos que puedan alterar las previsiones que ellas han entendido regular en sus contratos. Si la intervención del Estado en la economía está lejos de favorecer siempre los valores de la Justicia y con frecuencia ni siquiera la utilidad social que sus partidarios exaltan, mas peligroso aún me parece abrir una permanente y genérica brecha de intervención del juez en todos los contratos entre particulares en que el tiempo resulte implicado.

El temor expresado por mí debió estar presente en los redactores del Código Civil peruano cuando, al inspirarse en textos codificados como los del vigente Código Civil italiano, consideraron necesario agregar los artículos 1445 y 1446 para establecer un brevísimo término de caducidad de tres meses contado desde el momento de la aparición hasta el de la desaparición de los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que se invoquen como fundamento de la acción de revisión del contrato. Este temor se manifiesta en la necesidad percibida por algunos partidarios de esta doctrina de no darle cabida para revisar prestaciones ya efectuadas aun si ellas resultaren desequilibradas con aquella que pretende reajustarse, o si quien pretende esto último haya caído ya en estado de mora, tampoco en contratos aleatorios y cuando se habla de respetar el álea normal resultante de la naturaleza del contrato. También se percibe e angustia en la resistencia que todavía domina en la mayoría de los países que hasta ahora han rehusado incorporar a sus Códigos Civiles textos similares a los que hemos aludido en este apretado examen. Por ahora que ninguno de esos intentos legislativos me parece suficiente para apaciguar mis temores. Si aun la regulación legislativa de la acción de resolución por incumplimiento imputable a una de las partes deja sin resolver algunos de los difíciles problemas importantes que suscita su aplicación, mas delicado resulta diseñar reglas claras y satisfactorias en esta materia de la excesiva onerosidad, expuesta al abuso de la discrecionalidad judicial.