

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CÓRDOBA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO JUDICIAL Y DE LA JUDICATURA

MÓDULO VIII
DERECHO COMPARADO

Profesor Encargado: Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

TRABAJO FINAL:

“LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR”

Análisis comparativo de la legislación, doctrina y jurisprudencia de los
Estados Parte y Asociados.

Alumnas: - Abogada y Escribana Mariana Andrea Liksenberg.
- Abogada y Licenciada en Cs. de la Educación Andrea María Maine.

Fecha de presentación: 03/07/2009

PRESENTACIÓN DEL TEMA

“El método comparativo es el método de la ciencia de los derechos comparados. Es a través de los resultados parciales obtenidos como el primero permite a la segunda ser edificada. Lejos de confundirse, los dos elementos se distinguen; pero lejos de rechazarse, se complementan”.¹

¹ CONSTANTINESCO, L.J., Introduzione al diritto comparato, nota 13, p. 222.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. DESARROLLO. II. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN, FUENTES DEL DERECHO Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL ESTUDIO PROPUESTO. III.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS. IV.- LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR. V.- Argentina. V.1. Antecedentes de su consagración legislativa. IV.1. a) Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. IV.1.b) El Anteproyecto de 1954. IV.1. c) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. IV.1.d) Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso. IV.1.e) La ley 17.711: artículo 1198, 2ª parte. IV.2. Elementos constitutivos y condiciones de ejercicio. a) Desequilibrio. b) Hecho sobrevenido. c) Imprevisibilidad. Legislación de emergencia económica. d) Onerosidad excesiva. e) Actos en que encuentra aplicación. f) Acciones concedidas. g) Validez de las cláusulas de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión. h) Validez de la cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión en los contratos de consumo (Ley 24240). i) Ley de unificación civil y comercial (1987-1991). j) Proyecto de Código Unificado 1998. VI. BRASIL. a) Antecedentes legislativos. b) Regulación actual. Comparación con el sistema argentino. c) La teoría de la imprevisión en la Ley de defensa del consumidor. VII. PARAGUAY. a) Antecedentes legislativos. b) Regulación actual y comparación con los sistemas de Argentina y Brasil. VIII. URUGUAY. a) Ausencia de regulación expresa. Comparación con el sistema chileno. b) Propuesta doctrinaria para incorporar expresamente la figura. IX. CHILE. a) Ausencia de consagración expresa para la generalidad de los contratos. Similitudes con el sistema uruguayo y diferencias con el sistema argentino. b) Proyecto para su incorporación legislativa. c) Opiniones Doctrinarias acerca de la Teoría de la Imprevisión. d) Jurisprudencia nacional chilena. d.1) Tribunales ordinarios de justicia. d.2) Tribunales arbitrales. X. VENEZUELA. a) Ausencia de regulación expresa. Comparación con el sistema uruguayo. Recepción jurisprudencial. b) Opiniones doctrinarias. XI. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES APLICABLES A LOS PAÍSES DEL MERCOSUR. a) Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo de 1889. b) Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo de 1940. c) Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V). d) Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, Viena 1980. e) Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT. XII. INTERNALIZACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR. XIII. CONCLUSIONES. XIV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad, Aristóteles en su tratado sobre “*La Política*” desarrolló reflexiones propias en derredor del estudio comparado de 153 Constituciones de ciudades griegas o bárbaras. En el medioevo el Derecho Romano se confronta con las costumbres locales de los pueblos, planteando, en alguna medida, un problema de comparación. Sin embargo, recién en el **Siglo XIX** el **derecho comparado** asume las cualidades de un método científico o de una disciplina de la ciencia jurídica. Es sólo entonces cuando se determina el conjunto de condiciones necesarias para la génesis del derecho comparado.

En el presente trabajo se realizará un **estudio comparativo** de la **teoría de la imprevisión** en el ámbito del **derecho civil** que rige en los países integrantes del **Mercosur**, espacio regional de integración donde las relaciones humanas, fundamentalmente las civiles y comerciales, cobran mayor fluidez.

En consecuencia, resulta indispensable tener en claro cuáles son las reglas que rigen la resolución o reajuste de los contratos celebrados entre personas pertenecientes a estos estados, en caso de que las prestaciones a cargo de una de las partes se tornen excesivamente onerosas, como consecuencia de un hecho extraordinario e imprevisible sobreviniente; ello con la finalidad de poder brindar soluciones adecuadas a derecho frente a los posibles conflictos jurídicos que se susciten, teniendo en cuenta que las **convenciones y tratados internacionales** que vinculan a los países miembros, utilizan como **punto de conexión** para reglar la ejecución de los contratos, a la ley del lugar de cumplimiento o, bien, el derecho elegido expresamente por las partes, razón por la cual el estudio comparativo de estos sistemas jurídicos se ha tornado inevitable.

El Mercosur es un bloque comercial cuyos propósitos son promover el libre intercambio comercial entre los países que lo integran y avanzar hacia una mayor integración política y cultural entre los países miembros y asociados. **Sus Estados Partes** son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. El 4 de julio de 2006 se suscribió un Protocolo de Adhesión mediante el cual Venezuela se constituye como Estado Parte. No obstante, este instrumento aún no ha entrado en vigor debido a que no ha sido ratificado por todos los estados partes, por lo que su

vinculación legal al bloque sigue siendo como Estado **Asociado**. Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú² también tienen estatus de **estado asociado**³.

Sistemas jurídicos vigentes. Descripción de la problemática: Si se analizan los distintos sistemas jurídicos de los países del Mercosur, se advierte con respecto a la teoría de la imprevisión, la existencia de tres modelos diferentes: a) aquellos estados que la consagran expresamente en sus códigos civiles; b) los estados que si bien carecen de una regulación expresa al respecto, igualmente la han receptado jurisprudencialmente, fundando sus resoluciones en el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos; c) los estados que no la han incorporado legislativamente, por cuanto defienden categóricamente el dogma de la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, la jurisprudencia se muestra reacia a aplicar esta figura.

En efecto, dentro de un bloque comercial que promueve el libre intercambio y movimiento de bienes, personas y capital entre los estados que lo integran, la política legislativa adoptada por cada país con respecto a la **teoría de la imprevisión influirá** decisivamente en la **determinación de contratar**.

Es por esta razón que se torna inevitable identificar el sistema adoptado por cada uno de los estados y analizarlos comparativamente, con la finalidad de **proponer soluciones** que favorezcan la celebración de contratos civiles y comerciales entre personas pertenecientes a los miembros del Mercosur, erradicando el temor que genera la posibilidad de que frente a regulaciones diversas, se deba aplicar a dos contratos idénticos, pero celebrados en diferentes estados, una solución distinta, reconociendo la posibilidad de resolver o reajustar las prestaciones en un caso y negándosela en el otro.

En este contexto, siguiendo la línea de pensamiento de autorizada doctrina, cabe afirmar que “para lograr la cabal comprensión del sistema hay que atender a la inspiración filosófica que lo nutre y le da características propias. Las bases filosóficas que están en el trasfondo del sistema jurídico orientan la interpretación de las normas legales y hacen que marche por determinados senderos o carriles. Este hecho es el que sustenta nuestra convicción de que es posible comparar sistemas jurídicos y de que esa comparación resulta provechosa y rinde frutos óptimos. No es una casualidad el que en determinados momentos de la historia de una civilización, surjan en

² **Chile** formaliza su asociación al Mercosur el 25 de junio de 1996, durante la X Reunión de Cumbre del Mercosur, en **San Luis**, Argentina, a través de la suscripción del *Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Chile*. **Bolivia** formalizó su adhesión en la XI Reunión de Cumbre del Mercosur, en **Fortaleza** (Brasil), el 17 de diciembre de 1996, mediante la suscripción del *Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Bolivia*. A fines de 2006 formalizó su pedido de admisión como miembro pleno del Mercosur. **Perú** formaliza su asociación al Mercosur en el 2003 por la suscripción del *Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Perú* (CMC N° 39/03). **Colombia, Ecuador y Venezuela** formalizan su asociación al Mercosur el 2004 mediante la suscripción del *Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Colombia, Ecuador y Venezuela* (CMC N° 59/04).

³ información extraída de la página web oficial del Mercosur:

http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=462&version=1&channel=secretaria

distintas naciones inquietudes jurídicas comunes, con rara simultaneidad”⁴. Al logro de ese objetivo aspiramos, y es nuestro anhelo alcanzarlo mediante el presente trabajo.

DESARROLLO

II. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN, FUENTES DEL DERECHO Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL ESTUDIO PROPUESTO.

Nuestro **objeto de estudio**, como ya se señaló, está delimitado por la teoría de la imprevisión en el derecho civil de los países del Mercosur; el **método** de investigación utilizado es el **comparativo**; y para lograr el completo abordaje de nuestro objeto de estudio, se analizarán todas las **fuentes del derecho**, esto es, la legislación, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina imperantes en los estados que conforman el Mercosur.

Análisis del método: En este trabajo, se ha optado por el **método comparativo**, entendido como aquél que tiende a hacer emerger las diferencias técnicas existentes entre las diversas disciplinas nacionales del mismo problema jurídico⁵. René DAVID, en su conocido *Tratado* subrayó el carácter **necesario** del método comparativo para el progreso de la ciencia jurídica.⁶

El método comparativo aplicado al estudio del derecho, se apoya en la exposición de las diferencias entre las diversas instituciones jurídicas para apreciar su coherencia o precisar sus peculiaridades. Consiste en el estudio de sistemas jurídicos o de familias jurídicas o de partes de sistemas jurídicos de Estados diferentes, o del mismo Estado, para poder determinar sus semejanzas y diferencias, así como las causas de tales semejanzas y diferencias.

En la presente investigación se analizará la **legislación** que regula la **teoría de la imprevisión en los países integrantes del Mercosur**, mas éste no será nuestro único objeto de estudio, pues se estudiarán los **antecedentes históricos** de cada país que dieron origen a la legislación actual sobre la teoría de la imprevisión, el **contexto social** y los **factores económicos** que motivaron la introducción de esta institución en los ordenamientos nacionales, como así también las **posturas doctrinarias** que avalan la conveniencia de incorporar esta figura en los cuerpos normativos que aún no la tienen y aquellas opiniones que se oponen a su consagración legislativa, por entender que la autonomía de la voluntad es un dogma superior que debe defenderse a ultranza.

El análisis también se dirigirá a investigar la **recepción jurisprudencial** de esta institución en los distintos países del Mercosur, examinando, finalmente, los **sistemas**

⁴ Moisset de Espanés, Luis. EL CAMBIO SOCIAL Y EL DERECHO COMPARADO, Boletín Fac. Derecho Córdoba, año XLIV, 1980, p. 207.

⁵ James BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*.

⁶ DAVID, R *Traite élémentaire de droit civil comparé*. París. Pichon & Durand-Auzias, 1950.

normativos convencionales de carácter internacional que regulan y unifican el régimen jurídico aplicable a los contratos civiles y comerciales celebrados entre sujetos pertenecientes a los Estados miembros y asociados del Mercosur, destacando que estos tratados y convenciones internacionales poseen un ámbito espacial y material de aplicación que excede el del MERCOSUR (vgr. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 –CIDIP V-, Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería de Viena 1980, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT). En este sentido, debe ponerse de relieve que conforme al régimen de adopción de disposiciones comunes, propio de todo proceso de integración, la normativa a regir en los estados parte, debe provenir de un órgano legislativo propio de dicho sistema, etapa a la que aún no se ha arribado en el Mercosur.

Cabe puntualizar que debido a que este bloque comercial carece de un órgano conformador de la voluntad común, la única normativa común es la adoptada por consenso entre los estados parte. En razón de ello, la legislación convencional mencionada precedentemente, resulta de aplicación supletoria.

En este contexto, resulta oportuno señalar que el **estudio histórico** que realizaremos de la teoría de la imprevisión en cada ordenamiento jurídico –desde su inicial desconocimiento hasta su actual recepción normativa o jurisprudencial- es fundamental para el análisis final al que se dirige la comparación, porque sólo orientando la investigación hacia la historia es posible entender las raíces de la institución y comprender las analogías y las diferencias existentes entre los distintos sistemas comparados; sin embargo, una cosa es proponerse como finalidad principal el conocimiento de la evolución de un ordenamiento o institución, y otra es servirse de este conocimiento para aplicarlo al cotejo, a este último objetivo propendemos.

La investigación bajo el **método comparativo** puede conducirse en **diferentes niveles**⁷. En el presente trabajo se ha optado por el método de la **Comparación nacional**, que estudia un número limitado de sistemas jurídicos de diversos países, en nuestro caso, de los países del Mercosur, por contraposición a la *comparación internacional* que tiende a la búsqueda de una conciencia jurídica universal, y por lo tanto, se conduce en un radio bastísimo.

Se realizará, además, una **Comparación horizontal** entre una institución jurídica (teoría de la imprevisión) ubicada en el mismo nivel de la jerarquía normativa de todos los estados analizados, por oposición a la *comparación vertical* que se lleva a cabo cuando el nivel normativo jerárquico no es el mismo, como en el caso del cotejo entre normas del derecho interno de los estados provinciales y normas del ordenamiento federal.

⁷ Dalla Via, Alberto Ricardo. *El derecho público comparado*.
http://www.derechocomparado.org.ar/docs/EL_DERECHO_PUBLICO_COMPARADO_actualizado.doc

Asimismo, el método elegido se orienta hacia una **Comparación sincrónica**, vale decir, se contrastarán ordenamientos cercanos en el tiempo o contemporáneos, aunque pertenecientes a distintos países. Este método se diferencia de la *comparación diacrónica* entre derechos lejanos en el tiempo pero en el ámbito del mismo ordenamiento; por ejemplo, cuando se confrontan las disposiciones del Estado Albertino con aquellas de la Constitución italiana, o de la Constitución de Cádiz con aquellas de la Constitución española de 1978 en orden a una misma institución.

Finalmente, estamos en condiciones de afirmar que se trata de una **micro-comparación** por cuanto el análisis se efectuará entre cada **segmento particular** de los ordenamientos que se comparan; diferenciándose de la Macro-comparación que se efectúa entre los elementos medulares de la estructura general de sistemas jurídicos diferentes.

La **microcomparación** que proponemos en este trabajo tiene como objeto de estudio el segmento particular que regula la institución de la teoría de la imprevisión en los sistemas jurídicos de los países del Mercosur. Para emprender esta tarea, seguiremos los lineamientos trazados por Léontin Jean CONSTANTINESCO⁸, precursor de la teoría de los “elementos determinantes”, quien sostuvo que es necesario partir de la idea de que un ordenamiento está determinado por la suma de normas, principios, conceptos jurídicos e instituciones que regulan las relaciones de un grupo social. Los componentes del ordenamiento son como las células de un organismo; son las “*partículas jurídicas elementales*” que los juristas normalmente consideran como una unidad de igual valor. En realidad, para conocer un ordenamiento jurídico no es suficiente sumar el conocimiento, por minucioso que sea, de cada partícula que lo compone; es necesario tener claro el rol y la posición que esas partículas tienen en el interior del ordenamiento. Ese orden tiene su matriz en el sistema de valores en que se basa el ordenamiento jurídico, esto es, aquella parte que dicta los rasgos de identidad de un ordenamiento.

En nuestro caso, analizaremos el **dogma de la autonomía de la voluntad** y el principio de la **buena fe** en la interpretación y ejecución de los contratos, como valores en los que se basan los distintos ordenamientos que comparamos; y en función del mayor o menor apego a ellos, se podrá vislumbrar el rol y la posición que ocupa la teoría de la imprevisión en el interior de cada sistema jurídico que vamos a comparar.

A tal fin, comenzaremos por un breve desarrollo de los antecedentes históricos de la teoría de la imprevisión, que permitirá comprender el origen y fundamento de la institución. Posteriormente, **circunscribimos el análisis comparativo** a los elementos constitutivos y las condiciones de ejercicio de esta figura en los sistemas jurídicos de los cuatro Estados Parte del

⁸ CONSTANTINESCO, L. J. , Introduzione al diritto comparato, cit; nota 13, pp. 223 y ss.

Mercosur y de los Estados Asociados Chile y Venezuela, por encontrarse a pocos pasos de ser miembros.

Mediante este estudio comparado buscaremos establecer **diferencias y semejanzas**, con el objeto de ofrecer pautas de referencias que nos permitan establecer cuan lejos estamos de posibilitar una **unificación** en la temática abordada y fijar **referentes** que acorten distancias.

Asimismo, procuramos lograr un mayor grado de **entendimiento internacional**, atento que el **estudio comparado** nos hace comprender la razón de ser de las normas en los distintos estados, promueve el cotejo de **problemas comunes** (inflación, devaluación, entre otras circunstancias que habilitan la invocación de la teoría de la imprevisión) y favorece la aplicación de las **convenciones internacionales**.

Finalmente, pretendemos alcanzar un mejor conocimiento del derecho nacional, es decir, utilizando el método comparativo podremos advertir **nuestros defectos y aciertos** legislativos (al cotejar nuestro sistema con el de otros países), lo que permitirá vislumbrar la posibilidad **de futuras reformas** y analizar con nuevos enfoques **los proyectos de unificación del derecho civil y comercial** (de 1991 y 1998), en lo que respecta a la figura que estudiamos.

III.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La "teoría de la imprevisión" formulada con ese nombre, y que otros denominan "lesión sobreviniente", o "excesiva onerosidad", corresponde a las primeras décadas del Siglo XX. Se trata de una institución que nace con motivo de las graves alteraciones económicas provocadas por la Primera Guerra Mundial y los procesos inflacionarios que luego de su finalización se desencadenaron en algunos países europeos, como Alemania, obligando a los juristas a aguzar su ingenio para buscar una solución a las injusticias que introducían estos hechos en la relación contractual, al generar notorios desequilibrios entre las prestaciones intercambiadas.

Sin embargo, ello no significa afirmar que con anterioridad no hayan existido problemas similares a los que hoy se presentan, ni tampoco que no se los haya considerado ni, menos aún, que no se haya propuesto una solución.

El punto de partida de la teoría de la imprevisión reconoce antecedentes muy antiguos, algunos de ellos se remontan al Derecho Romano.

En la **Edad Media**, mientras el Derecho romano todavía se aplicaba y evolucionaba en Bizancio, en Occidente, con el redescubrimiento del **Corpus Iuris** por la escuela de Bolonia, se produce un renacimiento de sus estudios y florecen las escuelas de los glosadores, de los doctores y de los posglosadores, que trabajan activamente sobre los textos del Digesto. En ese momento y especialmente por la tarea de Bartolo, surge el antecedente más antiguo de la imprevisión, con la formulación de la llamada cláusula "**rebus sic stantibus**", que se

consideraba implícita, susceptible de ser invocada por el deudor fundándose en la buena fe que debe presidir la relación contractual, y exigía el mantenimiento del contrato mientras "las cosas (rebus) siguieran siendo lo que eran al contratar (sic stantibus)"⁹.

Con el andar del tiempo, se transformaron las concepciones filosóficas que dieron sustento al ordenamiento jurídico, cobrando su máximo esplendor uno de los postulados cardinales de la Revolución Francesa, esto es, el principio de la "**autonomía de la voluntad**". En efecto, la libertad de las partes para establecer sus obligaciones y derechos constituyó el norte de todas las regulaciones jurídicas y, como consecuencia de estas concepciones a fines del siglo XVIII, se instituyó el principio que postula que la **interpretación** de un contrato debe atenerse a la **voluntad expresa de las partes** y el hecho de que hubiesen variado las circunstancias tenidas en cuenta al contratar, no resultaba suficiente para alterar las condiciones que las partes fijaron, si ese cambio de circunstancias no había sido expresamente previsto por éstas.

Posteriormente, los juristas advierten que el llevar a sus máximos extremos la aplicación del "pacta sunt servanda" puede originar gravísimas injusticias, en especial cuando las partes no se encontraban en un pie de igualdad al celebrar el contrato, o cuando no podían prever el advenimiento de hechos que alterarían gravemente las circunstancias tenidas en mira al contratar, provocando evidentes desequilibrios entre las prestaciones.

Aparece así la **teoría de la "presuposición"** elaborada por **WINDSCHEID**, quien sostiene que en todos los contratos se encuentran presentes como presupuestos objetivos ciertas condiciones básicas, y que si ellas se alteran, es lógico que se alteren también las prestaciones que estaban a cargo de las partes¹⁰.

LARENZ¹¹, precursor de la teoría de las "bases del negocio jurídico", indica que éstas constituyen todas aquellas circunstancias generales que los contratantes tuvieron en cuenta para plasmar el acuerdo de voluntades, tales como el poder adquisitivo de una determinada moneda, la situación política, económica y social del lugar imperantes al momento de la contratación, etc., sin las cuales no se cumpliría la finalidad ni la expectativa prevista por las partes en el desarrollo del contrato. Si en la base del negocio se produjera una alteración total e imprevista, que no hubiera sido considerada en el contrato, no sería de buena fe someter a la parte perjudicada, al cumplimiento de algo que se pactó bajo circunstancias totalmente distintas.

⁹ Moisset de Espanés, Luis. I M P R E V I S I Ó N. Legislación de América del Sur. La primera versión de este trabajo apareció en el volumen 9, de la colección "Roma y América", y corresponde a la ponencia presentada en un seminario que se efectuó en Roma los días 13 y 14 de diciembre de 1993, bajo el auspicio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); luego se le agregó el capítulo correspondiente a Uruguay en A.D.C. 1996-III, p. 1147-1181.

¹⁰ Moisset de Espanés, Luis, Ob. cit.

¹¹ Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, tr. J. Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, t. I, p. 314.

En el **derecho inglés** vemos aparecer la llamada doctrina de la "frustration", que acepta la revisión de contratos que habían sido privados totalmente de "consideration" (causa).

En el **derecho francés** encontramos **un precedente de la teoría de la imprevisión**, aunque la norma no tiene carácter general y permanente, sino que es una medida de emergencia a la que se fija un límite temporal para su ejercicio. Poco antes de concluir la Primera Guerra Mundial se sancionó la **Ley Failliot** (del 21 de enero de 1918), que tenía como objeto de regulación a los contratos comerciales o mixtos celebrados antes del primero de agosto de 1914, que generaban prestaciones sucesivas o diferidas, en los cuales el juez no podía revisar el contrato, sino solamente suspenderlo o rescindirlo, con o sin el pago de daños y perjuicios.

En lo que interesa a nuestro objeto de estudio, es decir, los países integrantes del **MERCOSUR**, es dable afirmar que la inflación se presentó, inicialmente, como un hecho extraordinario e imprevisible que provocó desequilibrios de tal magnitud en las prestaciones, que los juristas echaron mano de la teoría de la imprevisión como remedio paliativo de este proceso económico. Sin embargo, numerosos países pasaron a padecer una inflación "estructural", razón por la cual el fenómeno dejó de ser un hecho extraordinario e imprevisible. En el derecho argentino, Borda entiende que si se tratase de una inflación aguda e imprevista con relación al normal proceso inflacionario, podría todavía justificar que se echase mano a la imprevisión para solucionar los problemas originados por ese evento inflacionario¹².

En este contexto, el **Siglo XX** inicia un camino que tiene principalmente en mira la protección de la parte más débil en la contratación. A veces se habla de una nueva aplicación del principio del "favor debitoris", pero en realidad es más apropiado hablar de "favor o defensa del débil", ya que muchas veces no es el deudor, sino el acreedor, quien se encuentra en situación de inferioridad, como sucede en los contratos de seguro.

En la **segunda mitad del siglo XX** esta concepción se patentizó en las legislaciones de los **Estado Parte del MERCOSUR**, como se desprende de las reformas que la ley 17.711 introdujo en 1968 al **Código Civil argentino** y los nuevos **Códigos de Paraguay** (art. 672) y **Brasil** (arts. 478/480). Por su parte, **Uruguay** no tiene una disposición expresa que regule esta institución, pero se infiere de ciertas normas (arts. 1283, 1284, 1291) que es contrario a la buena fe exigir el cumplimiento de un contrato que es moralmente imposible de cumplir por haberse alterado las circunstancias. En el caso de los **asociados**, **Chile** tiene una norma especial para el caso de la construcción, mas no contempla una regulación general como nuestro art. 1198 del C.C.; mientras que **Venezuela** no ha consagrado legislativamente la teoría de la imprevisión, pero el Tribunal Supremo de Justicia, con base en el artículo 2 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, ha adoptado decisiones según las cuales en caso de haber desproporcionalidad en el

¹² Guillermo A. BORDA: "Teoría de la imprevisión", E.D. 30-827, en especial punto 9, c.

cumplimiento de las obligaciones, el juez constitucional puede restablecer el desequilibrio económico verificado entre las partes.

IV.- LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

Analizaremos comparativamente la **evolución y la regulación de la Teoría de la Imprevisión** en los cuerpos legales de aquellos países integrantes del Mercosur que optaron por consagrarla expresamente, como así también su recepción jurisprudencial y doctrinaria en aquellos estados donde la teoría de la imprevisión es aún una creación pretoriana. Asimismo, compararemos los distintos fundamentos esgrimidos por aquellos estados que se niegan a aceptar esta figura.

V.- Argentina

V.1. Antecedentes de su consagración legislativa.

El Código Civil de 1871 no incorporó la teoría de la imprevisión, pero la doctrina argentina, fundamentalmente por la incidencia de la depreciación monetaria a causa de la inflación, reclamó con insistencia su incorporación. En el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en el año 1937, se formuló un despacho por el que se recomendaba al Congreso de la Nación aceptar la teoría de la imprevisión. Posteriormente, el influyente III Congreso Nacional de Derecho Civil –también realizado en Córdoba en 1961- la recomendó en términos expresos y a esos efectos propuso un texto legal, que en 1968 fue consagrado casi textualmente mediante la ley 17.711 que reformó el Código Civil. A continuación, desarrollamos la evolución de la recepción de la teoría de la imprevisión en la legislación argentina.

IV.1. a) Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

En 1925 se designó una Comisión encargada de proyectar reformas al Código de Vélez, cuyos principales frutos se plasman en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936. Si bien, en ninguno de esos intentos aparece la teoría de la imprevisión, debe destacarse que en 1937 se reúne en Córdoba el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil para estudiar el Proyecto de 1936 y ese Congreso, a propuesta del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, incluye como tema 19 el siguiente interrogante: ¿conviene incorporar a la legislación civil algunos de los principios de la doctrina de la "imprevisión" o del "riesgo imprevisible"? La Comisión encargada de estudiar el tema, integrada por cinco destacados catedráticos de Derecho Civil¹³, formuló un despacho por el que recomendaba al Congreso de la

¹³ Hipólito Montagné, Pedro León, Estanislao D. Berrotarán, Alfredo Orgaz y Adelqui Carlomagno.

Nación que diese "cabida a la doctrina de la imprevisión", aunque había cierta diferencia de fundamentos entre quienes lo suscribían. En este sentido, mientras el profesor Carlomagno propiciaba que se hiciese solamente una alusión a que surge del principio general de buena fe, cuya aplicación puede ser efectuada por los jueces con gran amplitud, permitiéndoles no sólo rescindir el contrato o suspender su aplicación, sino también modificarlo, los restantes miembros de la Comisión creían indispensable, tipificar la figura determinando el carácter excepcional del precepto y, pese a la falta de antecedentes en los cuerpos legales vigentes a esa época, se inspiraban en las decisiones del Consejo de Estado francés y en la Ley Failliot, para proponer la siguiente fórmula que no alcanzó a ser considerada: "Cuando en virtud de haber sobrevenido acontecimientos generales y extraordinarios, que no hubieren podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación del otro se encuentren en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en mira las partes al contratar, el Juez puede, según las circunstancias, declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporalmente"¹⁴.

IV.1.b) El Anteproyecto de 1954.

El Proyecto de 1936 no prosperó en el Congreso de la Nación; posteriormente desde el Ministerio de Justicia de la Nación y bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, se elaboró el Anteproyecto de 1954 que incluyó una norma sobre la excesiva onerosidad sobreviniente¹⁵, inspirada en la solución ya consagrada por el Código italiano de 1942 en sus artículos 1467 a 1469.

La doctrina nacional señaló la necesidad de incorporar al Código la teoría de la imprevisión, fundamentalmente, para poner remedio a los efectos de la inflación que se había desatado a partir de 1946, máxime, teniendo en consideración que la mencionada teoría ya había tenido recepción jurisprudencial¹⁶.

IV.1. c) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en Córdoba en octubre de **1961**, incluyó como tema 10: "El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato: la imprevisión y las teorías afines". El despacho de la Comisión definitiva fue votado por amplia

¹⁴ Moisset de Espanés, Luis. Ob. cit.

¹⁵ "Art. 1025 (Anteproyecto de 1954).- En los contratos de tracto sucesivo, o de ejecución diferida, si la prestación de alguna de las partes llegase a ser extremadamente onerosa, por el acaecimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, podrá demandar la rescisión del convenio, salvo que la otra parte se aviniere a modificar equitativamente las condiciones pactadas. Si el contrato fuese unilateral, podrá el deudor en las circunstancias expresadas pedir una reducción de su prestación, o bien alguna modificación en el modo de efectuar el cumplimiento, que sea bastante para retornar la obligación a la equidad. Lo dispuesto en este artículo no rige en los contratos aleatorios".

¹⁶ Ver J.A., 1951 - V - 675, donde la Cámara Civil 2ª de la Capital expresó que "el juez puede tomar en cuenta las nuevas circunstancias para fijar la posición de las partes equitativamente, al variar el medio económico y jurídico que condicionó consciente o inconscientemente el convenio".

mayoría, convirtiéndose en la Recomendación N° 15, cuyo texto fue adoptado sin modificaciones por la ley 17.711, en 1968, como un agregado al artículo 1198.

Sin embargo, debemos poner de relieve la existencia de un despacho en disidencia suscripto por Risolía, que a lo largo del debate recibió la adhesión de los congresales Abelenda, Vernengo Prack y Guaglianone, que rezaba: "Declarar que no debe incluirse en el Código Civil norma general alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios por intervención o arbitrio judicial, sin perjuicio de la validez que cabe acordarse a las cláusulas de garantía, de la vigencia de las normas y principios que confieren a los magistrados la posibilidad de juzgar de la moralidad de los actos y hacer observar la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y sin perjuicio por último de las soluciones especiales y transitorias que arbitre el legislador cuando sobrevengan alteraciones calamitosas para el orden civil"¹⁷.

IV.1.d) Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso

La recomendación del Tercer Congreso influyó sobre la jurisprudencia y, aún antes de que la ley 17.711 consagrara la teoría de la imprevisión, fue frecuente que se la invocase ante la justicia. Si bien algunos tribunales se negaban a aplicarla¹⁸, comenzaron a dictarse fallos que la consagraban como un medio para brindar protección al deudor frente a la excesiva onerosidad sobrevinida por circunstancias extraordinarias e imprevisibles¹⁹.

IV.1.e) La ley 17.711: artículo 1198, 2ª parte

Las conclusiones elaboradas en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (1961), fueron la fuente de la consagración legislativa de la teoría de la imprevisión, abonada por la opinión doctrinaria de Salas, Busso, Llambías, Borda, Mosset Iturraspe, Bueres y López de Zavalía, entre otros.

IV.2. Elementos constitutivos y condiciones de ejercicio.

¹⁷ "Tercer Congreso... ", T. II, p. 585

¹⁸ . "Nuestra legislación no admite específicamente la teoría de la imprevisión. No invocándose circunstancias de fuerza mayor o hechos que hayan incidido en la voluntad de las partes al celebrar el contrato, no pueden anularse los efectos legales del mismo, que debe cumplirse como si fuese ordenado por la ley", Cam. Comercio de la Capital, sala C, 22 de octubre de 1964, E.D. 10 - 733.

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

¹⁹ "La cláusula rebus sic stantibus está implícita en todo contrato y es el razonable complemento de la tradicional pacta sunt servanda", Cam. Civil de la Capital, sala D, 26 mayo 1964, E.D. 10-725 y 30 diciembre 1965, E.D. 14-99. "El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado, ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto, ha de ser imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación, y ajeno al deudor", Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 noviembre 1964, E.D. 10-717. "La teoría de la imprevisión se aplica no sólo a los contratos de tracto sucesivo, sino también a los de ejecución diferida", Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 noviembre 1964, E.D. 10-717; sala D, 30 diciembre 1965, E.D. 14-99.

A los fines de este trabajo, limitaremos el desarrollo de esta figura al análisis de sus **elementos constitutivos y sus condiciones de ejercicio**. Nos detendremos en el desarrollo pormenorizado de estos aspectos en el sistema argentino, dando por reproducidas estas consideraciones al tratar los demás sistemas jurídicos, en cuanto sean análogos y equiparables.

a) **Desequilibrio**: debe haber objetivamente un desequilibrio entre las prestaciones de las partes; en esto hay alguna semejanza con la figura de la lesión y por tal razón algunos denominan a la imprevisión, lesión sobreviniente²⁰.

b) **Hecho sobrevenido**: Debe tratarse de un hecho que acontece con posterioridad a la celebración del acto. Originariamente las prestaciones de las partes eran equivalentes, pero un hecho sobrevenido quiebra ese equilibrio. Cuando la desproporción es originaria no corresponde invocar la imprevisión, sino la "lesión subjetiva", que el derecho argentino acoge en el artículo 954. Además debe ser "extraño a la voluntad de las partes", pues si el perjudicado fuese el autor del hecho, los efectos sólo serían imputables a su propia culpa y no podría invocar la imprevisión; y si fuese el beneficiado quien con su actividad provocó esta alteración en el contrato, su conducta entrañaría una violación de los deberes que impone la obligación y daría pie a una solicitud de resolución por incumplimiento.

c) **Imprevisibilidad. Legislación de emergencia económica**: el hecho que ha provocado el desequilibrio debe ser extraordinario e imprevisible. Esto hace que haya cierta semejanza entre la imprevisión y el caso fortuito, pero mientras en este último el hecho imprevisible trae como consecuencia la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, en la imprevisión la prestación todavía puede ejecutarse; lo que sucede es que se ha tornado excesivamente gravosa para el deudor. Podemos citar como ejemplo de un hecho imprevisible, el dictado de leyes de emergencia que modifiquen las circunstancias económicas y jurídicas tenidas en cuenta por los contratantes al tiempo de celebrar la convención. Por caso, las medidas de junio de 1975 ("Rodrigazo") y la hiperinflación padecida en 1982 y desde 1987 a 1990, como así también la crisis económica y social iniciada en diciembre de 2001, constituyen -en principio y sujetos a evaluación según las circunstancias de cada caso- hechos extraordinarios e imprevisibles.

En este orden de ideas, cabe efectuar la siguiente aclaración: no todo proceso inflacionario puede ser considerado imprevisible, pero la inflación desatada fuera de los cánones habituales sí es imprevisible, como también lo es, la devaluación monetaria brusca y no prevista²¹. Con respecto a este último acontecimiento, debemos recordar que la sanción de la **ley 25.561** implicó la derogación de los artículos 1º, 2º, 8º, 9º, 12 y 13 y la modificación de los

²⁰ Moisset de Espanés, Luis. Ob. cit.

²¹ Bustamante Alsina, Jorge, *La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión*, ED, 95-757; Krause, Juan, *La devaluación monetaria y el hecho imprevisible*, ED, 96-685; Vítolo, Daniel R., *El valor de la moneda y la imprevisión*, LL, 1981-D-868; Abatti, Enrique - Dibar, Alberto R. - Rocca, Ival (h.), *Nuevas soluciones sustanciales y formales ante acciones y excepciones por imprevisión contractual*, LL, 1983-A-810.

artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 10 de la ley 23.928, circunstancia que puso fin a la convertibilidad del peso con el dólar de los Estados Unidos de América (arts. 1º y 2º de la ley 23.928) y facultó al Poder Ejecutivo para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias (art. 2º)²².

La ley de emergencia 25561 en su artículo 11 hace una remisión al artículo 1198 del C.C. cuando establece que las partes deberán negociar la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio resultante de la devaluación y posterior pesificación y culmina la norma facultando al Poder Ejecutivo a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido.

Por sucesivos decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones del Ministerio de Economía²³ se pesificaron y en su caso reprogramaron los depósitos existentes en el sistema bancario. Finalmente, el decreto 214/02 establece una “pesificación” obligatoria, que las partes no la pueden dejar de lado, salvo su inconstitucionalidad. Estos acontecimientos pueden ser catalogados como “imprevisibles”, ya que como expresa la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** en el caso “Smith” del 1º de Febrero de 2002, ha existido en un breve período, una profusión de normas sobre el tema que, en algunos casos, más que propender a la fijación de pautas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en instituciones bancarias y financieras por los particulares, ha generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre.

Frente a esta realidad, cabe puntualizar que la teoría de la imprevisión puede ser invocada por la parte perjudicada, tanto el deudor como el acreedor. Así la jurisprudencia ha resuelto que *“Si bien es verdad que en general, quien invoca la imprevisión es el deudor, de aquí no podemos concluir que no la pueda invocar el acreedor, máxime cuando la misma ley dice, sin hacer distinciones, que en estos casos la facultad resolutoria corresponde a la parte perjudicada por la hiperinflación, que en el caso del mutuo es la acreedora, situación similar que también se da o puede darse en la locación de cosas”* (C2a. CC y Minería San Juan 16.08.80 JA 1981-I-48).

Tanto el **artículo 11 de la ley 25561 como el art. 8º del decreto 214/02**, mencionan a las partes, sin distinguir. Como lo sostiene prestigiosa doctrina²⁴, la teoría podrá ser invocada no sólo para las deudas en dólares anteriores a la ley de emergencia y a la pesificación, sino también a las deudas en pesos contraídas durante la vigencia de la convertibilidad con una moneda con un alto y estable poder adquisitivo y que al modificarse la ley 23928 la prestación a cargo de una de

²² CORNET, Manuel. La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica. Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año Académico 2002), p.77.

²³ El Decreto reglamentario 71/2002 modificado por Dec. N° 141/02; Resolución 6/ 2002, Resolución 9/2002; Resolución 10/2002; Resolución 18/2002; Resolución 23/2002; Decreto 214/2002; etc.

²⁴ CORNET, Manuel. Ob. cit. p.77.

las partes se puede haber tornado excesivamente onerosa, ello sin perjuicio de haber sido omitido en la legislación de emergencia.

d) **Onerosidad excesiva**: El principio de la justicia conmutativa, rectora o correctora de los intercambios es la igualdad de valor de las prestaciones intercambiadas, de modo que después del intercambio ninguno debe tener un mayor valor económico que antes, ni tampoco debe quedar con menos que antes, de acuerdo con la clara enseñanza de Aristóteles²⁵. En esta orientación, podemos afirmar que en un contrato bilateral de cambio el uno debe recibir del otro tanto como él le entregue, pero no se trata de recibir lo mismo ya que ello no tendría sentido, sino que se trata de recibir algo equivalente, que valga en algún respecto lo mismo.

En virtud de lo expuesto, no basta cualquier desequilibrio que haya sobrevenido de manera imprevisible entre las prestaciones de las partes, sino que ese desequilibrio debe tener cierta entidad y, si bien no torna imposible el cumplimiento de la prestación, lo torna excesivamente gravoso, para una de las partes, que no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido la otra; sería contrario a la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos, reclamar el cumplimiento de una prestación que no guarda armonía con la que se brinda, para ello debe tratarse de una diferencia evidente²⁶.

e) **Actos en que encuentra aplicación**

El ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión está delimitado por los contratos bilaterales conmutativos y los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada. Asimismo, se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Por contrato **bilateral**, entendemos a aquél que origina obligaciones correspectivas, recíprocas; **oneroso** en cuanto las dos partes adquieren de la otra algo en función de la contraprestación que recíprocamente se obligan a realizar; **conmutativo**, en tanto ambas prestaciones deben guardar una relación de equivalencia, sea subjetiva, sea objetiva; **de ejecución diferida**, es decir, que medie plazo.

En general, la teoría de la imprevisión se aplica a los contratos conmutativos y, por excepción a los **aleatorios**, cuando la onerosidad no proviene del riesgo propio del contrato. Se aplica a prestaciones que han sido diferidas en el tiempo, porque en los contratos en que la prestación debe efectuarse de inmediato -como una compraventa al contado- no puede presentarse el hecho imprevisible más que en el caso en que el deudor, por su culpa, no cumpla cuando debía y demore su prestación; en tal hipótesis, él deberá cargar con las consecuencias de su propia culpa.

²⁵ Tale, Camilo; "Lecciones de Filosofía del Derecho", Editorial Alveroni, Córdoba 1995, páginas 172 y 173.

²⁶ Moisset de Espanés, Luis. Ob. cit.

f) Acciones concedidas

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

Vale decir, tanto el Código Civil como las leyes de emergencia actualmente vigentes, facultan a la parte perjudicada por el acontecimiento a invocarlo y alegarlo como hecho constitutivo de una pretensión liberatoria o modificativa, (adecuación, esfuerzo compartido). Si se modifica el contrato, ello será conforme lo acordado y es el camino aconsejado. Si se opta por la resolución, nace la obligación de restituir. Debemos destacar que la resolución no tiene efectos retroactivos en los contratos de ejecución continuada o sucesiva o de prestaciones divisibles. En este sentido, Vélez Sarsfield en la nota al art. 543, **siguiendo a Zachariae**, expresa que en las obligaciones de hacer la condición suspensiva o resolutoria no tiene efecto retroactivo. La resolución afecta la causa fin pero no la causa fuente. Esa persistencia de causa fuente es la que justifica el mantenimiento de las prestaciones cumplidas en los contratos de tracto sucesivo, de ejecución continuada, o en el caso de prestaciones divisibles.

Siempre, habrá que estar a las circunstancias de cada caso para saber si ha habido cumplimientos parciales, si ambas partes han cumplido o sólo una de ellas, es decir, si hasta el acontecimiento extraordinario hubo reciprocidad y equivalencia. La regla es que las prestaciones que hubieran sido cumplidas parcialmente, en cuanto sean útiles y equivalentes, quedará firmes y producirán sus efectos.

g) Validez de las cláusulas de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión.

Durante la vigencia de la ley de Convertibilidad, durante la década del 90, era una cláusula de estilo la renuncia anticipada a invocar la teoría de la imprevisión en todo contrato de duración.

Un sector de la doctrina ha afirmado que admitir una cláusula de renuncia transforma, de hecho, un contrato conmutativo en aleatorio, sin que las prestaciones se ajusten a esta modalidad²⁷.

Mosset Iturraspe se pronuncia por la invalidez de la cláusula de renuncia, ya que entiende que se encuentra comprometido el orden público. Este autor postula que un riesgo que no pudo conocerse o anticiparse, no es susceptible de ser asumido; sostener lo contrario equivale a admitir una ficción, la de prever lo imprevisible; de donde resulta que el “perjudicado” es

²⁷ Borda, Alejandro; “Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares”, J.A. 10.04.2002.

víctima del azar, es un castigado por el destino²⁸. El riesgo, cuando es imprevisible, debe repartirse, soportarse por uno y otro contratante.

Frente a esta postura, la mayoría de la doctrina, Galli²⁹, Llambías³⁰, López de Zavalía³¹, entre otros, admiten la posibilidad de renunciar anticipadamente a la invocación de la teoría de la imprevisión, fundándose en el artículo 513 C.C.

Llambías sostiene que hay que tener en cuenta para admitir la renuncia a alegar la teoría de la imprevisión, si ella satisface el interés de ambas partes, **los intereses del deudor** porque a cambio de su mayor responsabilidad obtendrá, seguramente, una mayor contraprestación; **los del acreedor** porque queda más eficazmente protegido frente a los riesgos del incumplimiento³².

En este contexto argumental, coincidimos con la postura asumida por el Dr. Manuel Cornet, quien considera que esta **cláusula es en principio inválida**, ya que la **buena fe es indisponible** por las partes contratantes³³. Para fundar esta afirmación recurrimos a los Principios de Unidroit:

Artículo 1.7. (UNIDROIT)

- 1) *Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.*
- 2) *Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.*

De la transcripción precedente surge que este principio es de carácter “imperativo”, ya que las partes no pueden limitarlo ni excluirlo.

h) Validez de la cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión en los contratos de consumo (Ley 24240).

La inclusión de esta cláusula **no es posible en los contratos de consumo** (art. 37 ley 24240) ya que se trataría de una cláusula abusiva. Conforme el Decreto Reglamentario 1798/94 “*Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes*”. Lo mismo rige para los contratos de adhesión y Contratos en formularios (art. 38 ley 24240).

Sobre el particular, la jurisprudencia ha sostenido que “*Al menos cuando es formulada por la “parte fuerte” del contrato – en el caso, la empresa de construcciones vendedora de departamentos a construir – la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión no es pasible de objeciones en cuanto a su validez*” (CNCiv. A, 11.08.78 E.D. 81-405).

²⁸ Mosset Iturraspe, Jorge; “Interpretación económica de los contratos”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1994, página 295.

²⁹ en Salvat, R. M., Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones en general, 6ª ed., Buenos Aires, 1952.

³⁰ Llambías, Jorge J., Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711, Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., Buenos Aires, 1969.

³¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los contratos, T. I, Parte General, Ed. Zavalía, 4º ed., Buenos Aires, 1997.

³² Llambías, Jorge J. “Código Civil Anotado”, Edit. Abeledo Perrot, Obligaciones Tomo II – A, página 128.

³³ Cornet, Manuel. Ob. cit.

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

En 1986 la H. Cámara de Diputados de la Nación designó una Comisión para que elaborase un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. Esta Comisión, integrada por prestigiosos juristas³⁴, cumplió con su cometido y el proyecto recibió sanción a "libro cerrado" en julio de 1987. El Senado le prestó aprobación cuatro años después, sin introducirle modificaciones, pero finalmente el Poder Ejecutivo lo vetó en forma total, porque muchas de sus normas estaban en pugna con la "ley de convertibilidad", sancionada ese mismo año.

El artículo 1198, según las reformas introducidas por este proyecto de unificación, quedaba redactado de la siguiente manera: "En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por acción o como excepción, la resolución del contrato o su adecuación. Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propio del contrato. El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, salvo que la economía o la finalidad de las partes excluyan ese reajuste. En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla".

En las "Notas explicativas" con que la Comisión redactora acompañó este proyecto se detalla, con relación al art. 1198 que "Las modificaciones introducidas permiten invocarla por vía de acción o de excepción. Se acepta la pretensión de adecuación del contrato, salvo que ella sea incompatible con las circunstancias de la relación jurídica de que se trate. Expresamente se excluyen estos remedios cuando la excesiva onerosidad resulte de culpa de quien la invoca".

Uno de los cambios sustanciales consiste en admitir expresamente que el perjudicado pueda pedir no solamente la resolución, sino también la adecuación del contrato. En lo que se refiere a la exclusión del remedio si media culpa, el punto está contemplado en la normativa vigente; lo sustancial del cambio propuesto reside en que se elimina la mención a la mora³⁵.

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

j) Proyecto de Código Unificado 1998.

³⁴ Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Araya, Francisco de la Vega, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Piaggi.

³⁵ Moisset de Espanés, Luis. Ob. cit.

El Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1998, redactado por una Comisión honoraria integrada por los profesores Héctor Alegría, Jorge H Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman y Atilio Aníbal Alterini, aborda la teoría de la imprevisión en dos normas que toman en consideración a la legislación más moderna. En efecto, la excesiva onerosidad debe producirse “en términos que resultan irrazonables o inicuos”, conforme al criterio del Código Civil holandés de 1992 (L° 6, art. 258-1). Además, se concede acción autónoma por adecuación del contrato como lo prevén el Código Civil portugués de 1967 (art. 437, inc. 1) y el Código Civil peruano de 1984 (art. 1440); cuando el tribunal dispone la rescisión parcial o la adecuación del contrato se autoriza al contratante que no las solicitó a declararlo totalmente extinguido, en términos semejantes a los del Código Civil holandés de 1992 (L° 6, art. 260.2). Para determinar la procedencia de la extinción total o parcial del contrato, o de su adecuación, el tribunal debe tomar en cuenta la índole de aquél, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo y la factibilidad de su cumplimiento; si el tribunal dispone la adecuación, debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones convenidas.

El texto propuesto para los dos artículos que regulan la teoría de la imprevisión es el siguiente:

Artículo 1160: “Si, en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, en términos que resultan irrazonables o inicuos, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un tribunal, por acción o como excepción, la rescisión total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

Artículo 1161: “Si una parte pretende la rescisión, la otra puede impedirla ofreciendo la adecuación de las prestaciones. Si una parte pretende la adecuación del contrato, la otra puede requerir la rescisión. El tribunal determina la procedencia de la rescisión total o parcial, o de la adecuación, tomando en cuenta la índole del contrato, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y la factibilidad de su cumplimiento. La adecuación debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones convenidas. Cuando el tribunal dispone la rescisión parcial o la adecuación debe facultar a la parte que no las requirió u ofreció para optar por rescindir totalmente el contrato. La declaración rescisoria debe ser formulada en el expediente en el que tramita el proceso, dentro del plazo de quince días”.

VI- BRASIL

El Esbôço de Freitas consagró el dogma de la autonomía de la voluntad en el artículo 1953, según el cual “Los contratos válidos tienen fuerza de ley para las partes contratantes”. Si bien el Esbôço no aceptó la teoría de la imprevisión, el art. 1954 estableció la regla de buena fe, que ha sido empleada frecuentemente por los juristas para justificar la inclusión de aquella teoría en el sistema. En este orden de ideas, el artículo 1954 del Esbôço previó, en sentido semejante al del Código francés, que “los contratos deben ser cumplidos de buena fe”, y que “obligan no sólo a lo que expresamente se hubiera convenido, sino a todo lo que, según la naturaleza del contrato, fuera de ley, equidad o costumbre”

La doctrina brasilera³⁶ ha considerado aplicable esta institución, aún antes de su consagración expresa en el Código Civil. Como lo señala Othon Sidou, al igual que en otros países, la doctrina jurídica realizó un estudio consciente y fructífero del problema³⁷.

a) Antecedentes legislativos:

En mayo de 1969 se constituyó una Comisión Revisora y Redactora del Código Civil, cuyo primer Anteproyecto fue publicado en agosto de 1972. Con las observaciones recogidas fue redactado un Nuevo Anteproyecto, publicado en agosto de 1974. El Poder Ejecutivo lo remitió a la Cámara de Diputados el 10 de junio de 1975. La Comisión tuvo como Coordinador General al profesor Miguel Reale, y el profesor Agostinho de Arruda Alvim fue el redactor del área del Derecho de las obligaciones. La Cámara de Diputados lo aprobó en 1984 y el Senado Federal lo aprobó a su vez en 1997, con numerosas enmiendas concentradas en el Derecho de familia. La Cámara de Diputados, también lo aprobó, pero por Resolución N° 01-2000 se encargó al diputado Ricardo Fiúza la confección de un relatorio final, con las adecuaciones necesarias para compatibilizar el texto del proyecto con las alteraciones legales aprobadas durante su tramitación³⁸.

b) Regulación actual. Comparación con el sistema argentino.

Finalmente, se aprobó el nuevo **Código Civil brasilero**, en vigencia desde el 11 de enero de 2003, que incluye **tres artículos que incorporan la teoría de la imprevisión**, con una redacción **similar al art. 1198 del Código Civil argentino**.

³⁶ Rodrigues, S., *Direito Civil. Dos contratos*, 2ª ed., vol. III, § 8; de Barros Monteiro, W., *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1965, vol. V, pág. 11; da Silva Pereira, C. M., “A cláusula rebus sic stantibus”, en *Revista Forense*, vol. 92, dezembro 1942; Campos, F., *Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1956, tº III, § 216; Bessone, D., *Do contrato*, Rio de Janeiro, 1960, § 137; de Oliveira, A. J., *A cláusula rebus sic stantibus através dos tempos*, Belo Horizonte, 1968; en <http://www.-jurinforma.com.br/notas/0223.html>

³⁷ J.M. OTHON SIDOU: “Resolução judicial dos contratos (Cláusula rebus sic stantibus) e Contratos de adesao”, 3ª ed., Ed. Forense, Río de Janeiro, 2000, p. 75.

³⁸ Alterini, Atilio Aníbal. *TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y CLÁUSULA DE HARDSHIP* https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/material_docente/objeto/150228

El instituto se encuentra regulado por los arts. 478, 479 y 480 que integran la Sección IV, la que lleva por leyenda: “De la resolución por onerosidad excesiva”.

El primero de esos artículos diseña la figura, estableciendo los elementos que la integran y las condiciones para su ejercicio. **Artículo 478:** “En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se tornase excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, podrá el deudor pedir la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que lo decretare retroactúan al día de la citación”.

A continuación el legislador, siguiendo la idea que procura mantener la validez del contrato si se superan los problemas que afectan la relación, dispone en el **artículo 479:** “La resolución podrá evitarse ofreciendo el demandado modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

Finalmente el **artículo 480** establece que si las obligaciones correspondiesen exclusivamente a una de las partes, ella podrá reclamar judicialmente la reducción de su prestación, o el cambio en el modo de ejecutarla, para evitar que se produzca la excesiva onerosidad

Como se observa, la figura ha sido diseñada siguiendo los lineamientos que predominan en el **derecho comparado**, en especial manteniendo el requisito de que el hecho extraordinario que motiva la excesiva onerosidad haya sido un hecho imprevisible.

La **teoría de la imprevisión** también ha sido regulada expresamente en materia de **obligaciones de dar sumas de dinero**. El **artículo 317** del Código Civil de Brasil dispone que “cuando, por motivos imprevisibles, sobreviniera desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida y el del momento de su ejecución, el juez podrá corregirla, a pedido de parte, de modo que asegure, en cuanto sea posible, el valor real de la prestación”.

c) La teoría de la imprevisión en la Ley de defensa del consumidor

Esta figura fue introducida expresamente en el Código de defesa do consumidor (ley 8078, del 11 de setiembre de 1990), conforme al cual es un derecho básico del consumidor la revisión de las cláusulas contractuales “en razón de hechos sobrevinientes que las tornen excesivamente onerosas” (art. 6, inc. V).

VII. PARAGUAY

a) Antecedentes legislativos.

Paraguay adoptó a fines del siglo XIX el Código Civil argentino, obra de Dalmacio Vélez Sársfield. A mediados del siglo pasado decidió encarar la renovación de su legislación civil y

designó una Comisión a tal efecto. Uno de sus integrantes, el profesor Luis de Gásperi, preparó un Anteproyecto que ilustró con extensas y eruditas notas, procurando dar cabida en su Anteproyecto a las expresiones más modernas, entre las cuales se contaba el Código italiano de 1942. Sin embargo, en relación a la figura que nos ocupa, no se mostró partidario de su inclusión, por cuanto consideraba que *"sería harto peligroso autorizar ... la admisión de la cláusula rebus sic stantibus, porque desaparecería con ella la seguridad de las transacciones"*³⁹, insistiendo en que *"la teoría que propende al mantenimiento integral del contrato es la más razonable y la más conforme con los dictados de nuestra legislación"*⁴⁰.

Este pensamiento de De Gasperi, aferrado a la intangibilidad del "consentimiento" prestado por las partes, es sin duda el que prevaleció en la jurisprudencia paraguaya. Pese a ello, la Comisión que elaboró en definitiva el Proyecto que se convirtió en el **nuevo Código Civil paraguayo**, después de dejar de lado el Anteproyecto de De Gásperi, intentó profundizar la modernización de las instituciones vigentes e, inspirándose en el modelo italiano, dio cabida a la **revisión del contrato** en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida como consecuencia de circunstancias imprevisibles⁴¹.

b) Regulación actual y comparación con los sistemas de Argentina y Brasil.

Si bien, la teoría de la imprevisión ha sido consagrada expresamente, **el dogma de la autonomía de la voluntad** continúa vigente en los **artículos 669 y 715 del Código Civil**. El primero de ellos dispone que: *"Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos"*.

El segundo establece: *"Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas"*.

Por su parte, el **artículo 672 del Código Civil paraguayo** consagra la **teoría de la imprevisión**. Este dispositivo legal, se encuentra ubicado en el Libro III (de los contratos y otras fuentes de obligaciones), dentro del Capítulo I del Título I, que contiene las disposiciones comunes a los contratos en general y prescribe "Art. 672.- En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento. La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable. El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa. Si el contrato fuere unilateral, el

³⁹ Luis DE GASPERI: "Tratado de Derecho Civil" (actualizado por Augusto M. Morello), T.E.A., Buenos Aires, 1964, T. I, N° 191 y 192, citado en Moisset de Espanés Luis, ob. cit.

⁴⁰ Luis DE GASPERI, ob. cit. pág. 246

⁴¹ Moisset de Espanés, Luis, ob. cit.

deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo".

La **similitud** que la norma transcripta reconoce con las soluciones incorporadas a los **códigos de Argentina y Brasil**, además de la presencia de los mismos elementos constitutivos de la figura, a saber: onerosidad excesiva, imprevisibilidad del acontecimiento y su carácter extraordinario, limitación en las facultades del perjudicado, que pareciera poder solicitar únicamente la resolución, posibilidad de evitar la resolución ofreciendo modificación equitativa, etc., nos eximen de extendernos en su análisis a los fines de evitar ser reiterativos. Simplemente advertimos que, al **igual que en el derecho argentino**, al no haberse fijado un plazo especial de **prescripción**, pareciera que debe aplicarse el de diez años, es decir la norma general contenida en el **inciso e, artículo 659**⁴².

VIII.- URUGUAY

a) Ausencia de regulación expresa. Comparación con el sistema chileno.

Uruguay **no tiene una disposición expresa** que consagre la teoría de la imprevisión, mas esta figura **se infiere de ciertas normas** (arts. 1283, 1284, 1291) que establecen que resulta contrario a la buena fe exigir el cumplimiento de un contrato que es moralmente imposible de cumplir, por haberse alterado las circunstancias que le dieron origen.

En este sentido, el art. **1283** dispone: "No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contrayentes".

Asimismo, el **art. 1284** prescribe: "Los hechos son imposibles física o moralmente. Es físicamente imposible el hecho que es contrario a la naturaleza. Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

Finalmente, el art. **1291** consagra la autonomía de la voluntad y el principio de la buena fe, al establecer que "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley".

⁴² Moisset de Espanés, Luis, ob. cit.

Al **comparar el sistema jurídico uruguayo con el chileno**, surge que en ambos existe una **ausencia de regulación** expresa de la teoría de la imprevisión. Sin embargo, en el primero se infiere esta figura de la interpretación armónica de ciertas normas del Código Civil, como ya se señaló; mientras que en el segundo, la categórica redacción del artículo 1545 del Código Civil chileno denota un total apego al dogma de la autonomía de la voluntad que impide, en principio, modificar lo pactado libre y voluntariamente por las partes al tiempo de celebrar el contrato. Pese a este panorama, la doctrina chilena ha impulsado la incorporación legislativa de esta figura, aunque aún no haya alcanzado este propósito.

En Uruguay, la teoría de la imprevisión también ha despertado el interés de los juristas y ha dado origen al surgimiento de opiniones encontradas sobre la conveniencia de su incorporación al Código Civil. En este sentido, en el año 1977, al llevarse a cabo en la Ciudad de Punta del Este las **Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho**, se elaboraron las siguientes conclusiones:

De lege lata

No es admisible la teoría de la imprevisión en el estado actual del derecho positivo uruguayo.

De lege ferenda

Es conveniente consagrar legislativamente este remedio sobre las bases adoptadas por el Código italiano (seguido por el argentino).

b) Propuesta doctrinaria para incorporar expresamente la figura.

Posteriormente, la doctrina comienza a vislumbrar la necesidad de su consagración expresa. En esta línea de pensamiento, ORDOQUI CASTILLA⁴³ propone una reforma legislativa que incorpore la teoría de la imprevisión, la que reproducimos a continuación:

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

"Art. 2º (Excepciones).- Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará cuando:

a) la ejecución del contrato se haya diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada;

⁴³ Gustavo ORDOQUI CASTILLA: "Teoría de la imprevisión", Ed. Antor, Montevideo, 1986.

b) la prestación excesivamente onerosa ya haya sido ejecutada, o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaren después de cumplirse la obligación;

c) en los contratos conmutativos de ejecución inmediata el cumplimiento, a cargo de una de las partes, haya sido diferido por caso fortuito o fuerza mayor.

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

De lo precedentemente expuesto se advierte que si bien la figura carece de una regulación expresa, sus postulados podrían inferirse de las prescripciones contenidas en los artículos 1283, 1284 y 1291 del Código Civil, vislumbrándose una creciente inquietud de la doctrina por lograr su incorporación legislativa.

IX.- CHILE

a) **Ausencia de consagración expresa para la generalidad de los contratos. Similitudes con el sistema uruguayo y diferencias con el sistema argentino.**

Chile, al igual que Uruguay, **no** cuenta con una disposición que **consagre la teoría de la imprevisión como** institución aplicable a la **generalidad de los contratos**, como nuestro art. 1198 del C.C., sino que tiene una **norma especial que rige** sólo en materia de contratos de la **construcción**. Los magistrados chilenos son reacios a aplicar esta teoría, por contraposición a lo que acontece en Uruguay donde esta institución sí ha tenido recepción jurisprudencial. Sólo los **Jueces árbitros** chilenos han reconocido y dado aplicación a la teoría de la imprevisión en sus sentencias.

El artículo **1545 del Código Civil chileno** contiene una expresión terminante: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Al consagrar en esos términos el dogma de la autonomía de la voluntad, el texto chileno va **más allá del modelo francés**, cuyo artículo 1134 asigna a lo convenido "lugar de ley". La expresión legal más severa del Código Civil de Bello considera al contrato como "una ley para las partes".

En este marco de total sumisión al dogma de la autonomía de la voluntad, el Código Civil chileno no contempló la teoría de la imprevisión. Sin embargo, la **doctrina chilena ha impulsado la incorporación** de esta figura a su sistema legal, a cuyo fin ha utilizado como argumento central el que resulta del **artículo 1546 del Código Civil** -repetido por el artículo 1603 del Código Civil **colombiano**, el artículo 1589 del Código Civil **ecuatoriano**, el artículo 1417 del Código civil **salvadoreño** y el artículo 1546 del Código Civil **hondureño**- que dispone

“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Sin embargo, **no** la admiten ni la jurisprudencia de los tribunales ordinarios ni los laudos de los árbitros juris y sólo ha sido **acogida** por algunos **tribunales arbitrales de amigables compondores**.

b) Proyecto para su incorporación legislativa

La Universidad Gabriela Mistral de Santiago de Chile elaboró un proyecto de Ley sobre revisión judicial de los contratos⁴⁴, que fue discutido en 1993 en el Seminario que organizó sobre “Revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente”. Su moción fue presentada ante el Congreso (Boletín N° 309-07) y actualmente tiene estado legislativo en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que está requiriendo opinión y acopio de antecedentes a referentes académicos⁴⁵.

c) Opiniones Doctrinarias acerca de la Teoría de la Imprevisión

La doctrina chilena se ha expedido sobre las ventajas y desventajas de la teoría de la imprevisión, propiciando en algunos casos la conveniencia de su recepción jurisprudencial o normativa y, en otros, pronunciándose en contra de su incorporación.

Juan Carlos Dörr Zegers en su obra “*Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión*” sostiene que la teoría de la imprevisión es un principio autónomo del ordenamiento jurídico, con identidad propia, que la diferencia de otros institutos jurídicos, como por ejemplo, el *Caso fortuito* y la *Lesión*, compatible con el Código Civil chileno y coherente con sus disposiciones básicas en materia contractual, por lo que **no es necesaria su consagración legal**, ya que los jueces pueden aplicarla interpretando adecuadamente las normas del sistema.

Una posición muy distinta sustenta el profesor **Rodríguez Grez**, quien en su obra “*La Obligación como deber de conducta típica, (La Teoría de la Imprevisión en Chile)*” señala que tradicionalmente se ha pensado que el deudor sólo puede excusarse de cumplir lo pactado alegando *Caso fortuito o Fuerza mayor*, lo que supone la existencia de un impedimento absoluto, insuperable e imprevisto que hace imposible ejecutar la prestación. Este jurista sostiene que este enfoque es errado, por cuanto la obligación es un vínculo jurídico que impone a un sujeto pasivo el deber de desplegar una determinada conducta en relación a una prestación a favor de un sujeto activo. Indica que si un deudor se encuentra afectado por sucesos imprevistos, irresistibles e independientes de la voluntad de las partes, que dificulta el cumplimiento de la prestación, en

⁴⁴ Ver su texto en Parada Guzmán, C. - Merino Scheihing, F. - Schmidt Hott, C. - Doyharçabal Casse, S., "Proyecto de ley sobre revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente", en Temas de Derecho, año V, N° 1, Santiago de Chile, 1990, pág. 50.

⁴⁵ Alterini, Atilio Aníbal, ob. cit.

términos de no poder mitigar sus efectos con la diligencia debida, quedaría eximido de responsabilidad, no por la aplicación de la teoría de la imprevisión, sino de los principios que informan la responsabilidad civil en general. Concluye afirmando que ha existido una extensión indebida de la teoría de la **imprevisión que debilita la fuerza obligatoria de los contratos**.

Por su parte, el profesor **Daniel Peñailillo Arévalo** señala en su obra “*La Revisión Judicial de las Obligaciones y los Contratos en la Reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)*” que si partimos de la base que los contratantes han celebrado sus estipulaciones de acuerdo a cierto orden de cosas o entorno en el que el contrato se inserta, con ciertas características económicas, ciertas fuerzas sociales, cierto ámbito cultural y ciertas habilidades o destrezas de ambos, es natural que tengan que corregirse las estipulaciones si ese entorno cambia en alguno de esos elementos, porque ya las partes no contratarían del mismo modo bajo este nuevo entorno; por lo que se aparta de la buena fe en la ejecución de los contratos, quien insista en mantenerse en los términos primeramente estipulados⁴⁶.

Este jurista señala, en primer lugar, que el artículo 1546 ordena *ejecutar* los contratos de buena fe, razón por la cual, funcionando la teoría de la imprevisión precisamente en la etapa de *ejecución* del contrato, se dan las circunstancias para dar uso efectivo a este texto legal. En segundo lugar, sostiene que cuando el artículo 1545 del Código Civil alude a las “*causas legales*” como medio para modificar los efectos de los contratos, podría ampliarse el término y entenderlo como “*causas jurídicas*”, concepto más comprensivo en el cual puede incorporarse a la imprevisión.

Finalmente considera necesaria la **consagración de la teoría de la imprevisión a través de un texto expreso**, con la debida flexibilidad, consignando los elementos fundamentales y los principales efectos, entregando al juez las facultades para que la adecue caso acaso y disponga una solución equitativa.

d) Jurisprudencia nacional chilena

d.1) Tribunales ordinarios de justicia.

La judicatura reiteradamente ha establecido la intangibilidad de los contratos, negando a los magistrados la posibilidad de revisar o modificar lo pactado libremente por las partes, dando preeminencia al principio establecido en el artículo 1545 del Código Civil. En consecuencia, la jurisprudencia nacional ha sido muy reacia en acoger la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, el 14 de noviembre de 2006 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó un fallo en autos “Guillermo Larraín Vial c/ Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana” que constituye un hito en esta materia, por cuanto resolvió que ante la ausencia de un precepto legal expreso que consagre la teoría de la imprevisión, corresponde suplir tal

⁴⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “La revisión judicial de los contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, *R.D.U. de Concepción*, N° 208, año 2000, Pág. 209 a 237.

“vacío” mediante la aplicación directa de los principios generales del derecho (intangibilidad del contrato, interdicción del enriquecimiento injusto y prohibición de abusar del interés jurídicamente protegido) y las normas que gobiernan la exégesis contractual. Finalmente, el tribunal afirmó que “al alterarse la equivalencia en las prestaciones, se lesiona el contrato mismo, situación que permite consecuentemente su revisión”⁴⁷.

d.2) Tribunales arbitrales.

Los Jueces árbitros han **reconocido y dado aplicación a la teoría de la imprevisión** en sus sentencias. Los *Árbitros arbitradores* resuelven los conflictos conforme a lo que la prudencia y la equidad les indiquen, en efecto, al estar dotados de una mayor amplitud y flexibilidad en la regulación de los efectos de una vinculación contractual “*están en mejor situación de buscar un camino idóneo para conciliar el conflicto de intereses que se produce por el imprevisto grave que afecta seriamente el cumplimiento de la obligación, entre el pacta sunt servanda consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, y los principios de justicia*”⁴⁸.

En el caso de los *Árbitros mixtos*, arbitradores en la forma y en el fondo de la cuestión, existe un fallo dictado por Claudio Illanes, donde sostiene que no es necesaria la consagración expresa de la teoría de la imprevisión, porque es posible su aplicación interpretando adecuadamente las normas pertinentes del Código Civil. Tales normas son, en primer lugar, las que se refieren a la causa. Luego, la naturaleza del contrato oneroso, bilateral y conmutativo que implica equivalencia en las prestaciones recíprocas y, finalmente, el principio de la buena fe en la ejecución del contrato y, por último, la integración por la equidad.

X. VENEZUELA

a) Ausencia de regulación expresa. Comparación con el sistema uruguayo.

Recepción jurisprudencial

El sistema jurídico de este **país carece de un dispositivo legal** que consagre expresamente la teoría de la imprevisión. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido la aplicación de esta figura, como acontece en el foro **uruguayo**, fundándose en el **principio de la buena fe** en la ejecución de los contratos, consagrado en el **art. 1160** del Código Civil venezolano.

Textualmente establece: “los contratos deben ejecutarse de buena fe y 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”.

⁴⁷ Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N°2, pp. 361 - 372 [2007]

⁴⁸ Fallo dictado por el Dr. Carlos Urenda Zegers, quien, en su calidad de Arbitro arbitrador, resolvió en un pleito iniciado entre la Sociedad de Inversiones Mónaco Ltda. y el Consejo de administración de la misma, con fecha 13 de noviembre de 1986.

En otros casos, los tribunales acudieron a fundamentos constitucionales para dar cabida a la teoría de la imprevisión. En este sentido, la **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**, con base en el artículo 2 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, el cual establece que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de sus ordenamientos jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”, ha resuelto con fecha 24/01/2002 que en caso de haber desproporcionalidad en el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes, el juez constitucional puede restablecer el desequilibrio económico verificado entre las partes, con base en el principio de igualdad contractual que debe regir entre las partes⁴⁹.

Siguiendo esta postura que propicia la recepción de la teoría de la imprevisión, la **Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia** resolvió con fecha 30/04/2002⁵⁰ que, “independientemente de la falta de reconocimiento expreso positivo que tutele la teoría de la imprevisión en nuestro Código Civil, aquél que pretenda la resolución de un contrato como consecuencia de la excesiva onerosidad que comporte su ejecución, deberá invocar tal causal como excepción, cuando le sea demandada la ejecución de tal obligación, o bien demandarla por vía principal o reconventional, debiendo señalarse que tanto como excepción o como reconvencción, el demandado sólo podrá hacerla valer en el acto de la contestación de la demanda, tal como lo señala el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil”.

b) Opiniones doctrinarias

La doctrina venezolana reconoce a la teoría de la imprevisión como una causal de resolución de los contratos. Así se pronuncia José Melich-Orsini, quien en su obra "Doctrina General del Contrato"⁵¹, señaló: “...Tenemos, en primer lugar la llamada 'cláusula *rebus sic stantibus*'. Según sus características históricas la cláusula debería considerarse implícitamente pactada en todo contrato en que se regulen intereses diferidos o prorrogados en el tiempo...”, y en este mismo sentido se ha expedido Francesco Messineo en su obra "Doctrina General del Contrato"⁵².

⁴⁹ Tal principio fue aplicado en la sentencia relativa a los créditos indexados de vivienda y para la adquisición de vehículos con cláusula de cuota balón, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 24 de enero de 2002.

⁵⁰ En autos “ARTURO PACHECO IGLESIA, ROSA CASAS LÓPEZ DE PACHECO, FREDDY OROPEZA, MARISELA MARRERO DE OROPEZA, LEXTER ABBRUZZESE, GERARDO PINO, HORACIO CASTRO y MARÍA ISABEL PADILLA, contra INVERSIONES PANCHO VILLAS, C. A.”

⁵¹ Editorial Jurídica Venezolana, 2ª Edición, Caracas, 1993, pp.376 y 377

⁵² Tomo II, EJE, p. 373

XI. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES APLICABLES A LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

Analizaremos comparativamente los tratados y convenciones internacionales que regulan las relaciones civiles y comerciales entre las personas pertenecientes a los estados que integran el Mercosur, investigando la manera en que ha sido consagrada la **autonomía de la voluntad y sus límites**, como así también la posibilidad **de invocar la teoría de la imprevisión**.

Preliminarmente, cabe destacar que tanto los Tratados de Montevideo de 1889 como los de 1940, sólo resultarán aplicables cuando las partes contratantes pertenezcan a los estados ratificantes de los mismos. Así, entre Paraguay, Argentina y Uruguay (estados parte) se aplican los Tratados de Montevideo de 1940, y respecto de Bolivia, Perú y Colombia (estados asociados) siguen vigentes los Tratados de 1889.

Brasil (estado parte) nunca ratificó estos tratados, lo que ocurre también con los estados asociados Chile y Venezuela, razón por la cual no se los puede considerar como legislación común.

Textualmente establecen:

a) Tratado de Derecho Civil Internacional,. Montevideo, 12 de febrero de 1889.

Artículo 32.- La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Artículo 33.- La misma ley rige:

- a) Su existencia;
- b) Su naturaleza;
- c) Su validez;
- d) Sus efectos;
- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;
- g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Artículo 34.- En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.
- b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producirse sus efectos.
- c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.

Artículo 35.- El contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares, sujetas a leyes disconformes, se rige por la del domicilio de los contrayentes si fuese común al tiempo de

celebrarse la permuta, y por la del lugar en que la permuta se celebró si el domicilio fuese distinto.

Artículo 36.- Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia.

Artículo 37.- La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta.

Análisis: De las disposiciones transcriptas surge que el TDCI de 1889 omite toda referencia a la autonomía de la voluntad y si bien no la proscribiera a texto expreso, sólo desarrolla como solución aplicable la de la **ley de cumplimiento** del contrato (arts. 32 y 33), no limitándose a enunciarla, sino que la reglamenta recurriendo a elementos objetivos y subjetivos del contrato, siempre dentro de un esquema de solución preceptiva.

b) Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo, 19 de Marzo de 1940

Artículo 37. La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige:

- a) Su existencia;
- b) Su naturaleza;
- c) Su validez;
- d) Sus efectos;
- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;
- g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Artículo 38. En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar en donde ellas existían a tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor a tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor a tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar en donde ellas existían a tiempo de su celebración;
- b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel en donde hayan de producirse sus efectos;
- c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor, a tiempo de la celebración del contrato.

Artículo 39. Los actos de beneficencia se rigen por la ley del domicilio del benefactor.

Artículo 40. Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, a tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento.

Artículo 41. Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal.

Artículo 42. La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.

Análisis: La solución de los Tratados de Montevideo de 1940 en materia de autonomía de la voluntad, siguieron el modelo de 1889, omitiendo una recepción expresa de la misma. La solución de los arts. 32 y 33 del TDCI de 1889 se mantiene en el art. 37 del TDCI de 1940.

El **artículo 5** del Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado, dispuso lo siguiente “*La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados no pueden ser modificados por la voluntad de las partes, salvo en la medida que lo autorice dicha ley*”. Si bien esto significa negar la autonomía de la voluntad, se deja abierta la posibilidad de que, una vez determinada la ley aplicable, si ésta admitiera la vigencia de dicha autonomía, ésta resultará válida.

c) Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, suscripta en México, D.F., el 17 de marzo de 1994)

Artículo 7: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.”

Artículo 9: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales...”

Artículo 10: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Artículo 11: “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será

discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

Análisis: Las soluciones aquí adoptadas resultan innovadoras respecto de las existentes hasta el momento en el continente sudamericano. Entre ellas, encontramos la solución relativa a la autonomía de la voluntad, admitiéndose en el **artículo 7** la autonomía de la voluntad para elegir el derecho aplicable a los contratos. Este lineamiento ha seguido el modelo de la **Unión Europea con la Convención de Roma de 1980**. Sin embargo, la CIDIP V ha sido ratificada solamente por México y Venezuela. A su vez, la convención reviste el carácter de “cerrada”, pues su observancia se dirige sólo a los Estados ratificantes, razón por la cual su ámbito de aplicación en la práctica es evidentemente reducido.

d) Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, Viena 1980⁵³

La Convención de Viena confiere un alto grado de valor a la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable a sus contratos de compraventa internacional, ya que, de acuerdo con el **artículo 6**, las partes pueden excluir la aplicación de la Convención de Viena o excluir la aplicación de cualquiera de sus disposiciones. Sin perjuicio de ello, esta norma no establece una solución clara ni explícita a favor de la admisión de la autonomía de la voluntad, tal como lo hace la **Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994**, como ya se explicó en el acápite anterior.

Con respecto a la teoría de la imprevisión, esta Convención no provee una solución expresa. No obstante, su artículo 7.2 dispone que “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado”. De ello resulta que la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a las compraventas internacionales de mercaderías depende de lo que establecen los Derechos nacionales que rigen el caso.

e) Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT

Los Principios de UNIDROIT se ofrecen como continente de la *lex mercatoria* y constituyen una tentativa de codificación del Derecho de los contratos internacionales. La jurisprudencia arbitral los ha empleado reiteradamente como Derecho que rige el contrato internacional, así como para interpretar el derecho nacional aplicable.

⁵³ Argentina ha ratificado esta convención, por el contrario, Brasil, Paraguay y Uruguay no lo han hecho.

Los arts. 1.3 y 6.2.1 sientan la regla de la obligatoriedad del contrato pero aclaran que ese carácter obligatorio “no es, sin embargo, absoluto” dejando expresamente a salvo la hipótesis de excesiva onerosidad.

Artículo 6.2.1: *“Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la “excesiva onerosidad” (hardship), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas”.*

Análisis: El propósito de este artículo es aclarar que, conforme al principio general de que los contratos se celebran para ser cumplidos, el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada.

El cambio de circunstancias es relevante sólo en casos excepcionales. El carácter obligatorio del contrato no es, sin embargo, absoluto. Si las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que llegan alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación excepcional que en estos principios se conoce como “excesiva onerosidad” (hardship)

El artículo 6.2.2 dispone: “Se presenta un caso de excesiva onerosidad (hardship) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento del costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra y, además, cuando: (a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos”.

El Artículo 6.2.3. establece: *“Efectos de la excesiva onerosidad (hardship).*

(1) En caso de excesiva onerosidad (hardship), la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato. Tal solicitud deberá formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de excesiva onerosidad (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto determine, o

(b) adaptar el contrato, de modo de restablecer su equilibrio”.

Análisis: Aunque el artículo no lo establezca en forma expresa, tanto el requerimiento de renegociación de la parte en desventaja, como la conducta de ambas partes durante el proceso de renegociación deberán conducirse de acuerdo al principio de buena fe y lealtad negocial (1.7.) y al deber de cooperación (art. 5.3.). Esto implica que la parte en desventaja debe creer honestamente que existe una situación de excesiva onerosidad (hardship), en lugar de solicitar la renegociación simplemente como una medida estratégica⁵⁴.

XII. INTERNALIZACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR

El modo en que se logra la aplicación efectiva de las decisiones, resoluciones y directivas del Mercosur como derecho interno de cada país, y el rango jurídico que ellas ocupan frente a las normas nacionales, ha generado un problema específico conocido como la "internalización" de las normas supranacionales.

Los países miembros del Mercosur poseen diferentes mecanismos constitucionales para "internalizar" las normas establecidas por el bloque y le asignan diferentes rangos de supremacía frente a su derecho interno. En **Argentina y Paraguay**, que han adoptado el **sistema "dualista"**, los tratados y protocolos ratificados tienen valor superior a las leyes nacionales y por lo tanto no pueden ser derogados ni suplidos por éstas. En **Brasil y Uruguay**, que han adoptado el **sistema "monista"**, los tratados y protocolos tienen el mismo valor que las leyes nacionales y por lo tanto éstas predominan sobre aquéllos si son de fecha posterior.

En la práctica cada país ha elaborado procedimientos que permiten una rápida incorporación de las normas mercosureñas como derecho interno, pero en ningún caso hay una aplicación directa.

⁵⁴ Cornet, Manuel, ob. cit.

XIII. CONCLUSIONES

La justicia contractual requiere que el respeto del principio *pacta sunt servanda* sea compatibilizado con el mantenimiento de la **equivalencia de las prestaciones** -como presuposición o base del negocio jurídico- en los casos en los que el curso natural y ordinario de las cosas sale de su cauce, “a veces en un tipo contractual, a veces en todos los contratos; en oportunidades como sostenida constante de una época -lo imprevisible de ayer llega a ser hasta lo previsible de hoy-; otras como explosión de un momento, como efecto de una causa temporal”⁵⁵.

Hoy parece haber sido abandonado el antiguo criterio según el cual el Derecho -a diferencia de las demás ciencias- debería ser puramente nacional e ignorante de cuanto sucede en otros países, debido a que las relaciones entre los estados del MERCOSUR con el sistema internacional influyen decisivamente sobre el **desarrollo** de cada país y la **integración regional**.

La realidad actual demuestra que los movimientos migratorios cada día son más frecuentes, circunstancia que conduce al nacimiento de una trama de relaciones intersubjetivas que vincula a más de un ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, se generan procesos de integración a través de los que se pretende la constitución de espacios unificados en los cuales, borrando las barreras de la soberanía, los estados tienden a la unificación de aspectos vinculados a la economía, educación y legislación, entre otros.

En consecuencia, la tarea de legislar sobre la **teoría de la imprevisión** en los contratos internacionales dentro del ámbito espacial del Mercosur, constituye un complemento imprescindible para el programa de desgravaciones arancelarias y fomento del intercambio comercial, por cuanto implica un gran atractivo que estimulará la celebración de contratos civiles y comerciales entre sus miembros.

Las normativas imperantes en la región son obsoletas y no guardan armonía. Tampoco existe un instrumento internacional que vincule a los cuatro estados parte, ya que mientras que Argentina, Paraguay y Uruguay adhirieron a los Tratados de Montevideo de 1940, Brasil no los ratificó. Asimismo, las normas de los Tratados de Montevideo de 1940 y de los ordenamientos internos de Brasil, Paraguay y Uruguay, responden al esquema de solucionar conflictos de leyes; en cambio, el ordenamiento interno argentino, al haber incorporado la Convención de Naciones Unidas de Viena de 1980, contiene disposiciones materiales aplicables directamente a la compraventa internacional de mercaderías.

En este contexto, la sanción de un **derecho común** al que pretendemos llegar, importa la necesidad de profundizar previamente en el estudio de las **similitudes y divergencias** existentes entre los distintos sistemas jurídicos, con la finalidad de que al momento de la conformación de

⁵⁵ Alterini, Atilio A., Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, 1ª ed., Buenos Aires, 1970, N° 116, pág. 102.

una voluntad legislativa integrada, se puedan evitar o al menos disminuir los inconvenientes derivados de la imposición de instituciones ajenas o desconocidas en dichos estados.

En efecto, este estudio comparativo nos permitió trazar una **línea diferencial** entre los estados que han incorporado de manera expresa la figura de la imprevisión a sus códigos, con beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia (Argentina, Brasil y Paraguay); aquellos que carecen de una regulación expresa y la aplican por vía de interpretación, fundándose principalmente en el principio general de la buena fe (Uruguay y Venezuela); y aquellos que no la han incorporado legislativamente, porque defienden categóricamente el dogma de la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, los magistrados se muestran reacios a aplicar esta figura (Chile), aunque aún en estos países ya se vislumbran las primeras aproximaciones hacia su consagración jurisprudencial, como ya se señaló al desarrollar el sistema chileno. Estimamos que el aporte más destacado se ha realizado en **Argentina**, donde la figura se ha arraigado.

Luego de este recorrido por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países que integran el Mercosur, estamos en condiciones de afirmar que la **Teoría de la imprevisión** ha sido delineada con **rasgos similares** en todos los Estados miembro. Entre sus características más sobresalientes, podemos citar: 1) Desequilibrio entre las prestaciones sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato; 2) Onerosidad excesiva, que hace muy gravosa la ejecución de la prestación, aunque sea posible cumplirla o la torna exigua perjudicando gravemente al acreedor; 3) Imprevisibilidad y extraordinariedad del hecho que provocó el desequilibrio; 4) la resolución como remedio, pero también -y preferentemente-, el reajuste o modificación. 5) Exclusión del remedio cuando el desequilibrio está causado por culpa o mora de la propia víctima.

Aquí se justifica el estudio abordado desde la metodología del derecho comparado que hemos realizado, a través del cual pretendimos **analizar comparativamente** los sistemas jurídicos de los estados parte y asociados, presentarlos de modo **esquemático**, dando así el puntapié inicial para futuras investigaciones; siempre con la finalidad de alcanzar la sanción de **normativa común o comunitaria**.

Finalmente, siguiendo el pensamiento de destacada doctrina, concluimos este trabajo señalando que “Ese es el gran valor del Derecho Comparado, que nos permite contemplar las grandes corrientes de evolución jurídica, y aprovechar el ejemplo de las experiencias vividas en otros países, sin descuidar de ninguna manera los particularismos propios de la idiosincrasia de cada pueblo, cuya tradición tiene peculiaridades que harán que esas figuras reciban matices diferentes”⁵⁶.-

⁵⁶ Moisset de Espanés, Luis. EL CAMBIO SOCIAL Y EL DERECHO COMPARADO, Boletín Fac. Derecho Córdoba, año XLIV, 1980, p. 207.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- *ALTERINI, Atilio A.:
- "La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante", en L.L. 1980-C-1109.
- "Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship" en https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/material_docente/objeto/150228
- Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, 1ª ed., Buenos Aires, 1970, N° 116
- *ANDORNO, Luis O. "La teoría de la imprevisión", Zeus, T. 14.
- *BORDA, Guillermo A. "Teoría de la imprevisión", E.D. 30-827.
- *BORDA, Alejandro; "Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares", J.A. 10.04.2002.
- *BUERES, Alberto J. (dirección), HIGHTON Elena I. (coordinación). Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. T. 3C, Ed. Hammurabi-José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1999..
- *BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión, E.D. 95-757.
- *COLOMBO, Leonardo A.: Consideraciones sobre la denominada cláusula 'rebus sic stantibus', L.L. 98-737.
- *CONSTANTINESCO, L. J. , Introduzione al diritto comparato.
- *CORNET, Manuel. La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica. Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año Académico 2002).
- *Dalla Via, Alberto R. *El derecho público comparado*
[http://www.derechocomparado.org.ar/docs/EL_DERECHO_PUBLICO_COMPARADO actualizado.doc](http://www.derechocomparado.org.ar/docs/EL_DERECHO_PUBLICO_COMPARADO_actualizado.doc)
- *DAVID, René. *Traite élémentaire de droit civil comparé*. París. Pichon & Durand-Auzias, 1950.
- *DE GASPERI, Luis. "Tratado de Derecho Civil" (actualizado por Augusto M. Morello), T.E.A., Buenos Aires, 1964, T. I.
- *LARENZ, Karl:
- *Derecho de obligaciones*, tr. J. Santos Briz, Madrid, Rev de Derecho Privado, 1959, t. I,
- Metodología de la ciencia del derecho, Barcelona, Ariel, 2001.
- *LLAMBÍAS, Jorge J. "Código Civil Anotado", Edit. Abeledo Perrot, Obligaciones Tomo II – A.
- *MOISSET DE ESPANÉS, Luis:
- "El cambio social y el derecho comparado", Boletín Fac. Derecho Córdoba, año XLIV, 1980.
- "Imprevisión. Legislación de América del Sur". La primera versión de este trabajo apareció en el volumen 9, de la colección "Roma y América" y corresponde a la ponencia presentada en un seminario que se efectuó en Roma los días 13 y 14 de diciembre de 1993, bajo

el auspicio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); luego se le agregó el capítulo correspondiente a Uruguay en A.D.C. 1996-III, p. 1147-1181.

-Resolución por imprevisión e inflación, Semanario Jurídico, N° 21, 19/12/77.

*MOSSET ITURRASPE, Jorge; “Interpretación económica de los contratos”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1994.

*MORELLO, Augusto. La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato, J.A., 1976 - I - 678.

* RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Obligación como deber de conducta típica (la teoría de la Imprevisión en Chile)*, Editorial Salesiana, Santiago, Primera Edición, 1992.

*SPOTA, Alberto G. Imprevisión contractual y desvalorización o depreciación monetaria, J.A. 1965 - VI - 252.

*TALE, Camilo; “Lecciones de Filosofía del Derecho”, Editorial Alveroni, Córdoba 1995.

* VÍTOLO, Daniel Roque: El valor de la moneda y la imprevisión, L.L. 1981-D-868.

Páginas web consultadas:

<http://www.presidenciamercosur.org/quees.php?s=cifras>

<http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=315>

www.acaderc.org.ar

<http://www.tsj.gov.ve/index.shtml>

*** Normativa consultada**

- Códigos civiles de Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, Chile, Venezuela, Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia.
- Proyecto de Código Unificado 1998 (Argentina).
- Ley de unificación civil y comercial (1987-1991) (Argentina).
- Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo de 1889.
- Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo de 1940.
- Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP - V).
- Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, Viena 1980.
- Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT