

# La aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro país: riesgos y posibilidades

**Eduardo Benavides Torres**

Bachiller en Derecho

Al efectuar un repaso sobre los intensos debates que han precedido la incorporación de la "excesiva onerosidad" a los códigos de otros países, al recorrer un proceso marcado por fórmulas jurisprudenciales intermedias, ingeniosas construcciones doctrinales, discusiones interminables, fallos audaces de los tribunales, y luego contraponer esta experiencia con la recepción de la institución en nuestro derecho civil, el contraste es claramente chocante.

Frente al carácter "agónico" que tal consagración asumió particularmente en el caso del código Italiano y el Argentino, llama profundamente la atención la absoluta facilidad con la que el asunto "pasó" en la Comisión Reformadora y en la Revisora: ni discusiones encendidas ni críticas estridentes, en el camino previo. Tampoco atisbos en la jurisprudencia, ni fórmulas intermedias. Es cierto que en la aceptación de la figura pesaron decisivamente las opiniones de las autoridades jurídicas en obligaciones y contratos que conformaron la Comisión Reformadora —el Dr. Osterling, el Dr. León Barandiarán, el Dr. Arias Schreiber y el Dr. De la Puente— pero ello no invalida esta impresión, a primera vista, de que en nuestro caso pareciera haberse quemado etapas, pareciera haberse avanzado demasiado aprisa.

La consagración legislativa en el caso de otros países ha sido sólo el último peldaño en un arduo y prolongado camino, jalonado de marchas y contramarchas, y en el que la aceptación de la imprevisión se ha visto estimulada por la presencia de fenómenos desbordantes, grandes crisis económicas y sociales, situaciones ante las cuales la reacción del legislador fue entendida como la lógica respuesta del Derecho al desafío de la realidad, a las demandas de los actores. En nuestro caso, en cambio, el Derecho pareciera haberse adelantado a cualquier exigencia de la realidad. Ni pronunciamientos judiciales, ni reclamos de los juristas, excepción hecha de las propuestas de Osterling y de la Puente, la consagración legislativa de la institución ha obedecido más al elevado criterio de los codificadores que a presiones del medio.

Lejos estamos con estas reflexiones de pretender insinuar una suerte de "capitis diminutio" de la institución incluida en el Código, y mucho menos de reprochar como inadecuada tal inclusión. Diversos acontecimientos producidos en nuestro país durante los últimos años —inflación, devaluación de la moneda, terrorismo, el fenómeno del Niño, congelamiento de precios y alquileres, indexación, régimen de reajuste de capital para préstamos, régimen de alquileres del D.L. 21938, licencias de cambio para la importación, variación de los intereses, etc.— permiten presumir que existe suficiente fundamento como para lograr una aplicación suficiente de la figura.

Sin embargo, los riesgos que, en todo caso, lleva consigo la consagración legislativa de esta institución, por las delicadas facultades que se pone en manos de los jueces, se acrecientan por la escasa difusión del carácter y significado de la "excesiva onerosidad" en nuestro país. Este es el verdadero sentido de nuestra preocupación. El generalizado desconocimiento que existe sobre el tema, desafortunadamente tornado en confusión en muchos casos, se presenta como un peligro de aplicación equivocada del remedio. Para muchos, la "excesiva onerosidad" se pierde en medio de esa gama de remedios impuestos por la equidad (abuso del derecho, lesión, enriquecimiento indebido, etc.) y se diluye en medio de una serie de facultades genéricas del juez para reconstruir el contrato según la justicia del caso.

Todavía cuando se habla de "excesiva onerosidad" percibimos invariablemente un estremecimiento de temor en nuestro interlocutor, quien ve en ésta una peligrosa atribución de poderes al juez, que podría destruir arbitrariamente la relación y generar una corriente de inseguridad. Ciertamente los jueces podrían sentirse tentados de hacer un uso indiscriminado de las facultades conferidas y los litigantes podrían creer que por esta vía puede evitarse el cumplimiento siempre que asome alguna dificultad en la ejecución de su prestación.

En 1942, un notable partidario del instituto y propulsor de las nuevas tendencias en el Derecho Contractual, Enrique García Sayán<sup>1</sup>, nos advertía contra la posibilidad de dar cabida a la revisión en nuestro código, pues "sería singularmente peligroso en un país como el nuestro que todavía no cuenta, por lo general, con una magistratura lo suficientemente ilustrada para manejar instituciones tan expuestas, y en el que el sistema de nombramientos permite, muchas veces, que actúen en las designaciones judiciales, influencias políticas o intereses locales". Para García Sayán la institución sólo podía "encontrar justificación y dar los resultados esperados, en medios de cultura jurídica superior", por requerir fundamentalmente una "magistratura judicial con alto grado de independencia y discernimiento". "Por ahora no parece, pues, que estemos en condiciones de incorporar a nuestro derecho codificado un texto semejante al polaco o al italiano", concluía el gran jurista.

Cuarenta años después, la reflexión es inevitable, ¿ha cambiado tanto nuestra magistratura judicial como para restar vigencia a las palabras de García Sayán? Sin duda, más allá, de la depurada técnica de los artículos pertinentes del Código Civil, del intachable espíritu de la institución, no podemos cerrar los ojos a los enormes riesgos que podrían estar implicados en una aplicación judicial inapropiada de la solución. Los reparos de García Sayán se traducen hoy en una reacción generalizada de temor y desconcierto, de suspicacias y recelos por parte de nuestros letrados ante la sola mención del tema. Para la mayoría se trata de un remedio perfecto, soberbio, irreprochable, pero cuya aplicación debe dejarse al juez helvético o al británico, cuya cultura, equilibrio y ponderación garantizan una justa aplicación del remedio. "Magno y al mismo tiempo peligroso instituto" se dice, repitiendo a Meeiros. El acoger esta figura en nuestro país, se piensa, podría comprometer seriamente la estabilidad de los negocios y dar lugar a la arbitrariedad del juez, a quien se proporcionaría "un instrumento demasiado a la mano para inmiscuirse a menudo en las relaciones contractuales".<sup>2</sup>

En el seno de la propia Comisión Revisora se escucharon voces atemorizadas ante la perspectiva de una posible proliferación de juicios y un debilitamiento del vínculo contractual. Finalmente, y afortunadamente, tales temores no prosperaron, y se respetó la propuesta de la Comisión Reformadora, con algunas precisiones.

Claro está esta generalizada desconfianza hacia la labor judicial en nuestro país no es gratuita. Por el contrario, ha sido alimentada durante años por desaciertos judiciales, extralimitaciones insólitas, fallos equivocados cuando no impertinentes o manifiestamente contrarios a derecho.

Sin embargo, cabe advertir que muchos de estos temores y reparos se basan en una imagen inexacta del instituto, imagen deformada a través de su paso por la "cláusula" y la "teoría de la imprevisión", la "imposibilidad económica" y la libre revisión según la buena fe, hasta casi convertirse en una sombra chinesca. Los recelos de García Sayán y de muchos juristas, serían comprensibles si de lo que se tratara es de otorgar amplios poderes a los jueces para revisar la relación, estableciendo una justa equivalencia de las prestaciones según su criterio muy personal de equidad. No es este el poder que recibe el juez en los artículos 1440 y siguientes. Por el contrario, estas normas conceden facultades restringidas al juez, le señalan claramente los requisitos y supuestos que permiten su intervención y le muestran un campo de acción debidamente acotado y limitado.

A este respecto, hay que volver a enfatizar que no toca al juez regular el contrato con equidad, configurar nuevamente las prestaciones ni restablecer siquiera el equilibrio contractual, objetivo o subjetivo, como han creído Borda y algunos autores. Las facultades del juez, y ello aparece claramente del 1440, se limitan a expurgar de la relación el grado o proporción de onerosidad que permita que ésta deje de ser excesivamente onerosa sin dejar de ser onerosa. Con ello se responde al fundamento de la institución que es la desaparición de la base del negocio y no la simple ruptura de la equivalencia entre las prestaciones. Con ello se logra, al mismo tiempo, un justo equilibrio entre los intereses de ambas partes. El propósito de la revisión no es colocar al contratante perjudicado en mejor posición que la del contratante beneficiado. A esta misma conclusión han llegado los tribunales alemanes, italianos y argentinos, sin contar con una norma de la precisión del 1440, al igual que tratadistas como Llambias, López de Zavalía, Morello y Busso.<sup>3</sup>

A pesar de ser moderados los poderes que el código confiere al juez, éste disfruta de suficiente libertad como para apreciar y decidir en torno al carácter extraordinario e imprevisible de los acontecimientos sobrevinientes, como también para determinar si la one-

1. García Sayán, Enrique: "Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y la Legislación Peruana", Lima, Ed. Lumen, 1942, p. 157-158.

2. García Sayán, p. 158.

3. Llambias, Jorge, citado por Mosset Iturraspe, Jorge — Jortack, Víctor: "Indexación, Abuso y Desindexación", Santa Fe, Rubinzal — Culzoni Editores, 1982, sostiene que se debe restablecer el convenio en condiciones tales que, manteniéndose en lo posible la ecuación de las prestaciones, se elimine la estridencia de la desproporción entre ellas "que es lo que ha hecho necesario acudir al remedio". "El resultado será que el evento acontecido seguirá actuando a favor del acreedor y contra el deudor, aunque no con la brutal intensidad de los hechos ocurridos, y a la postre el acreedor habrá realizado un buen negocio como el deudor un mal negocio, pero en términos aceptables (...) La teoría de la imprevisión no es un dispositivo que le permita a alguien desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia".

rosidad sobrevenida sobre la prestación es o no excesiva. En relación a estos factores, aún cuando existan reglas valiosas, el criterio del juez en relación a las circunstancias concretas y el contenido del contrato es decisivo.

Pero a pesar del carácter limitado de las normas sobre excesiva onerosidad, siempre existe el riesgo de que el juez pretenda sustituir la decisión de las partes, atribuyéndose facultades al margen o en contra de lo establecido por la ley. La aparición de una figura nueva de tales características puede siempre provocar un exceso de simpatía y una aplicación desmesurada, de manera que el juez se sienta tentado de recurrir a ella en casos en los que no se dan los supuestos y en lo que incluso podría no haberse demandado expresamente tal remedio.

La solución frente a tales peligros nunca está en objetar el principio o atacar el derecho, sino en corregir el abuso que pudiera hacerse de él. El juez que pretende asumir facultades generales de revisión, se sale fuera del marco legal e incurre en conducta arbitraria y contraria a lo señalado en la ley. Tal riesgo se da cada vez que el juez administra justicia y en situaciones incluso hartas más delicadas. En lugar de resignarnos a lo peor, la solución está en instar a nuestros jueces a obrar con prudencia y parsimonia, a tener siempre en mente que se trata de un remedio excepcional, heroico y que el principio y regla general deberá ser siempre la obligatoriedad de los contratos. Las exigencias de Hedemann<sup>4</sup> de "jueces enérgicos y conscientes de su responsabilidad", y aquellas de Rezzónico<sup>5</sup>, de "jueces vivos y sagaces, no pasivos e inanimados", resultan particularmente aplicables en el manejo del instituto. En su delicadísima misión, nuestros jueces deben obrar con suma cautela, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, el fin del negocio y el contenido del contrato, haciendo acopio de ecuanimidad, conciencia, aplomo y responsabilidad.

En cuanto a las premoniciones que auguraban un semillero de juicios como resultado de la recepción de la excesiva onerosidad, los hechos han demostrado la falta de sustento de tales pronósticos. A casi tres años de haber entrado en vigencia el Código Civil, lejos de

haberse producido una proliferación inusitada de acciones sobre la materia, son muy raras las demandas interpuestas sobre el particular, lo cual además impide un análisis de la conducta de nuestros jueces en torno a la cuestión.

Tampoco parece justificado premunirse contra una probable aplicación exagerada de la figura. La tendencia en Italia y Argentina, luego de la inclusión de la institución en los respectivos códigos, fue más bien en sentido contrario, al menos inicialmente. Mientras la jurisprudencia italiana llegó a una aplicación restringida del 1467, dejando fuera los casos de devaluación monetaria, su contraparte argentina describió una propensión inicial hacia una aplicación diminuta del 1198, distinguiendo deudas de valor y deudas dinerarias, derechos fluyentes y no fluyentes, etc. Por ello, Carlomagno<sup>6</sup> reclamaba un "uso intenso de las facultades que la investidura judicial otorga, instando a tener confianza en los jueces y ellos a merecerla". Decía el tratadista Argentino que "sintiendo el 'pathos' la pasión de su augusta tarea" el juzgador debía "aún desde tan alto sitio, también y con mayor razón" luchar por el derecho no dejando que únicamente lo hicieran los litigantes y sus letrados.

Sin duda, mientras quienes apliquen justicia sean seres humanos, los fallos en materia de excesiva onerosidad, como en cualquier otro asunto, serán susceptibles de errores y desaciertos. Las comisiones reformadora y revisora han hecho su parte, poniendo a nuestro alcance un texto que se coloca a la cabeza de las normas del derecho comparado sobre excesiva onerosidad y que se ofrece como ejemplo a seguir para las futuras legislaciones. Ahora, como diría Casiello "... el resto queda librado a la inteligencia y a la discreción de los jueces, que si ahora cuentan de manera expresa (...) con un nuevo y valioso instrumento para hacer justicia en el caso concreto, también deben meditar que si no hacen uso de él con ponderación suma, acabarán por lesionar gravemente otros valores—seguridad, certeza, confianza en el contrato—jerárquicamente inferiores al valor justicia, es verdad, pero, a la vez, sustento natural del orden jurídico dinámico e indispensable en la vida de relación".<sup>7</sup>

4. Hedemann, J.W.: "Derecho de las Obligaciones", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, Vol. III, p. 151.

5. Rezzónico, Luis María: "La Fuerza Obligatoria del Contrato y la Teoría de la Imprevisión", Buenos Aires, Perrot, 1954, p. 152.

6. Carlomagno, Adelqui: "Algo más sobre la Imprevisión", Revista de Jurisprudencia Argentina, tomo 1961—IV, Buenos Aires, p. 78.

7. Casiello, Juan José: "La Teoría de la Imprevisión en la Reciente Reforma del Código Civil", Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 131, JI—Spt. 1968, Buenos Aires, p. 1501.