

# LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LA EMERGENCIA ECONÓMICA

Por Manuel Cornet

Sumario: I. Introducción. II. Cláusula "rebus sic stantibus". III. Acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. IV. Circunstancias en las que se puede invocar la figura. V. Validez de las cláusulas de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión. VI. La excesiva onerosidad sobreviniente. VII. Mercosur. VIII. Supuestos de resolución por imprevisión. IX. Obligación restitutoria. X. La invocación del ejercicio abusivo del derecho y del enriquecimiento sin causa. XI. La mora y la imprevisión. XII. Evolución jurisprudencial de la imprevisión en nuestro país. XIII. Prescripción.

## I. Introducción

Con la salida de la convertibilidad dispuesta por la ley 25.561 volvió a tener mucha actualidad la teoría de la imprevisión que los argentinos habíamos conocido y aplicado en forma creciente a partir del año 1975 con el famoso "Rodríguez" y teniendo en cuenta lo ocurrido en la República en los últimos treinta años, desgraciadamente a esta película ya la vimos, ya nos tocó padecer fenómenos extraordinarios e imprevisibles que tornan excesivamente onerosa la prestación para alguna de las partes en un contrato conmutativo.

Coincidiendo con Hirschberg "debemos aprender las lecciones que nos enseña la historia [...] Debemos recordar la advertencia de Santayana,

quien dijo que quienes no aprenden de la historia están destinados a padecer las experiencias del pasado<sup>1</sup>.

Para abordar el tratamiento de la imprevisión debemos partir del tema de la causa fin del contrato, que es uno de los más controvertidos de la literatura jurídica, ríos de tinta se han vertido en la materia<sup>2</sup>.

Por fin del contrato, para Luis Diez Picazo en su Prólogo a la obra de Vicente Espert Sanz *La frustración del fin del contrato*<sup>3</sup>, debe entenderse: "el propósito a que el contrato sirve dentro de la vida real, es decir, el resultado empírico o práctico que en orden a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar".

Siguiendo al jurista español hay que deslindar el concepto de "fin del contrato" de "móvil" o "motivo". El móvil o motivo es algo subjetivo irrelevante y remoto, por cuanto ha permanecido dentro de la esfera interna de cada contratante y no ha llegado a ser revelado o manifestado expresamente, ni ha podido tampoco inducirse su existencia.

En cambio, el fin del contrato, en cuanto resultado empírico pretendido o conjunto de representaciones mentales de las metas a que se aspira, o bien es común a ambos contratantes, o bien siendo peculiar y particular de uno solo de ellos ha sido por éste revelado o manifestado al otro.

Como denominador común del neocausalismo, cabe señalar en su defensa el valor del elemento esencial de los contratos denominado causa, con un sentido teleológico, que lo ve como la finalidad o razón de ser del acto.<sup>4</sup>

La causa es la voluntad de obtener el cumplimiento de la prestación prometida en cambio, o sea, que no lo es la prestación u obligación de la contraparte, sino el cumplimiento de la obligación, la ejecución de la prestación prometida.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Eliyahu Hirschberg, *El principio nominalista*, traducción del inglés de Jorge Manuel Roimisier y Mónica G. Cohen de Roimisier, Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 45.

<sup>2</sup> Juan Manuel Aparicio, *Contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 275.

<sup>3</sup> Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, pág. 10.

<sup>4</sup> Federico Videla Escalada, *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 60.

<sup>5</sup> Videla Escalada, trabajo citado, pág. 61.

Queda así superada, afirma Videla Escalada, la posible confusión entre causa y objeto —ya que aquélla aparece como la voluntad de obtener el cumplimiento de la prestación— y, por otra —proyecta la influencia de la causa hasta que se hayan producido los efectos acordados.

En los contratos bilaterales, situados en el terreno económico, esa fuerza es la equivalencia, pero, dada la preeminencia de la voluntad en el ámbito contractual, se trata en rigor, de una equivalencia querida o deseada.

La causa es, precisamente, el equivalente querido, una noción que se integra con un elemento objetivo, la equivalencia, y uno subjetivo, la voluntad de los contratantes.<sup>6</sup>

Define la causa final Garibotto como la finalidad que, mediante la celebración de un acto jurídico, explica y justifica el establecimiento de relaciones jurídicas entre personas, o, precisando más aún el concepto, es la representación anticipada que el o los otorgantes del acto tienen de la finalidad que persiguen mediante su realización y que los determina a celebrar ese acto jurídico.<sup>7</sup>

Es lo que mueve o determina a obrar a la persona, es lo que mueve a la voluntad humana, dirige su actividad.

Expresa Brebbia "que cuando se alude al fin del negocio, se está refiriendo a la causa fin del acto jurídico y que, por tanto, decir que el fin del negocio se frustró, es lo mismo que aseverar que quedó sin causa y que, en consecuencia, falta un requisito esencial para que el negocio siga existiendo".<sup>8</sup>

Para el maestro santafesino, la finalidad inmediata u objetiva está constituida, en los contratos de prestaciones recíprocas, por la espera de cumplimiento de las prestaciones que se deben entre sí las partes; y en los actos gratuitos, por la finalidad de beneficiar que persigue una de las partes, que otorga una ventaja a la otra sin recibir nada a cambio.

"La finalidad *mediata o subjetiva*, en cambio, debe tener forzosa-mente en cuenta para establecer la falta de causa, la falsa causa y la causa ilícita, immoral o contraria a las buenas costumbres. Y a ello agregamos, para determinar la existencia de la frustración del fin del contrato, que es el tema que nos ocupa. Con respecto a la causa fin subjetiva debe señalarse que no se confunde con los motivos, que son los

<sup>6</sup> Videla Escalada, trabajo citado, pág. 62.

<sup>7</sup> Garibotto, trabajo citado, pág. 65.

<sup>8</sup> Roberto Brebbia, "La frustración del fin del contrato", *LL*, 1991-B-876.

móviles que se refieren al pasado y que constituyen los antecedentes del acto, vgr. se compra un caballo porque se cree perdido el que se tenía. Los móviles a tener en cuenta son aquellos que penetran en el porvenir, o sea la causa final de los glosadores, vgr. se compra un caballo para destinarlo a tirar un carro".<sup>9</sup>

Siguiendo a Garibotto<sup>10</sup>, al derecho, ciencia práctica por excelencia, sólo le interesan nociones que pueden tener una aplicación, o sea, que trasciendan de lo meramente especulativo o académico, y, de allí, que resulte necesario examinar la funcionalidad de la noción de causa final.

La causa final directa o inmediata cumple, primordialmente, una función de protección individual, pues, en nuestra opinión lleva ínsita, en los actos bilaterales, la equivalencia relativa de las prestaciones, en tanto que en los actos unilaterales importa el respeto de la voluntad del otorgante.

"En los contratos sinalagmáticos, la prestación de una de las partes y la contraprestación de la otra integran la 'causa fin'; al frustrarse el sinalagma funcional, la relación queda privada de causa fin pero no de causa fuente. Esa persistencia de la causa fuente es la que justifica el mantenimiento de las prestaciones cumplidas en los contratos de tracto sucesivo o en el caso de prestaciones divisibles [...]"<sup>11</sup> y que se rijan por el régimen de los contratos.

En marzo de 1991 se dicta la ley 23.928 conocida como ley de convertibilidad, que estableció que nuestro dinero era convertible con el dólar de los Estados Unidos de América (art. 1°), y con relación al cumplimiento de la obligación dineraria estableció en forma expresa el nominalismo, prescribiendo en el art. 7° que "el deudor de una obligación de dar una suma de dinero determinada de australes (hoy pesos), cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada [...]".

Asimismo prescribió "[...] En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral (hoy pesos) [...]" (art. 7°).

<sup>9</sup> Brebbia, trabajo citado en nota anterior.

<sup>10</sup> Trabajo citado, pág. 67.

<sup>11</sup> Luis Moisset de Espanés, *Estudios de derecho civil. Cartas y polémicas*, Víctor P. de Zavalía, Córdoba, 1982, pág. 138.

Esta ley implicó un retorno a lo clásico, al nominalismo, que sin ninguna duda es la solución justa y sobre todo sencilla, siempre y cuando no se altere en el tiempo el valor del dinero que nos interesa, que es el de cambio.

El principio nominalista ha prevalecido en la legislación comparada. Lo adoptan los códigos francés (art. 1895), español (art. 1170), italiano de 1942 (art. 1277), portugués de 1967 (art. 550), uruguayo (art. 2199), colombiano (art. 2224, 1ª parte), venezolano (art. 1737), ecuatoriano (art. 2129), panameño (art. 1057), salvadoreño (art. 1957), hondureño (arts. 1435 y 1932), guatemalteco (art. 1395), boliviano de 1975 (art. 404), canadiense de Quebec de 1980 (art. 1779), peruano de 1984 (art. 1234), paraguay de 1987 (art. 474), cubano de 1988 (arts. 240, ap. 1°, y 379), etcétera.

Jurídicamente, la ley de convertibilidad significó una positiva contribución para retornar plenamente a un nominalismo que nunca fue abandonado en la letra de la ley<sup>12</sup>.

Para que los argentinos volviésemos a tener confianza en nuestra moneda se consagró en el artículo primero la convertibilidad del austral con el dólar de Estados Unidos de América a partir del 1 de abril de 1991, y lo cierto es que durante una década se utilizó en forma indistinta el peso o el dólar y, en muchos casos había dificultades en abonar con moneda extranjera<sup>13</sup>.

"Dado el diferente régimen jurídico aplicable al austral antes y después de su convertibilidad, considérase a todos sus efectos como una nueva moneda [...]" (art. 12, ley 23.928).

Las modificaciones de la ley 23.928, además de ser importantes, resultaron valiosas, los argentinos vivieron sin moneda durante muchos años<sup>14</sup>.

Durante la década que rigió la ley 23.928 el dinero dejó de ser una preocupación de doctrina y jurisprudencia, ello se advierte en la consulta de los repertorios en donde, salvo los casos cada vez menores de aplicación de la desindexación, que viene de antes de la ley 23.928 y para lo cual se dictó la ley 24.283, prácticamente no se encontraba nada relacionado con el valor de la moneda.

<sup>12</sup> López Cabana, trabajo citado, pág. 439.

<sup>13</sup> Ello siempre que no se hubiese pactado el pago en moneda extranjera.

<sup>14</sup> Compagnucci de Caso, trabajo citado *supra*.

no alterarse el valor de la moneda por haber desaparecido la inflación, algo que era casi imposible de creer para los argentinos de más de cincuenta años de edad, el dinero cumplió eficazmente con sus funciones. El peso convertible era una medida de valor que no se alteraba, lo que permitió que cumpla con sus otras dos funciones esenciales, el ahorro y el pago.

Las "circunstancias" hemos entendido el medio ambiente en el que se encuentra el contrato.<sup>16</sup>

El contrato nace inmerso en un mundo que el jurista tucumano expresando que el contrato nace inmerso en un mundo, no desconectado de ella, con un colorido individual, que lleva consigo un caso único.

Los contratos a-espaciales o a-temporales, ni siquiera indefinidamente.

#### Clausula "rebus sic stantibus"

Expresa Brebbia: "Este brocardo constituye tal vez el intento de expresión más antiguo de la razón por la cual el cambio de las circunstancias imperantes en el momento de la celebración del contrato puede dar lugar a su revisión o terminación".

La doctrina sostiene que el contrato obliga mientras las cosas permanecen en el mismo estado en que se hallaban cuando se celebró el contrato (*rebus sic stantibus*).

El deber de renegociar el contrato deriva de la regla de buena fe que establece *pacta sunt servanda*, se entiende pero *rebus sic stantibus* (siempre que las cosas sigan siendo así).

La jurisprudencia ha sido clara al respecto, así: "La pacta sunt servanda o respeto de la palabra empeñada (art. 1197, Cód. Civil), que constituye el fundamento moral de la fuerza vinculativa de los contratos; debe interpretarse 'rebus sic stantibus', es decir, en tanto y en

### III. Acontecimientos extraordinarios e imprevisibles

Un mes antes del dictado de la ley de emergencia, el 3 de diciembre de 2001, el gobierno del Presidente de la Rúa dicta el Decreto 1570/2001 creando una serie de restricciones al uso del dinero depositado en las entidades financieras, el famoso "corralito", mediante el cual se prohibían los retiros en efectivo que superen los pesos doscientos cincuenta o dólares doscientos cincuenta por semana, y se prohibían las transferencias al exterior.

El 20 de diciembre de 2001, luego de varios días de agitación social, renunciaba el Presidente de la Rúa y horas antes lo había hecho el Ministro de Economía Domingo F. Cavallo.<sup>17</sup>

A los pocos días de asumir el Presidente Duhalde, el Congreso, ignorando la realidad legal y sobre todo las normas que casi el mismo Congreso había consagrado meses antes, sanciona la ley 25.561 que deroga los artículos 1º, 2º, 8º, 9º, 12 y 13, y modifica los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 10 de la ley 23.928.

Con la derogación de los artículos 1º y 2º de la ley 23.928 se pone fin a la convertibilidad del peso con el dólar de los Estados Unidos de América y se faculta 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).

Con la modificación del artículo 4º de la ley 23.928 se pone fin al compromiso de mantener reservas de libre disponibilidad en oro y divisas extranjeras equivalentes al ciento por ciento (100%) de la base monetaria, pudiendo ahora emitirse billetes, lo cual hace temer que el gobierno recurra a emisiones incontroladas como en el pasado y con ello el retorno de la inflación.

<sup>17</sup> Con sus medidas de gobierno el ex Presidente De la Rúa se conducía como un "autista", o sea, concentración habitual de la atención de una persona en su propia intimidad, con el consiguiente desinterés respecto del mundo exterior.

del 05/07/91.

Mano J. López de Zavallía, Teoría de los contratos, Zavallía, Buenos Aires, 1984, tomo I, pág. 262.

Pese a la modificación del artículo 7°, se mantiene el principio nominalista en el cumplimiento de las obligaciones de dar dinero y se mantiene la prohibición de actualizar, indexar o repotenciar la deuda.

Como expresa Compagnucci de Caso, no resulta razonable que a los pactos anteriores se los transforme de una moneda a otra mediante una especie de pase de magia legislativa, y por otra parte, quede permitido de aquí en más acordar una obligación a pagar en moneda extranjera, y es por ello la enorme confusión que tienen los particulares y aun los hombres de derecho.<sup>18</sup>

Las deudas exigibles desde la fecha de promulgación de la ley en moneda extranjera entre los particulares, sometidos a normas de derecho privado, se pesifican a la relación de cambio *un peso = un dólar estadounidense* en concepto de pago a cuenta, y se establece un procedimiento de reestructuración mediante negociación entre las partes, a los fines de compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio.

Por sucesivos decretos<sup>19</sup> del Poder Ejecutivo y resoluciones del Ministerio de Economía se pesificaron y en su caso reprogramaron los depósitos existentes en el sistema bancario.

El decreto 214/02 establece una "pesificación" obligatoria, las partes no la pueden dejar de lado, salvo su inconstitucionalidad, el juez puede actuar de oficio, aunque creo que si las partes, pese a la pesificación, abonan en la moneda pactada, estarían cumpliendo con una obligación natural.

Como expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso "Smith" del 1 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.

Los depósitos en dólares u otras monedas extranjeras en el sistema financiero se convierten a pesos a razón de pesos uno con cuarenta (\$ 1,40) por cada dólar estadounidense<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Rubén Compagnucci de Caso, "La contratación privada y el Decreto 214/2002", *LL*, 23.04.02.

<sup>19</sup> El Decreto Reglamentario 71/2002 modificado por Decreto N° 141/02; Resolución 6/2002; Resolución 9/2002; Resolución 10/2002; Resolución 18/2002; Resolución 23/2002; Decreto 214/2002; etcétera.

<sup>20</sup> Artículo 2° del Decreto 214/2002.

Todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen —judiciales o extrajudiciales— expresadas en dólares estadounidenses, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25.561, quedan transformadas a pesos<sup>21</sup> a razón de *un dólar estadounidense* (U\$S 1) = *un peso* (\$1)<sup>22</sup> y se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de referencia (CER) que publicará el Banco Central de la República Argentina<sup>23</sup>.

La Resolución 47/2002 establece que el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) se compone por la tasa de variación diaria obtenida de la evolución mensual del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) publicado por el INDEC.

La corrección por CER sólo puede hacerse sobre el precio "pesificado", es decir, deuda en dólares con anterioridad a la ley de emergencia 25.561. El CER no es pactable, sino una cláusula correctiva legal.

El decreto 214/02 en su art. 4° chocha con una ley de orden público. No tiene sustento legal ni constitucional.

El legislador crea el nominalismo y lo destruye. La Resolución 47/2002 constituye un regreso a la indexación a través del índice de precios al consumidor.

El artículo 8° se refiere a las deudas no vinculadas al sistema financiero, lo que se podría traducir como aquellas obligaciones en cuya relación jurídica no resulta parte un banco o una entidad de crédito<sup>24</sup>.

El análisis que realiza Compagnucci de Caso del art. 8° del decreto 214/2002 es terminante en relación a las imprecisiones y los problemas e injusticias que traerá aparejado.

Basta para ejemplo el caso que el ajuste sólo se puede reclamar una vez al año, cálculo que se produce "*ex nunc*", es decir hacia el futuro, por lo cual el año transcurrido de depreciación caerá en saco roto y será soportado por el acreedor del dinero.<sup>25</sup>

El artículo 11 establece que las deudas en dólares u otra moneda extranjera transmitidas a fideicomisos o propiedad fiduciaria (léase fondos

<sup>21</sup> Artículo 1° del Decreto 214/2002.

<sup>22</sup> Artículo 8° del Decreto 214/2002.

<sup>23</sup> Artículo 4° del Decreto 214/2002.

<sup>24</sup> Rubén Compagnucci de Caso, "La contratación privada y el decreto 214/2002", *LL*, 23/04/2002.

<sup>25</sup> Rubén Compagnucci de Caso, "La contratación privada y el decreto 214/2002", *LL*, 2002-C-987.

de inversión) seguirán el régimen de los arts. 3° y 4° del decreto (pesificación, con más CER y tasa máxima de intereses).

El 6 de mayo de 2002 el P.E. dictó el Decreto 762/2002, por el cual se exceptúa de aplicación del CER a todos aquellos préstamos otorgados a personas físicas por entidades financieras, sociedades cooperativas, mutuales o por personas físicas o jurídicas de cualquier naturaleza que se enumeran en la norma, y luego se dictó la ley 25.713<sup>26</sup> que establece en su artículo 1° la regla de aplicación del CER a partir del 3 de febrero de 2002, y en los artículos 2° y 3° las excepciones, las que conforme el artículo 4° se actualizarán en función de la aplicación de un Coeficiente de Variación de Salarios (CVS).

El dólar estadounidense se cotiza libremente, y nuestra moneda a lo largo del año 2002 perdió en gran medida poder adquisitivo con relación a divisas extranjeras, y al promediar el año 2003 se encuentra estabilizado a \$ 2,80 por Dólar de Estados Unidos de América.

#### IV. Circunstancias en las que se puede invocar la figura

Es de la esencia de todo contrato conmutativo de intercambio la equivalencia o equilibrio de las prestaciones.

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 Aristóteles<sup>27</sup>.

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 algo diferente que en algún modo corresponde a lo que se entrega, que lo compense desde algún punto de vista. Es decir, se trata de recibir no lo mismo, sino algo equivalente, que valga en algún respecto lo mismo. Para medir la magnitud de valor de una cosa en relación con otra diferente, hace falta una unidad de medida.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Sancionada el 28/11/2002, promulgada el 08/01/2003 y publicada en el B.O. el 09/01/2003.

<sup>27</sup> Camilo Tale, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995, págs. 172 y 173.

<sup>28</sup> Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1979, pág. 313.

Siguiendo a Morello, hay un conjunto de presupuestos que se supone que existen y están condicionando la viabilidad de la actuación de la teoría de la imprevisión: un contrato bilateral, es decir, que origina obligaciones corresponsivas, 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 (o sea que medie plazo), y variaciones económicas imprevisibles y extraordinarias que ponen en peligro a la ecuación contractual empujándola hacia su frustración.<sup>29</sup>

El Código argentino no incluyó entre las clasificaciones de los contratos (arts. 1138 a 1143), la de conmutativo, aunque se refirió a los aleatorios mucho más adelante, en el art. 2051<sup>30</sup>.

La ley de emergencia 25.561 en su artículo 11 hace una remisión al artículo 1198 del Código Civil 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 para dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido.

Un hombre previsor, de haber conocido por anticipado lo que sucedió en la Argentina entre diciembre de 2001 y enero de 2002, habría procedido del siguiente modo: hubiera convertido todo su patrimonio en dólares y lo habría retirado de los bancos para guardarlo en el "colchón" o en caja de seguridad.

Para nuestra opinión, si cuando se contrató existía una paridad uno a uno (ley 23.928) y con posterioridad se produjo una fuerte devaluación con mercado libre (con flotación sucia), estamos ante un caso de imprevisión, ya que el contrato era originariamente conmutativo, esto es, se conocían las ventajas o sacrificios de cada parte al perfeccionarlo, como la compraventa o préstamo, se convierte en "aleatorio", o sea que sus ventajas o pérdidas —para ambos contratantes o para uno solo de ellos— pasan a depender de un acontecimiento incierto (art. 2051, C. C.).

<sup>29</sup> Augusto M. Morello, *Ineficacia y Frustración del Contrato*, Platense, La Plata, 1975, pág. 205, nota 265.

<sup>30</sup> Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, págs. 298/299.

de inversión) seguirán el régimen de los arts. 3° y 4° del decreto (pesificación, con más CER y tasa máxima de intereses).

El 6 de mayo de 2002 el P.E. dictó el Decreto 762/2002, por el cual se exceptúa de aplicación del CER a todos aquellos préstamos otorgados a personas físicas por entidades financieras, sociedades cooperativas, mutuales o por personas físicas o jurídicas de cualquier naturaleza que se enumeran en la norma, y luego se dictó la ley 25.713<sup>26</sup> que establece en su artículo 1° la regla de aplicación del CER a partir del 3 de febrero de 2002, y en los artículos 2° y 3° las excepciones, las que conforme el artículo 4° se actualizarán en función de la aplicación de un Coeficiente de Variación de Salarios (CVS).

El dólar estadounidense se cotiza libremente, y nuestra moneda a lo largo del año 2002 perdió en gran medida poder adquisitivo con relación a divisas extranjeras, y al promediar el año 2003 se encuentra establecido a \$ 2,80 por Dólar de Estados Unidos de América.

#### IV. Circunstancias en las que se puede invocar la figura

Es de la esencia de todo contrato conmutativo de intercambio la equivalencia o equilibrio de las prestaciones.

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 Aristóteles<sup>27</sup>.

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 algo diferente que en algún modo corresponde a lo que se entrega, que lo compense desde algún punto de vista. Es decir, se trata de recibir no lo mismo, sino algo equivalente, que valga en algún respecto lo mismo. Para medir la magnitud de valor de una cosa en relación con otra diferente, hace falta una unidad de medida.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Sancionada el 28/11/2002, promulgada el 08/01/2003 y publicada en el B.O. el 09/01/2003.

<sup>27</sup> Camilo Tale, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995, págs. 172 y 173.

<sup>28</sup> Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1979, pág. 313.

Siguiendo a Morello, hay un conjunto de presupuestos que se supone que existen y están condicionando la viabilidad de la actuación de la teoría de la imprevisión: un contrato bilateral, es decir, que origina obligaciones corresponsivas, recíprocas; oneroso, en cuanto las dos partes adquieran 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 (o sea que medie plazo), y variaciones económicas imprevisibles y extraordinarias que ponen en peligro a la ecuación contractual empujándola hacia su frustración.<sup>29</sup>

El Código argentino no incluyó entre las clasificaciones de los contratos (arts. 1138 a 1143), la de conmutativo, aunque se refirió a los aleatorios mucho más adelante, en el art. 2051<sup>30</sup>.

La ley de emergencia 25.561 en su artículo 11 hace una remisión al artículo 1198 del Código Civil cuando establece que las partes deberán negociar la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procuran-do 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 para dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido.

Un hombre previsor, de haber conocido por anticipado lo que sucedió en la Argentina entre diciembre de 2001 y enero de 2002, habría procedido del siguiente modo: hubiera convertido todo su patrimonio en dólares y lo habría retirado de los bancos para guardarlo en el "colchón" o en caja de seguridad.

Para nuestra opinión, si cuando se contrató existía una paridad uno a uno (ley 23.928) y con posterioridad se produjo una fuerte devaluación con mercado libre (con flotación sucia), estamos ante un caso de imprevisión, ya que el contrato era originariamente conmutativo, esto es, se conocían las ventajas o sacrificios de cada parte al perfeccionarlo, como la compraventa o préstamo, se convierte en "aleatorio", o sea que sus ventajas o pérdidas —para ambos contratantes o para uno solo de ellos— pasan a depender de un acontecimiento incierto (art. 2051, C. C.).

<sup>29</sup> Augusto M. Morello, *Ineficacia y Frustración del Contrato*, Platense, La Plata, 1975, pág. 205, nota 265.

<sup>30</sup> Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, págs. 298/299.

Como expresara el Despacho de la Comisión 3ª de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, setiembre de 1993): "Cuando la situación de emergencia económica afecta las bases subjetivas u objetivas del negocio, el perjudicado puede utilizar los remedios que el ordenamiento positivo le brinda".

Es indudable que en la situación de emergencia, estamos frente a circunstancias extraordinarias, frente a una necesidad colectiva súbita y grave. La jurisprudencia, luego del famoso "Rodríguez" resolvió<sup>31</sup>:

"5. Para la calificación de imprevisibilidad de la carga onerosa sobrevenida para una de las prestaciones del contrato, no es necesario atenderse únicamente a los casos de guerra o catástrofes similares, pues es extraordinario y no posible de prever un acto de política económica gubernamental que desentaje con violencia y estrepitosamente la previsible y corriente depreciación monetaria.

6. En junio de 1975, debido a medidas de gobierno, hubo un alza anormal en la corriente y ya acostumbrada inflación de nuestra economía, por la que se llegó a producir un acontecimiento extraordinario e imprevisible, incluso para quienes se ocupan empresarialmente de la construcción inmobiliaria.

7. Las medidas de gobierno, cambiarias y de todo tipo, enunciadas y tomadas en junio de 1975 por el Ministerio de Economía, importaron una modificación que no podía estar en la razón de los contratantes de 1974 pensar que así ocurriría.

10. La cláusula sobre invariabilidad de precios entra en el campo de la autonomía de la voluntad, pero sólo comprende lo previsible en materia de precios; la alteración anormal excede el campo contractual y pasa a integrar el terreno de lo heteronómico. Es por ello que en la locación de obra, supuesto análogo al de la compraventa de departamento a construir, el art. 1633 del C.C. no obstante la invariabilidad del precio pactado por una suma determinada, deja a salvo lo dispuesto por el art. 1198 del citado código".

Con posterioridad y atento los hechos ocurridos en las últimas décadas del siglo XX nuestros tribunales fueron aplicando la teoría:

"Cuando las cláusulas contractuales destinadas a dar estabilidad a las prestaciones dinerarias son sorpresivamente alteradas en su curso normal por un acontecimiento ajeno a las partes, extraordinario e

<sup>31</sup> CNCiv., Sala C, mayo 9-1977, "Aycor S.A. c/Parrone, Atilio y otra", "Adquisición de una unidad horizontal a construir", ED, 75-335.

imprevisible, causando un perjuicio a la deudora por onerosidad grave, tiene cabida la intervención judicial para morigerar los efectos perniciosos del desequilibrio producido; por lo tanto, los pactos sobre dólar anteriores a las modificaciones sancionadas al comienzo del año 1981 tenían entrada en ese concepto, dado que un sistema de reajuste convenido por los interesados con una proyección previsible frente al deterioro de la moneda, era modificado sustancialmente por medidas de gobierno que no entraban en el cálculo de aquellos, ocasionando grave perjuicio a uno al elevar excesivamente su prestación" (CNCiv., Sala C, 24/11/83, "Rinkevich, Alberto y otra v. Uresandi, Jorge A.", ED, 107-631).

"El análisis de las devaluaciones operadas a partir de febrero del año 1981, en cuanto a su previsibilidad, debe ser efectuado en concreto, teniendo en cuenta la calidad de los contratantes, la intención real de ellos al referirse al dólar, el significado económico del contrato y la fecha de su celebración. En el mundo de los negocios se actúa por lo general según los programas de gobierno enunciados y ejecutados por la autoridad pública, a despecho de las opiniones o críticas de que son objeto. Es verdad que no es infrecuente que tales críticas sean ciertas y que a la postre fracasen los intentos del Ministerio de Economía de mantenerse determinada programación. Así el 'Rodríguez', así las múltiples devaluaciones, y así los replazos de estadistas con sus doctrinas económicas, y hasta los golpes de estado y revoluciones, que en gran medida tienen como una de sus causas a las crisis económico-financiera, muchas veces con su raíz en errores de los gobernantes. Sin embargo, el común de las gentes, incluidos quienes por su profesión tienen la aptitud de formar algún criterio sobre el acierto o desacierto de las medidas adoptadas y seguidas en el Palacio de Hacienda, están constreñidas a conducirse en sus contrataciones según el curso impuesto por el gobierno a la cuestión financiera. Por más fuerte que sea la impresión de la ciudadanía sobre la posibilidad próxima o remota de un cambio profundo o de una crisis o de un colapso, una hipersensibilidad a los pronósticos de futuros quebrantos del orden establecido equivaldría a la paralización de las transacciones. Estamos frente al hecho del príncipe".

"Las devaluaciones del año 1981 conformaron un acontecimiento extraordinario e imprevisible en los términos del C.C., art. 1198, 2ª Parte" (CNCiv, Sala C, 31/05/83, "Yacub Enrique v. Mar Caribe S.R.L.", JA, 1983-IV-53).

"Salvo casos especiales, de contratantes con especiales conocimientos específicos debidamente acreditados, para el ciudadano común, el



abandono a partir del 2/2/81 del sistema organizado por las circulaciones del Banco Central que proveían un gradual sistema de devaluación del peso mes a mes, que empeñaban entonces la fe pública por ser actos de gobierno, reiterados a través de los años, fue un hecho imprevisible y también extraordinario, ya que ocurrió fuera del orden regular, natural o común de los sucesos, al poner repentino fin, contrariando todo anuncio oficial, al sistema que se desarrollaba desde años atrás" (CNCiv., Sala F, 18/02/85, "Asociación de Ex alumnos San Albano v. Ajucer S.A.", JA, 1987-I-50).

"La violenta ruptura operada durante el año 1981 al régimen de devaluaciones pautadas bajo el cual se contrató, quebrando su anunciada continuidad, configuró un acontecimiento extraordinario e imprevisible" (CNCom., Sala C, 02/04/85, "Pirillo, Víctor v. Bernasconi Edmundo F. y otros", LL, 1985-C-361).

*Ídem* a la anterior tenemos: CNCiv., Sala C, 24/11/83, "Rinkevich, Alberto y otra v. Uresandi, Jorge A.", ED, 107-631; CNCiv., Sala D, 30/04/84, "Ordani v. Obrati S.A. y otras", JA, 1986-IV-373; CNCiv., Sala E, 06/03/85, "Jusid y Asociados S.R.L. v. Barone, Francisco", LL, 1985-C-98.

Frente al desequilibrio sobreviniente, ajeno a las partes y asimismo extraordinario e imprevisible tenemos una serie de remedios que el contratante puede utilizar la teoría de la imprevisión (art. 1198, C.C.), el caso fortuito o fuerza mayor (art. 514, C.C.), también el abuso del derecho (art. 1071, C.C.), la buena fe (art. 1198, C.C.), la equidad, el enriquecimiento sin causa y que según las circunstancias del caso permitirán que se pueda cumplir el contrato sin transgredir la justicia conmutativa<sup>32</sup>.

Recordemos que en su momento se concluyó que la indexación se apoya en el ejercicio regular y la buena fe, y la pretensión de no reajustar es tachada de abusiva o de mala fe.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> "El pago de un precio que sólo representa una ínfima porción del valor del inmueble es, objetivamente, un acto antifuncional, contrario a la buena fe, que los jueces no pueden amparar; por consiguiente corresponde declarar infringida la doctrina que emana de los arts. 953, 1071, y 1198 1ª parte del Cód. Civil, así como los principios del enriquecimiento sin causa, y resolver que es admisible el reajuste del precio del inmueble comprometido en venta" (SC Buenos Aires, 1980/07/01, "Zavalia, Héctor S. c/ Fromaget, Constante J.", LL, 1981-A-133, con nota de Jorge Mosset Iturraspe).

<sup>33</sup> "Aun sin estar en mora el comprador, se impone el reajuste del saldo de precio impago, sea por aplicación del principio general de la buena fe, del

El art. 8º del Decreto 214/02 regula una acción de reajuste equitativo del precio, distinto al supuesto del art. 1198 del Código Civil que permite al perjudicado solicitar la resolución y distinta a la lesión del art. 954 del mismo cuerpo legal.

Establece la norma que "[...] si por aplicación de esta disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En el caso de obligaciones de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido este reajuste podrá ser solicitado anualmente, excepto que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de los valores resultare **notoriamente desproporcionada** [...]".

Siguiendo a Compagnucci de Caso<sup>34</sup> esto no parece muy comprensible ya que lo de "notoriamente desproporcionado" debe querer significar que no se exige prueba para su demostración (hecho notorio). Poco importa que sea o no "notoria" la diferencia de valores, lo que interesa es que haya una de las partes que sufra el perjuicio que traen los procesos inflacionarios, y otra se beneficie con ello.

No se acertó con el calificativo de notorio, prosigue Compagnucci de Caso, que significa conocido por todos, más precisa es la expresión "desproporcionada" del artículo 656 del Código Civil referida a la cláusula penal.

"El abrupto desajuste económico financiero que se desató en ocasión de las medidas de gobierno tomadas en junio de 1975, las que también provocaron, a o dudarlo, serios inconvenientes a la industria de la construcción, además de ser un hecho público y notorio, debe presumirse su incidencia en el caso concreto, y no es dable exigir acreditación documental o informativa de los efectos precisos en el desarrollo de los trabajos que tenía a su cargo la demandada" (CNCiv., Sala C, 19/10/78, ED, 81-611).

Para Morello una interpretación dinámica, funcional, teleológica del art. 1198, ensamblandola con la primera parte del 1198, la doctrina del 954, para la lesión subjetiva, cuando la desproporción no es sobrevi-

abuso del derecho, del enriquecimiento sin causa, de la teoría de la presunción o de la llamada "base del negocio", todos ellos, en el fondo, con fundamento en la regla moral y en la equidad" (CNCiv., Sala E, 1983/03/22, "Cono Sudamericano, S.A. c/ Iorizzo, Juan", ED, 104-348).

<sup>34</sup> Trabajo citado, LL, 23/04/02.

niente sino originaria, y la teoría del artículo 1071, que proscribía los facultamientos que sean abusivos, la jurisprudencia ha determinado que en la facultad de resolución está insito el pedido de revisión. Corrobórase de esta suerte que la revisión preserva el interés querido de los contratantes y le da a la respuesta final la reconducción razonable que había quedado sin las bases de sustentación originales, en su justicia conmutativa.<sup>35</sup>

El moroso (similar al art. 1198, C.C., y 513, C.C.) no puede solicitar reajuste ni el caso fortuito ni la imprevisión.

Al igual que la ley 24.283 esto no es aplicable de oficio, por tanto cualquiera de las partes podrá petitionar extrajudicial o judicialmente la revisión del contrato, debiendo resguardarse que las partes puedan hacer valer su derecho de defensa.

Como expresa Marcelo Urbano Salerno<sup>36</sup>, la idea de la buena fe impregna a todo el Código Civil: en el matrimonio, en la posesión, en materia hereditaria y, por cierto, en el contrato, del cual además es pauta interpretativa. Posee una muy alta jerarquía, donde el derecho se identifica con la moral".

Recordemos que una balanza simboliza a la justicia conmutativa para representar el equilibrio entre las prestaciones de un contrato bilateral. A través de esa imagen emblemática se ve con claridad que los valores económicos en juego de una relación patrimonial deben guardar equivalencia entre sí. La idea se remonta a la antigüedad y fue desarrollada por los filósofos griegos, cultores de la armonía.

Enseñaba Aristóteles que en las transacciones civiles lo justo es una suerte de igualdad, según una proporción simplemente aritmética.

Respecto a los antecedentes de aplicación de los años 1975, 1981 y 1985 se dieron en forma separada o conjunta los siguientes hechos extraordinarios: deterioro del poder adquisitivo del signo nacional, alta brecha cambiaria con respecto al dólar, alza descontrolada de precios y tarifas. A simple vista, expresa Salerno, la actual coyuntura parece mucho más difícil.

La norma, hemos visto, distingue entre contratos con entidades bancarias y entre particulares que no revisten esa calidad.

<sup>35</sup> Augusto M. Morello, "Dinámica ...", ob. cit., págs. 153/154.

<sup>36</sup> "La imprevisible alteración del contrato a causa del fenómeno monetario", LL, del 8 de febrero de 2002.

El artículo 8° del Decreto 214/02 regula una acción de reajuste y en su caso reajuste equitativo. Distinto al art. 1198 del Código Civil, que permite la resolución y distinta a la lesión del art. 954, que contempla un desequilibrio inicial.

Un descalabro económico desequilibra el contrato. La emergencia afecta la base del negocio y como consecuencia de ello impacta en la correspondencia de las prestaciones. Esta excesiva onerosidad sobrevenida es corregida por el juez o por la ley, y esto ha sido admitido por nuestra doctrina sin mayores objeciones<sup>37</sup>.

Es indudable que la inestabilidad económica será fuente de litigiosidad.

En el caso de una deuda pesificada y con aplicación del CER o CVS, conforme lo dispuesto por el art. 8° del decreto 214/02: "[...] si por aplicación de esta disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación fuere superior o inferior al momento del pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio [...]".

En su parte final, el artículo 8° del decreto 214/02 prescribe: "[...] Los jueces llamados a entender en los conflictos que pudieran suscitarse por tales motivos, deberán arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes".

Los jueces serán quienes tendrán la última palabra como ya ocurrió en célebres fallos plenarios de la década del 70 y 80 y fallos de la Corte.

La puede invocar la parte perjudicada, tanto el deudor como el acreedor, en el caso de la locación y el mutuo, normalmente el perjudicado será el acreedor, así la jurisprudencia ha resuelto.

"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" (C2° CC y Minería San Juan, 16/08/80, JA, 1981-I-48).

Tanto el artículo 11 de la ley 25.561 como el art. 8° del decreto 214/02, menciona a las partes, sin distinguir.

<sup>37</sup> Ricardo L. Lorenzetti, "Los contratos ante la emergencia económica", trabajo publicado en LL, 05/07/93.

La jurisprudencia tiene resuelto que:

"Existe excesiva onerosidad, tanto cuando el valor de la cosa aumenta de manera exagerada, como cuando el poder adquisitivo del peso disminuye de manera notable; de manera tal que el mantenimiento de la obligación en los términos originarios implicaría la consumación de una flagrante injusticia" (CNCom., Sala C, 07/09/77, ED, 76-209).

"La relación de equivalencia se destruye tan sólo cuando el desequilibrio de las prestaciones es tan grande que no puede ya hablarse de una contraprestación, de un equivalente" (CNCiv., Sala C, 30/09/75, ED, 66-455).

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

#### V. Validez de las cláusulas de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión

Durante la vigencia de la Ley de Convertibilidad, o sea, a lo largo de la década del 90, era casi una cláusula de estilo la renuncia anticipada a invocar la teoría de la imprevisión en todo contrato de duración<sup>38</sup>.

Expresa Alejandro Borda<sup>39</sup>, que tiene serias dudas de que sea factible la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión. Se ha sostenido por un lado, que ésta es una cuestión en la que está comprometido el

<sup>38</sup> Era habitual incluir una cláusula de este tenor: "A los efectos de este contrato y de las variaciones que pueda tener la cotización del dólar billete estadounidense, las partes dejan expresa constancia que tienen en cuenta la situación del mercado y las fluctuaciones que puedan existir, las que entran dentro de sus previsiones, por lo que en ningún caso será de aplicación la imprevisión establecida en el art. 1198 del Código Civil".

<sup>39</sup> Alejandro Borda, "Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares", JA, 10/04/2002.

orden público, por lo que queda sustraído del ámbito de la autonomía privada, y, por el otro, que la mención al caso fortuito no es aplicable, pues el art. 513 del Código Civil se refiere a los casos fortuitos ordinarios o comunes, es decir, a aquellos hechos que razonablemente pueden preverse y asegurarse y no a los que son extraordinarios.

Para este autor admitir una cláusula de renuncia transforma, de hecho, un contrato conmutativo en aleatorio, sin que las prestaciones se ajusten a esta modalidad. Además, puede renunciarse a lo imprevisible. O es previsible o no lo es.

Mayoría en doctrina, caso Galli, Llambías, López de Zavallía admiten la renuncia, fundándose en el art. 513 del Código Civil, no podría considerarse con mayor rigor a la situación, impresión en la cual la prestación no se hace imposible, sino más onerosa. Mosset Iturraspe se pronuncia por la invalidez de la cláusula de renuncia, ya que está comprometido el orden público.

Según el inc. d del art. 6.2.2. de UNIDROIT que se transcribe más adelante, no existirá excesiva onerosidad si la parte en desventaja ha asumido el riesgo de un cambio de circunstancias. El verbo asumir señala claramente la necesidad de una declaración expresa al asumir el riesgo, aunque también puede ser una consecuencia directa de la naturaleza del contrato.

Tal cláusula de asunción de riesgos suele incluirse en los contratos basados en la especulación. Quién especula hace una previsión del riesgo que está asumiendo.

Expresa Mosset Iturraspe 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 víctima del azar, de lo fortuito, es un castigado por el destino<sup>40</sup>.

El riesgo, continúa el maestro santafesino, cuando es imprevisible, debe repartirse, soportarse por uno y otro contratante, en particular cuando hay razones objetivas y subjetivas de que las partes no quisieron otra cosa.

Hay que tener en cuenta, para admitir la renuncia al alegar la teoría de la imprevisión, si ella satisface el interés de ambas partes, como expresa Llambías, analizando el art. 513 del Código Civil: los intereses del deudor, porque a cambio de su mayor responsabilidad ob-

<sup>40</sup> Jorge Mosset Iturraspe, *Interpretación económica de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 295.

tendrá, seguramente, una mayor contraprestación; los del acreedor, porque queda más eficazmente protegido frente a los riesgos del incumplimiento.<sup>41</sup>

Por nuestra parte consideramos que esta cláusula es en principio inválida ya que la buena fe es indisponible por las partes contratantes y para ello recurrimos a los Principios de Unidroit:

Artículo 1.7. (UNIDROIT)

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

Como vemos este principio es de carácter "imperativo" ya que las partes no pueden limitarlo ni excluirlo.

Hay que ver las circunstancias por las cuales el deudor juega el papel de "asegurador" en provecho del acreedor, que se encuentra así descargado de los riesgos.

Para aceptar esta renuncia anticipada o "pacto de garantía", en la cual el contratante toma a su cargo la excesiva onerosidad derivada del abandono a la convertibilidad, hay que ver si se trata de una cláusula de estilo, como ocurrió en la década del 90, o realmente de una renuncia negociada que tuvo su contrapartida o beneficio derivado de tal renuncia.

En los contratos bancarios, de construcción, de alquileres, etc., celebrados a lo largo de la vigencia de la ley de convertibilidad, no había diferencia de precio o intereses por tener esta renuncia o "pacto de garantía", y es el motivo por el cual le restamos validez a tal cláusula.

Como enseñan los autores, siguiendo a Rezzónico, debe entenderse que cuando el deudor asume por un pacto de garantía o cláusula de responsabilidad los riesgos del caso fortuito, se refiere a los casos fortuitos ordinarios o comunes, a aquellos eventos que razonablemente pueden preverse y asegurarse, como el granizo, la helada, la sequía, la langosta; o a los extraordinarios, como la guerra, una inundación absolutamente insólita, un maremoto, un ciclón, un terremoto, etcétera.<sup>42</sup>

No es posible en los contratos de consumo (art. 37, ley 24.240), ya que se trataría de una cláusula abusiva.

<sup>41</sup> Jorge J. Llambías, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II-A: Obligaciones, pág. 128.

<sup>42</sup> Luis María Rezzónico, *Estudios de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1964, t. I, pág. 184.

Recordemos que 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 24.240).

"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., Sala A, 11/08/78, ED, 81-405).

Sin ninguna duda que dicho pacto debe ser expreso y queda descartada la posibilidad de una manifestación tácita de voluntad.

Los tribunales han resuelto:

"No es dudoso que el párr. 2° del art. 1198 del Cód. Civil, otorga un derecho a quien se ve perjudicado por el hecho extraordinario e imprevisible, derecho que desde luego puede ser renunciado si se tiene la capacidad prevista por el art. 868, pero esta renuncia, o la intención de realizarlo, no puede presumirse, debiendo ser interpretados restrictivamente los actos que tiendan a probarla, según lo dispone el art. 874" (CCiv. y Com. Rosario, Sala IV, 1981/09/24, "Izquierdo, Juan M.N. c/ Miotto, Antonio L.", JA, 1982-IV-108).

## VI. La excesiva onerosidad sobreviniente

Sostiene Stiglitz que el contrato, considerado en su función principal de instrumento de intercambio de bienes y de servicios, está sometido al principio de la justicia conmutativa.<sup>43</sup>

La constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, que implique que una de las partes obtenga, al tiempo del perfeccionamiento del contrato, una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, verificándose que la causa lo ha sido la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra (art. 954 del Código Civil); o la prueba de que uno de los sujetos no ha estado en

<sup>43</sup> Rubén S. Stiglitz, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 54.

situación de apreciar o de defender normalmente sus intereses, por haber sido engañado por anuncios publicitarios; o habiéndose constatado que una de las partes de la relación negocial ha concluido el contrato, ignorando, por reticencia informativa de la contraria —lo que implica una infracción a las reglas secundarias de conducta— circunstancias de tal naturaleza, que de haber sido conocidas habrían operado como causales obstativas a la celebración del contrato, por lo menos, en distintas condiciones a como se acordó; o situaciones tales como cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (art. 1198, Código Civil), consiente y autoriza la intervención de los poderes públicos.

Recordemos que los contratos bilaterales o sinalagmáticos son aquellos que presuponen un intercambio; es la reciprocidad de las obligaciones lo que caracteriza a dicha categoría negocial.

Coincidimos con Stiglitz en que la inflación es un fenómeno económico y, como tal, legalmente inderogable; se podrán regular sus efectos jurídicos, pero siempre preservando la justicia conmutativa, la inseguridad en las relaciones negociales está motivada en el desequilibrio, y no en su restablecimiento<sup>44</sup>.

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT establecen el artículo 6.2.1 (obligatoriedad del contrato): “*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*”.

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 a alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación excepcional, que en estos principios se conoce como “excesiva onerosidad” (*hardship*)<sup>45</sup>.

“*Artículo 6.2.2. (Definición de excesiva onerosidad (hardship).*

<sup>44</sup> Obra citada en nota anterior, pág. 64.

<sup>45</sup> Hardship: dificultad, apuro, infortunio, adversidad, injusticia.

*Se presenta un caso de excesiva onerosidad (hardship) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el 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;*
- d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos”.*

Las circunstancias del caso en concreto determinarán cuando una alteración es fundamental. De ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, una alteración del 50% o más podría ser considerada como una alteración fundamental.

“*Artículo 6.2.3. 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”.*

Como se expresa en “Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional”<sup>46</sup>: “el elemento básico que puede dar pie a una situación de excesiva onerosidad es que concurran circunstancias que alteren fundamentalmente el equilibrio del contrato. Se parte del supuesto de la existencia de un contrato sinalagmático, en el que existe un equilibrio entre las prestaciones que cada parte deba realizar a favor de la otra. Tal equilibrio no significa que se dé una equivalencia absolutamente objetiva en términos económicos. En un

<sup>46</sup> Agustín Madrid Parra y otros, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 309.

contrato de compraventa se puede comprar caro o vender barato, en comparación con los precios de mercado, porque así le interesan cualesquiera sean los motivos para ello. El punto de equilibrio, pues, no es algo objetivo, externo y, por lo tanto, extrínseco al contrato. Es, por el contrario, el punto de convergencia de los intereses en presencia que llevan a cada una de las partes a coincidir y, por tanto, a consentir en los términos en que se celebra el contrato<sup>47</sup>.

"Por supuesto, siempre las consecuencias de una situación sobrevenida de excesiva onerosidad recaerán sobre las prestaciones pendientes de cumplimiento, o sobre la parte de prestación pendiente de realizar. Un pretendido efecto retroactivo podría dar lugar a un enriquecimiento injusto, ya que se estarían aplicando los efectos de una excesiva onerosidad a unos momentos en que tal situación gravosa no se daba"<sup>47</sup>.

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 estratégica.

Nuestros tribunales han resuelto con suma prudencia y ponderando acabadamente las circunstancias del caso, así tenemos:

"La onerosidad que tiene en vista el art. 1198 CC. no debe ser apreciada tomando en cuenta únicamente la prestación debida por el deudor que invoca la imprevisión, sino que es la que se vincula con la equivalencia de las prestaciones recíprocas que, en virtud del contrato, se deben las partes; es la que consiste en que las prestaciones de cumplimiento diferido dejen de ser económicamente correlativas, de modo que la aplicación estricta de lo pactado conduzca a una desproporción de dichas prestaciones en beneficio de una de las partes y en detrimento de la otra. No existe tal falta de correlación, si ante la obligación del mutuario de restituir la cantidad de moneda nacional necesaria para comprar una cantidad de dólares estadounidenses en cada semestre convenido, se encuentra la obligación del banco mutuante de entregar esa cantidad de moneda extranjera al banco extranjero de quien tomó las divisas" (CNCom., Sala D, 08/03/84,

<sup>47</sup> Madrid Parra, trabajo citado, pág. 311.

"Beltramino, Alejandro c/ Banco Argentino de Inversión", JA, 1984-III-190).

"La teoría de la imprevisión no es un dispositivo para desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico para impedir la grosera vulneración de la justicia. No se trata de volver el contrato a una absoluta equivalencia actual entre lo que se da y lo que se recibe. El juez no puede, pues no es eso lo que quiere la doctrina incorporada al Código Civil, hacer del contrato un nuevo contrato que se ajuste idealmente a los cánones de la justicia conmutativa; el sentido de equidad que está en la médula de la institución, se satisface suficientemente expurgando al acuerdo de la grosera desproporción entre las prestaciones que las circunstancias sobrevinientes han impuesto" (CNCiv., Sala G, 24/11/80, ED, 92-225).

"El reajuste de las prestaciones a que hace mención la teoría de la imprevisión apunta al ajuste equitativo, no del contrato sino de sus efectos, ya que no es posible hacer recaer sobre una sola de las partes la lesión sobreviniente, ajena a la voluntad y conducta de las partes, por lo que queda en manos de los jueces, según la equidad, distribuir con moderación los efectos que hicieron gravosa la prestación, máxime si el precio pactado era superior al valor del inmueble" (CNCiv., Sala C, 10/12/81, "Malkotsoglou, Esteban c. Tries S.A.", ED, 118-131).

"Para el reajuste del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión, la ley remite a los principios de la equidad para aminorar los efectos del hecho extraordinario e imprevisible sobre el negocio, pero no para establecer un nuevo punto de equilibrio absoluto de ese acuerdo de voluntades y del arranque mismo de una aplicación estricta y matemática de los índices, sino que la actualización debe ser fijada sobre la base del prudente arbitrio judicial" (CNCiv., Sala F, 27/10/81, ED, 98-403).

"Establecer si la onerosidad ha llegado a ser excesiva, es un punto librado al prudente arbitrio del juez del hecho" (CNCiv., Sala A, 11/08/78, ED, 81-405).

## VII. Mercosur

En el nuevo Código Civil del Brasil regula, en los arts. 478/480, la resolución por onerosidad excesiva regulando la posibilidad de resolver

en una redacción similar a nuestro 1198. Permite evitar la resolución ofreciendo la modificación equitativa del contrato (art. 479).<sup>48</sup>

Uruguay no tiene una norma expresa, 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.

Chile tiene una norma especial para el caso de la construcción, no hay una norma general como nuestro art. 1198 del Código Civil, y la jurisprudencia es reacia a aplicar esta teoría, salvo casos de arbitraje. Paraguay sí la regula en el art. 672, similar a nuestro 1198.

### VIII. Supuestos de resolución por imprevisión

El hecho del gobierno, caso la devaluación, cambio de moneda, son acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como lo resolvió la jurisprudencia en los casos análogos (1975, 1981, 1982 y 1990), que si tornan excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes permiten alegar la teoría de la imprevisión.

Las normas de emergencia, caso art. 11 de la ley 25.561, expresamente hacen referencia al artículo 1198, con lo que no hay duda alguna sobre la procedencia de la teoría.

Recordemos que en el caso del apartamiento de la tablita, Morello y Tróccoli afirmaban: "Las devaluaciones de la moneda dispuestas entre febrero y junio de 1981 en la República Argentina constituyen, fundamentalmente, por la intensidad de la desvalorización del peso argentino, un supuesto de hecho imprevisible y extraordinario en la connota-

<sup>48</sup> "Artículo 478. En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor podrá pedir la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que decreta la resolución del contrato regirá desde la fecha de la citación.

Artículo 479. La resolución podrá ser evitada si el demandado ofrece modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Artículo 480. Si en el contrato estuviera obligada sólo una de las partes, ella podrá demandar que su prestación sea reducida, o alterado el modo de ejecutarla, a fin de evitar la onerosidad excesiva".

ción que acerca de la teoría de la imprevisión describe el Código Civil en el art. 1198, 2ª parte<sup>49</sup>.

La Jurisprudencia ha resuelto:

"Un hecho es extraordinario cuando sale de lo común, de lo normal, de lo habitual" (CNEsp. C. y C.I., 06/12/77, BCECyC, 652, núm. 9310).

"Es extraordinario y no posible de prever, un acto de política económica gubernamental, que desencaje con violencia y estrepitosamente, la previsible y corriente depreciación monetaria" (CNCiv., Sala C, 09/05/77, ED, 75-336).

Si la devaluación hubiese sido pequeña, es decir, si la salida de la convertibilidad hubiese sido en forma ordenada, gradual, ello en alguna manera podría haber sido algo previsible y casi diría ordinario, pero, como es notorio, la salida fue a partir de una crisis y emergencia generalizada.

Tienen gran actualidad las palabras de Morello y Tróccoli, cuando en el año 1981, a razón del abandono de la tablita de Martínez de Hoz, afirmaban: "El fenómeno económico mostraba casi al desnudo la evidencia del denominado retraso cambiario y de la forzada retención en el acortamiento de sus términos. Esta paridad cambiaria demorada mostraba la irreal situación económica. Había al respecto una sensación colectiva que se traducía en la importación masiva (como la compra de automotores), en los viajes al extranjero y aun en la adquisición de jugadores de fútbol, sobremanera cotizados, cuyos clubes interesados contaban con el *handicap* de su posibilidad de adquisición a partir de dólares a un precio que lejos estaba de despejar las cabales diferencias que existían entre el poder adquisitivo de nuestro signo representativo y la moneda de cuenta —dólar— puesta en la intermediación. Todos nos movíamos en esa creencia, que suponía el mantenimiento de un atraso que no era legítimo y cuya perduración no estaba por cierto al amparo de la fijeza. Diríamos más, que las cosas iban a experimentar una sacudida de autenticidad: se veía venir"<sup>50</sup>.

La salida de la convertibilidad fue "brusca" por la variación súbita y "profunda" por la magnitud de la paridad.

<sup>49</sup> Trabajo citado, JA, 1981-III-780.

<sup>50</sup> Augusto M. Morello - Antonio Tróccoli, "Imprevisión cambiaria y revisión del contrato", JA, 1981-III-771.

Recordemos que quedan fuera del ámbito de la institución dos categorías de contratos: los onerosos que no sean de ejecución diferida o de duración, y los gratuitos de toda clase.

Coincidimos con la doctrina que pondera la adecuación o revisión del contrato como remedio mejor que la resolución, y ello en modo alguno debilita el vínculo jurídico, ya que cuando por vía de aplicación de la doctrina de la imprevisión se reajustan o adecuan las prestaciones, se está reforzando la firmeza del vínculo originario, pues se vuelve al equilibrio que en origen representaban las prestaciones recíprocas, y que el cambio de circunstancias vino a descalabrar<sup>51</sup>.

Se interpreta mejor la intención de las partes, siguiendo a Casiello<sup>52</sup>, pues es obvio que ellas quisieron el cambio que concertaron, pero o pudieron querer, obrando de buena fe como debe presumirse, ni el exceso ni el abuso.

El que se haya pagado una parte importante del precio, se haya entregado la posesión, y aun se hayan realizado mejoras, no impide alegar la teoría, así la jurisprudencia ha resuelto:

“El pago de una parte sustancial del precio, la adquisición de la posesión del inmueble, y la realización de mejoras en el mismo, no son extremos que impidan el acogimiento de la vendedora al remedio excepcional de la teoría de la imprevisión, si se dan los presupuestos jurídicos para la utilización de esa vía” (CNCiv., Sala C, 19/12/79, LL, 1980-B-597).

Asimismo, la recepción de pagos con posterioridad al acontecimiento no impide tampoco poder alegar la teoría, así la jurisprudencia ha dicho:

“La recepción de pagos con posterioridad a la época en que se produjo el fenómeno ‘hiperinflacionario’, no constituye obstáculo insalvable para invocar ulteriormente la teoría de la imprevisión” (CNCom., Sala C, 26/03/80, ED, 88-170).

“Los actos de ejecución producidos con posterioridad al hecho considerado extraordinario e imprevisible, sólo impiden invocar la excesiva onerosidad cuando la prestación que se quiere reajustar está totalmente pagada” (SCBA, 19/08/80, DJBA, 119-706).

<sup>51</sup> Juan José Casiello, “La adecuación del contrato”, LL, 1995-B-1265.

<sup>52</sup> Trabajo citado, pág. 1268.

“La mera comprobación de la variación de la cotización del dólar estadounidense al tiempo del pago previsto no puede constituir por sí sola razón suficiente para la aplicabilidad del art. 1198 [del] C.C., si no se ofrecen términos comparativos respecto de la prestación a cargo de la contraria” (CNCiv., Sala G, 03/08/87, “Magri, Carmelo c/ Balmoral S.R.L.”, ED, 126-563).

### IX. Obligación restitutoria

Respecto a los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión, conforme al Código Civil y a las leyes de emergencia (25.561 y decreto 214/2002), cabe señalar que faculta 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, que es el camino no querido por la legislación de emergencia, nace la obligación de restituir. Esta obligación de restituir es inmediata para ambas partes, nace con la resolución, no hay que hacer intimación específica alguna.

Se trata de obligaciones recíprocas que se deben cumplir simultáneamente. La pregunta que nos hacemos: ¿puede resolver quien no puede restituir? Por nuestra parte consideramos que no pudiendo restituir se encuentra excluida la posibilidad de resolver, ya que no va a poder cumplir con la obligación de restituir que pesa sobre él.

Es la solución del art. 82 de la ley 22.765, que establece: “1. El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato, o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido [...]”.

El art. 1198 del Código Civil en su parte pertinente prescribe: “[...] En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos [...]”.

La resolución no tiene efectos retroactivos en los contratos de ejecución continuada o sucesiva o de prestaciones divisibles.

Explica Cámara<sup>53</sup> que en el caso de los contratos de tracto sucesivo resulta imposible o inútil el efecto retroactivo de la resolución —caso

<sup>53</sup> Héctor Cámara, “El nuevo art. 1204 del C.C. Pacto Comisorio”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, 1968, págs. 1347 y ss.



suministro, locación de cosas, locación de servicios, etcétera—, en don- de la resolución no opera con efecto retroactivo, porque no cabe pasar la esponja sobre lo que se ha gozado, sobre lo que se ha trabajado, etcétera (arts. 1519, 1520, 1524, 1566, etcétera, del Código Civil).

La resolución, en el caso de las obligaciones de hacer o de no hacer no tiene efecto retroactivo, ya que no se puede devolver lo hecho, el artista o profesional, o el uso de la cosa.

Vélez Sársfield 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 de 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.

Hay que estar a las circunstancias del 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, quedarán firmes y producirán sus efectos.

Art. 1044 del Proyecto de Código Unificado 1998: *“Restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes. Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir y a lo previsto en el artículo siguiente.*”

Art. 1045. *Contrato bilateral. Si se trata de la extinción de un contrato bilateral:*

- a) *La restitución debe ser recíproca y simultánea.*
- b) *Las prestaciones que han sido realizadas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten útiles y equivalentes, si son divisibles y no han sido recibidas con reservas de no tener efecto cancelatorio de la obligación.*
- c) *Para estimar el valor de las restituciones de la parte no incumbidora son tomadas en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños.”*

En principio los efectos son para el futuro, sin incidir en la fase ya ejecutada ni, con mayor razón, tratándose de prestaciones cuyos objetos son divisibles, en los ya entregados ni en los comportamientos consumados.

“No aceptada la corrección del contenido de las prestaciones por la parte menos perjudicada, debe operarse la liberación del deudor, sin perder de vista que la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos, es decir que se disuelve el vínculo para lo futuro solamente, dejando intactos los efectos producidos hasta entonces” (C I Apel. Paraná, 09/02/79, Z, 19-224).

“La solución del art. 1198, segunda parte del C.C. opera *‘ex tunc’*, retroactivamente, debiendo las partes restituirse mutuamente lo que hubieran recibido, luego, si se desata la relación jurídica porque se ha quebrado la equivalencia de las prestaciones, el principio de justicia inspirador, también debe seguir presente en la etapa de ejecución y especialmente respecto a cómo operan los efectos de la ineficacia. Si se ha recompuesto la situación volviendo al equilibrio originario, ello debe llevarse hasta sus últimas consecuencias” (2ª CC La Plata, 02/06/78, RDJ, 7-28-sum. 14).

“Si, establecida la excesiva onerosidad acaecida a la prestación del vendedor, se dispuso la resolución del contrato, el enajenante debe reintegrar la suma recibida a cuenta de precio actualizada, a fin de mantener, aun en la resolución, la equivalencia de las prestaciones que deben ser restituidas” (SCBA, 03/06/80, ED, 90-745).

Si se resuelve, por no llegarse a ningún acuerdo de adecuación o por así quererlo el perjudicado, surge el problema de la restitución ¿En qué moneda?

La obligación restitutoria de aquel que debe devolver dólares que recibiera en el año 2001 no se pesifica, ya que no se trata de una deuda exigible desde la fecha de promulgación de la ley 25.561, ni existente a la fecha del decreto 214/02, o sea enero u febrero de 2002, ya que nace a partir de la resolución del contrato, siempre y cuando ello hubiese ocurrido después.

Para restituir dólares billetes hay la imposibilidad de pagar en efectivo sumas que superen los \$ 1000, por lo que la obligación se cumple entregando cheque en pesos por el equivalente a la cantidad de dólares al cambio del día del pago.

Para concluir, coincidimos con Morello, en que "los jueces deben atenderse a criterios pragmáticos, teniendo en cuenta valores como promedios en el tráfico. En esa tarea, las directivas de la buena fe, el reparto razonable de sacrificios y la necesidad de mantener el equilibrio intrínseco del sinalagma, se erigen en auxiliares fundamentales".

### X. La invocación del ejercicio abusivo del derecho y del enriquecimiento sin causa

Tanto el derecho a la resolución como el pedido de adecuación deben ser ejercidos de buena fe, y sin duda alguna sería abusivo y reñido con la buena fe pretender resolver o adecuar si no hay excesiva onerosidad.

Sabemos por la consulta diaria que hay muchos pícaros que pretenden invocar esta teoría para obtener nuevas ganancias, o hacer de un negocio normal un mal negocio, y a río revuelto y confuso pretenden aprovecharse de los incautos (ancianos, gente humilde, etc.).

Hacemos nuestra la conclusión de Morello y Tróccoli que "el poder de morigeración de que gozan los jueces a través de módulos objetivos verificables y, desde luego, controlables, muestra una amplia gama de alternativas en las que la equidad, en conjunción con el principio de la buena fe, que a su vez supone la erradicación de toda postura abusiva (art. 1071, C.C.); ello permite arribar a soluciones que en cada caso preserven una justicia dinámica, la única posible en tiempos de emergencia económica"<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> "La teoría de la imprevisión no autoriza a cambiar el negocio originario en otro más ventajoso" (CNFed.II, 30/09/79, ED, 90-843).

"La teoría de la imprevisión no puede invocarse con el solo motivo de una ganancia disminuida o de una desequivalencia de poca entidad. De tal modo que si pudiera establecerse que con lo percibido de la adquirente la enajenante se hizo ya del valor de la cosa entregada, comparando el dinero y el costo en unidades homogéneas en su poder cancelatorio, no sería lícito invocar la teoría de la imprevisión. Pero esa determinación debería ceñirse al contrato individual de que se trata y no al balance de ganancia de las muchas enajenaciones implícitas en la obra" (CNCiv., Sala C, 19/10/79, ED, 81-611).

<sup>54</sup> Trabajo citado, JA, 1981-II-780.

"La protección que establece el art. 1198 [del] C.C. a favor de la parte perjudicada por el *factum* no podría consistir en trasladar simplemente sobre la otra parte las consecuencias del desequilibrio que se pretende subsanar" (Corte Suprema, "Astilleros Príncipe y Menghi S.A. c/ Banco Nacional de Desarrollo", JA, 1992-IV-170).

En el caso de la teoría de la imprevisión no hay enriquecimiento sin causa, pues el beneficio obtenido por uno de los contratantes, bien que exorbitante y fuera de lo previsto, es obtenido sobre la base de un acto jurídico que le sirve de antecedente, vale decir, con causa<sup>55</sup>.

### XI. La mora y la imprevisión

El art. 8° del decreto 214/2002, al igual que el art. 1198 no permiten al moroso alegar la teoría de la imprevisión, lo cual es ajustado a derecho ya que el moroso carga con los riesgos.

Expresa la jurisprudencia que la mora que impide la aplicación de la imprevisión es la ocurrida con anterioridad al momento en que acaeció el acontecimiento extraordinario e imprevisible; sólo así será imputable al deudor; por el contrario, si es posterior al *facto desencadenante* no impedirá la resolución, toda vez que la falta no le es imputable, pudiendo el deudor invocar la protección legal en procura de una revisión judicial equitativa (*Zeus*, 19-224).

Ahora bien, para aquellos casos en que no es aplicable la teoría de la imprevisión por estar el perjudicado en mora se puede recurrir al abuso del derecho, pues puede resultar antifuncional e inequitativo hacer cargar al moroso con las consecuencias del hecho imprevisible (si se aplica el art. 513 del C.C. por analogía, que le impone soportar las del caso fortuito, con la excepción del art. 892 del C.C.).

"Para su aplicación es indispensable analizar las circunstancias particulares de cada caso, porque quien reclama el cumplimiento estricto de la prestación debida está ejercitando su derecho (art. 1197). Pero ese cumplimiento se tornará abusivo cuando de él surja una manifiesta y grosera desproporción, que cambiaría la significación económica del contrato de cambio, y es en esas situaciones donde el juez debe

<sup>55</sup> Félix Trigo Represas - Pedro N. Cazeaux, *Derecho de las obligaciones*, Platense, La Plata, 1975, t. 1, pág. 541.

recomponer el negocio, haciendo efectiva la justicia exigida por los contratos conmutativos y onerosos<sup>56</sup>.

Seguindo significativas palabras de Jorge Mosset Iturraspe, podemos afirmar que "[...] a nadie se le ocurría sostener que el moroso queda 'privado de la vista del señor'; sometido a toda especie de castigos e infortunios; pasible de cualquier comportamiento de la parte contraria. Privado de reclamar pese a su mora, un trato justo y equitativo [...]". Y no es leal, honesto o probó pretender enriquecerse a costa de la otra parte, aun cuando ella haya incurrido en mora<sup>57</sup>.

Concluyen Vivas de Sassi y Bainotti, en opinión que coincidimos: "En los casos en que no sea aplicable la teoría de la imprevisión por mediar mora o culpa del acreedor, el art. 1071 del CC otorga al juez un instrumento invalorable para recomponer el negocio desquiciado por la inflación, al solo fin de satisfacer los principios de moral y equidad<sup>58</sup>.

El art. 97 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos<sup>59</sup> dispone: "Obligaciones que no pueden ser consideradas inejecutadas. 1. Cuando el deudor esté en mora en la ejecución de la prestación debida, o ésta haya sido sólo parcialmente ejecutada, no se podrá considerar que hubo inejecución si previamente se han producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han tornado excesivamente onerosa la ejecución y que consecuentemente, como lo prevé el artículo [...], dan al deudor el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. Sin embargo, el deudor debe haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para la ejecución, o antes de que el acreedor le haya dirigido la interpelación prevista precedentemente, artículo 96, letra a. Caduca el derecho del deudor si, a falta de acuerdo con el acreedor, se abstiene de recurrir al juez dentro de los treinta días siguientes a la interpelación antes mencionada".

<sup>56</sup> María Angélica Vivas de Sassi - Liliana Ángela Bainotti, "El pago del saldo de precio en moneda desvalorizada y el ejercicio abusivo de los derechos en el contrato de compraventa", *JA*, 1981-III-749.

<sup>57</sup> Jorge Mosset Iturraspe, "Justicia, seguridad y mora del contratante", *LL*, 1978-D-487, excelente comentario al fallo dictado por la CNCiv. Sala A, 31/08/78, "Listo, Víctor c. Ako Sdad Alifí".

<sup>58</sup> Trabajo citado, pág. 755.

<sup>59</sup> Claudia R. Brizzio, "Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio preliminar", *LL*, 1999-C-985.

El art. 96, letra a, dice: "Mora del deudor. El deudor no puede ser considerado en mora: a) si no se ha fijado consensualmente ninguna fecha final, ni plazo constituido por cierto período de días, meses o años, y el acreedor omitió intimar previamente al deudor, por escrito, a ejecutar la obligación fijándole un plazo razonable".

## XII. Evolución jurisprudencial de la imprevisión en nuestro país

Seguindo a Juan Carlos Molina<sup>60</sup> tenemos que la jurisprudencia nacional, anterior a la reforma, había consagrado soluciones contradictorias, a veces admitía y otras veces no, pero en los últimos tiempos anteriores a la reforma, la tendencia a favor de la tesis de la imprevisión se hacía más pronunciada y adquiría ventajas sobre la posición inversa.

Ya en 1917 las Cámaras Civiles de la Capital en fallo plenario, sin aludir expresamente a la teoría, pero hacía aplicación de la misma en un caso de pago en oro.

Luego la jurisprudencia la fue admitiendo, a partir de la década del '50 y sobre todo del principio de los '60, así tenemos:

"Debe procederse con suma prudencia, limitando la aplicación de la teoría de la imprevisión a los casos extremos y graves, en que se den los requisitos que la doctrina exige para justificar su funcionamiento. No debe olvidarse que también está en juego otro principio de gran jerarquía, la seguridad jurídica, que sigue siendo base fundamental de nuestro ordenamiento, pese a las justas atenuaciones impuestas por nuevas corrientes inspiradas en el solidarismo social" (CNCiv., Sala D, 1964, *ED*, 10-726).

"Las cláusulas '*pacta sunt servanda*' y '*rebus sic stantibus*', no se contraponen necesariamente, son ambas, por igual, expresiones necesarias de la misma buena fe constitutiva de la conducta contractual y se compenetran recíprocamente" (*idem*, *ED*, 10-726).

"El fundamento jurídico de la teoría de la imprevisión puede resolverse, en nuestro derecho, por aplicación del art. 1198 del C.C." (CNCiv., Sala C, 1953, *LL*, 75-255).

<sup>60</sup> Juan Carlos Molina, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*, Depalma, Buenos Aires, 1969, págs. 226 y ss.

Inicialmente se trató de un remedio heroico<sup>61</sup>, de aplicación restrictiva, pero luego la jurisprudencia evolucionó a considerarla un medio natural para asegurar a las partes la equivalencia de las obligaciones recíprocas dentro del contrato.

Así nuestros tribunales habían resuelto:

"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" (CNCom., Sala A, 22/08/79, "Pérez y Paradell S.A. c/ Sefag S.A.", ED, 86-645).

El tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba 1961), recomendó la inclusión de la Teoría de la Imprevisión en un despacho similar al luego artículo 1198 del Código Civil, introducido por la ley 17.711.

La ley 17.711 la introduce en el art. 1198 y también se modifican los artículos 1633 y 1633 bis.

Nuestra doctrina y legislación sigue al art. 1467 del Código Civil italiano de 1942, que establece: "*Contrato con prestaciones recíprocas. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación de una de las partes resulta excesivamente onerosa por ocurrir eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el art. 1468. La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobreviniente entra en el álea normal del contrato. La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato*".

Artículo 1468. "*Contratos unilaterales: En la hipótesis prevista en el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede exigir una reducción de su prestación o una modificación en la modalidad de ejecución, suficiente para reconducirla a la equidad*".

"La teoría de la imprevisión deja de ser un remedio heroico, para constituirse en el medio natural y necesario para reimponer la justicia cuando ésta, por las circunstancias que condicionan el juego de aquéllas, ha sido sepultada. Su alcance y su aplicación por tanto,

<sup>61</sup> Augusto M. Morello - Antonio Tróccoli, trabajo citado, pág. 779. Expresan que la teoría de la imprevisión es un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia.

deben ponderarse a la luz de su finalidad, lo que exige atender al papel que cumple la moneda en el intercambio. En la medida en que la moneda deje de ser un patrón estable de los valores, al juez corresponde, en los concretos casos sometidos a su decisión —y con la prudencia propia de su función correctiva— restablecer en cierta proporción la desigualdad originada en la depreciación de aquélla. Con lo cual no se provoca una situación de inseguridad, sino tan sólo se pone coto a la inseguridad preexistente —revelada por el hecho mismo de la depreciación— y se hacen respetar dos ingredientes fundamentales del orden social: la justicia y la buena fe" (CNFed. II, 30/09/79, ED, 90-843).

"El art. 1198 del C.C. sólo autoriza a 'demandar' la resolución del contrato, pero no a declararlo resuelto 'ipso facto' por propia autoridad de la parte que se considera afectada por la excesiva onerosidad sobreviniente" (CNCiv., Sala F, 10/04/79, "Alcal Hernández, Carlos y otra c/ Edificadora Maral Inmobiliaria S.A.", LL, 1979-B-595).

En materia comercial, cuando ambas partes son comerciantes profesionales, la jurisprudencia es más estricta en la aplicación de la teoría, así tenemos:

"Si bien puede aceptarse la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en materia mercantil, es bueno destacar que en este ámbito el rigor de su carácter excepcional debe ser extremado, atendiendo al alto riesgo inherente a los negocios comerciales y a su naturaleza especulativa, lo cual implica la presencia de connotaciones aleatorias como acompañantes regulares de los mismos; tanto más que la profesionalidad de las partes excluye que supuestos de acontecimientos sobrevinientes puedan ser caracterizados como imprevisibles en el sentido del art. 1198 del Cód. Civil" (CNCom., Sala A, 18/11/98, "Pedreira, Alberto José y otro c/ Santín, Alberto Carlos y otro s/ordinario", fallo N° 49.274, ED, 01/06/98).

En el caso de la adecuación o modificación judicial, expresaba Morello en el año 1975: "los jueces deben atenderse a criterios pragmáticos teniendo en cuenta los valores comprometidos en el tráfico. En esa tarea las directivas de la buena fe, el reparto razonable de sacrificios<sup>62</sup> y la

<sup>62</sup> El principio del esfuerzo compartido es la expresión utilizada por la ley 25.561 y que se critica en doctrina, caso Borda.

necesidad de mantener el equilibrio intrínseco del sinalagma, se erigen en auxiliares fundamentales<sup>63</sup>.

En la aplicación de este remedio hacemos nuestras las palabras de Mosset Iturraspe, en el sentido de que "la vuelta a la equidad no debe significar la inversión de los roles; el castigo para el beneficiado y el premio para el perjudicado, sino el retorno, en lo posible, al contrato originario"<sup>64</sup>.

"La buena fe debe acompañar el contrato en cada una de sus fases, y en su variable objetiva significa que el acreedor no debe pretender más en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato"<sup>65</sup>.

Coincidiendo con Furetti Laneri, la ejecución de buena fe es un principio supremo del derecho de obligaciones, con carácter de irrenunciabile por su naturaleza de principio de orden público.

Nuestra Corte Suprema puso fin a la interpretación del artículo 1198 que permitía demandar el ajuste equitativo al perjudicado, al resolver:

"El art. 1198 CC no comete una acción de revisión del contrato para el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente, previendo únicamente que la mejora equitativa pueda ser ofrecida por la otra parte" (CS, 21/04/92, "Kamenszein, Víctor J. y otro c/ Fried de Goldring, Malka y otros", JA, 1992-IV-166).

Aquí hay una diferencia muy importante entre el Código Civil y la ley 25.561 y el decreto 214/02, ya que estos últimos (arts. 11 y 8° respectivamente) establecen un camino de negociación extrajudicial, la mediación y ocurrir ante los tribunales para dirimir sus diferencias.

Nuestros jueces no han sido fugitivos de la realidad y han tratado de que se cumpla el objetivo del Derecho, que es la búsqueda de la justicia, búsqueda que es continua en este mundo cambiante.

Morello en el año 1992 afirmaba que "los abogados y los jueces no estábamos preparados para abastecer con responsabilidad plena ese

horizonte patrimonial en continuas turbulencias (blanco móvil) que tuvimos que aprender y hacerlo 'sobre la marcha'<sup>66</sup>.

Para terminar hago mías las conclusiones de la Comisión III de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, Setiembre 1991) "el contrato, como instrumento para la satisfacción de las necesidades debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado".

### XIII. Prescripción

Se debe aplicar el art. 4023, luego es el común de 10 años. El plazo comenzará a correr desde que se produzca el acontecimiento generador de la excesiva onerosidad de la respectiva prestación.

Como vemos se trata de un plazo muy extenso, así en las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, 1977) se recomendó de *lege ferenda* incorporar al artículo 4030 del Código Civil: "Prescriben al año las acciones emergentes del artículo 1198. Dicho plazo será computado desde la fecha de producción de los acontecimientos extraordinarios o imprevisibles invocados".

En el caso de del artículo 6.2.3. de los Principios de Unidroit, la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato estableciéndose que "Tal solicitud deberá formularla sin demora injustificada [...]".

En el Proyecto de Código de 1998 se establece en el art. 2502 un plazo de dos años en la lesión, desde la celebración del acto y nada se dice sobre la imprevisión, por lo que se aplicaría a la misma el plazo ordinario de prescripción que se fija en cuatro años, el que también nos parece excesivo.

Creemos que el plazo de dos años es aconsejable, ya que el de un año nos parece muy breve y, además, debería interrumpirse mientras las partes renegociaban el contrato.

<sup>63</sup> Augusto M. Morello, *Ineficacia y frustración del contrato*, Platense, La Plata, 1975, pág. 289.

<sup>64</sup> Jorge Mosset Iturraspe, *Interpretación económica de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 285.

<sup>65</sup> Augusto M. Morello - Antonio Tróccoli, *La revisión del contrato*, Platense, La Plata, 1977, pág. 99.

<sup>66</sup> Augusto M. Morello, "Los contratos entre la realidad negocial y las normas y los códigos", *LL*, 1992-B-785.