

Teoría de la imprevisión

Novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214/02 y 320/02.
La “acción directa por reajuste”: su admisibilidad

Por Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h.)

1. Antecedentes

Los primeros antecedentes relacionados con la imprevisión contractual podemos ubicarlos en el derecho medieval, donde los posglosadores sostenían que los contratos contenían implícitamente la cláusula que debían mantenerse, siempre que no se hubieren modificado las circunstancias de hecho existentes al contratar (*rebus sic stantibus*), porque las partes habían convenido el negocio en base a ellas.

Posteriormente se elaboró la teoría “base del negocio jurídico”, que según Larenz¹, son todas aquellas circunstancias generales que los contratantes tuvieron en cuenta para plasmar el acuerdo de voluntades, tales como el poder adquisitivo de una determinada moneda, la situación política, económica y social del lugar imperantes al momento de la contratación, etc., sin las cuales no se cumpliría la finalidad ni la expectativa prevista por las partes en el desarrollo del contrato.

Si en la base del negocio se produjera una alteración total e imprevista, que no hubiera sido considerada en el contrato, no sería de buena fe someter a la parte perjudicada, al cumplimiento de algo que se pactó bajo circunstancias totalmente distintas.

Por su parte Lehmann² sostiene, citando la teoría de la “presuposición”, que básicamente coincide con la anterior, donde se le otorga fundamental importancia a lo que se presupone debe ocurrir si las condiciones que motivaron el acuerdo de voluntades se mantienen en el tiempo, siendo una *condición no desarrollada* que determinó la voluntad contractual, que si bien no alcanzó a ser condición del contrato, por lo menos una de las partes se sometió a ella para plasmar el convenio.

A su vez Messineo³, expresa su desacuerdo con la doctrina de la presuposición, porque no puede fundarse unitariamente, sino que debe distinguirse entre los contratos con prestaciones recíprocas y los que la tienen a cargo de una sola de las partes. En los primeros, cuando el alea normal del contrato se excede por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que gravan a una sola de las partes, se produce el desequilibrio que abre la puerta a la aplicación de la imprevisión. Este autor, al citar el art. 1467 del Código Civil italiano, opina que es una norma de orden público porque su renuncia equivaldría a abandonar la acción por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a la suerte de uno de los contratantes⁴.

¹ Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, tr. J. Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, t. I, p. 314.

² Lehmann, Heinrich, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, p. 417.

³ Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tr. Sentís Melendo, Bs. As., Ejea, 1954, t. I, p. 216.

⁴ Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1994, t. 5, p. 919.

En nuestro país, la reforma de 1968 incorporó al art. 1198 del Cód. Civil, lo que hasta ese entonces era una teoría sobre imprevisión, y especialmente las conclusiones elaboradas en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (1961), que fueron la fuente de la consagración legislativa de dicha teoría, abonada por la opinión doctrinaria de Salas, Busso, Llambías, Borda, Mosset Iturraspe, Bueres y López de Zavalía, entre otros.

Mucho se ha discutido sobre la designación correcta del mecanismo contemplado por la parte segunda del art. 1198 del Cód. Civil, en cuanto a la resolución o revisión del contrato por un hecho extraordinario e imprevisible que lo transforma en excesivamente oneroso para una parte⁵.

Destacados juristas hablan de doctrina de la imprevisión (Busso), teoría de la imprevisión (Borda, Argeri, Cossio, Bustamante Alsina, Alterini, entre otros) imprevisión contractual (Rocca, Spota).

Frente a esta problemática de naturaleza semántica, nuestra opinión es:

a) Desde el punto de vista estrictamente técnico, debe hablarse de resolución del contrato o reajuste del contrato o revisión del contrato, por “imprevisión”, de este modo estaremos de acuerdo con las denominaciones dadas al tema, en la gran mayoría de los países occidentales.

b) Aunque se habla de “teoría de la imprevisión”, en realidad se trata de un “instituto legal”, dada su incorporación legislativa, pero en realidad, como la imprevisión comenzó como teoría, la costumbre ha seguido con la denominación primitiva.

c) Lo dicho en el apartado anterior es aplicable a la denominación “doctrina de la imprevisión”.

d) Creemos que si se desea buscar una palabra o un conjunto de ellas para designar la situación contemplada por el art. 1198, parte 2ª, del Cód. Civil, sería adecuado hablar de “imprevisión contractual”.

e) De todos modos, podría expresarse, que aun en los niveles no científicos, se conoce que las alusiones a la teoría del abuso del derecho y teoría de la imprevisión, no significan carecer de norma para imputar los supuestos dados (arts. 1071 y 1198, Cód. Civil, respectivamente)⁶. Por ello, en este trabajo nos abstendremos de nombrarla por una sola designación, nos referiremos indistintamente a doctrina de la imprevisión, instituto de la imprevisión, teoría de la imprevisión, imprevisión, imprevisión contractual, resolución por imprevisión, reajuste por imprevisión, revisión por imprevisión, etcétera.

2. Dinámica de la imprevisión

Con frecuencia se mencionan otros institutos en cuya virtud se da solución judicial a casos concretos en refuerzo de la imprevisión contractual. En ese sentido, se ha citado repetidamente el objeto lícito del art. 953, el abuso del derecho del art. 1071, el enriquecimiento sin causa, la lesión subjetiva y la usura.

⁵ LL, 1982-C-637.

⁶ LL, 1982-C-637.

También, estos estándares, han sido utilizados para anular o paliar las excepciones que las normas sobre imprevisión establecen, p.ej., el abuso del acreedor respecto a la mora de su deudor⁷.

Existirían, además, otros principios aplicables a la locación y a la compraventa, p.ej., los relativos a la calidad de precio serio o la situación de sorpresa por parte del acreedor, mencionada por Vélez Sársfield por única vez en el art. 775 del Cód. Civil respecto a la imputación del pago, cuya fuente es el art. 1255 del Código Napoleón y Pothier, pero que, a nuestro juicio, es extensible a otras situaciones, ya que se trataría de un vicio del acto jurídico, tema sobre el cual ya nos hemos expedido⁸.

Todo lo antes dicho nos inclina a meditar sobre si aun sin teoría de la imprevisión receptada por el Código Civil, sería posible, igualmente, proporcionar solución equitativa a supuestos que ahora se imputan directamente al instituto de la imprevisión⁹.

Con la agravante en nuestro caso corriente, de la dificultad existente para proporcionar una explicación convincente acerca de las numerosas y diversas hipótesis que se dan en sentido activo y pasivo, pasado, presente y futuro, según demande uno u otro contratante, haya o no culpa o mora concurrente, etcétera.

3. Acontecimientos que habilitan su aplicación

Entre los hechos o circunstancias que lo habilitan, tenemos los siguientes casos:

a) Damos por supuesto que la imprevisión no ha sido instituida para rectificar “malos negocios” ni para subsanar errores comerciales o financieros de los mismos¹⁰. No protege singularmente a una de las partes de consecuencias destructoras del contrato, se trata de expurgarla de una sobrevenida iniquidad nacida por circunstancias ajenas a las partes y al objeto o fin del negocio contractual¹¹.

b) Tengamos presente también que las medidas de junio de 1975 y la hiperinflación padecida en 1982 y 1987 a 1990 y la que podría generarse por la crisis económica y social explosionada en diciembre de 2001, constituyen en principio y sujetos a evaluación según las circunstancias de cada caso, hechos extraordinarios e imprevisibles (fuera de las previsiones –perspectivas, presentimientos, presupuestos– normales). Y así como la jurisprudencia entendió que el “Rodrigazo” resultó un hecho extraordinario e imprevisible, lo propio ha pasado con el “Sigotazo” (1981), con los coletazos de Malvinas (1982), el post plan austral y seguramente lo considerará con la crisis que provocó la sanción de la ley de emergencia pública 25.561¹².

No todo proceso inflacionario puede ser considerado imprevisible, porque la inflación en nuestro país se remonta a la segunda mitad del siglo XX, pero la inflación desatada fuera de los cánones habituales sí es imprevisible. También una brutal devaluación

⁷ CNCiv, Sala A, 31/3/81, LL, 1981-C-407.

⁸ Rocca, Ival - Rocca, Ival (h.), *Vicios de la voluntad. Sorpresa: teoría de su oponibilidad*, “Enciclopedia jurídica Omeba”, Apéndice VII, p. 1056; asimismo, Boffi Boggero, Luis. M., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Astrea, t. 4, 1986, p. 137.

⁹ LL, 1982-C-637.

¹⁰ C2ªCivCom La Plata, Sala III, 22/5/79, SupLL, 980-3.

¹¹ CNCiv, Sala I, 30/9/97, LL, 1998-B-116.

¹² Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *La ley de emergencia pública y los contratos*, ADLA, 2002, n° 1, p. 209.

ción de la moneda, como la ocurrida a partir de diciembre de 2001, cuando se encontraba vigente la ley de convertibilidad y desindexación 23.928 y con una autoridad económica que había descartado de plano la alteración de la paridad cambiara de un peso equivalente a un dólar, es un hecho indudablemente imprevisible.

La mayoría de la doctrina sostiene que la devaluación monetaria brusca y no prevista, abre el camino para invocar imprevisión¹³.

c) Por último, corresponde analizar las expresiones del Código Civil, prestación tornada “excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” para los contratos bilaterales conmutativos y unilaterales onerosos y conmutativos y unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada (art. 1198, parte 2^a, Cód. Civil), vinculadas estas expresiones, con las a nuestro juicio fundamentales de la parte inicial del art. 1198 (que suponen la ausencia de culpa o mora en la conducta de perjudicado), tenemos que: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

1) Del análisis de la reforma, teniendo en cuenta la redacción del anterior art. 1198: “Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”, es deducible que si bien el mismo hubiera permitido plantear la revisión del contrato cuando el precio se hubiere envilecido, el legislador se ha querido asegurar mediante una norma expresa (parte 2^a, art. 1198 actual), que tal revisión es posible en forma precisa y clara, bajo circunstancias ejemplificadoras (excesiva onerosidad, acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, sin culpa o mora del perjudicado).

2) El campo de acción de la doctrina de la imprevisión se encuentra delimitado por varios supuestos contemplados por el art. 1198, parte 2^a, tales como el grado de onerosidad, características de los acontecimientos, ausencia de mora o culpa, todo a la luz de lo establecido en la primera parte del artículo citado: necesidad que el resultado de la revisión esté dentro de lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

3) Tanto la “onerosidad excesiva” como el hecho desencadenante que debe ser “extraordinario e imprevisible”, quedan librados al arbitrio judicial. Desde ya que “el campo de apreciación judicial es amplio y al respecto son aplicables por analogía las normas contenidas en el Código Civil en sus arts. 953, 954, 1069, parte 2^a, y 1071. Sin embargo, con la sanción de la ley de emergencia pública 25.561, el Poder Ejecutivo en virtud del art. 11, queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la “doctrina” de la imprevisión. Véase que cuando la norma dice “doctrina”, se refiere al “instituto”, que es el texto legal vigente del art. 1198 del Código Civil y no a la opinión de los juristas. Por otro lado, el decr. 214/02, en su art. 8° establece que en las obligaciones exigibles de dar sumas dinerarias expresadas en moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, que fueron “pesifica-

¹³ Bustamante Alsina, Jorge, *La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión*, ED, 95-757; Krause, Juan, *La devaluación monetaria y el hecho imprevisible*, ED, 96-685; Vítolo, Daniel R., *El valor de la moneda y la imprevisión*, LL, 1981-D-868; Abatti, Enrique L. - Dibar, Alberto R. - Rocca, Ival (h.), *Nuevas soluciones sustanciales y formales ante acciones y excepciones por imprevisión contractual*, LL, 1983-A-810.

das”, cualesquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio, lo cual abre la puerta para plantear en su momento, judicialmente una acción directa por reajuste en base a la imprevisión, sin exigir previamente la resolución contractual, alterando el mecanismo del art. 1198, tema sobre el cual nos pronunciaremos más adelante.

4) Las circunstancias que determinen la calificación del hecho desencadenante que hagan viable aplicar la imprevisión, se vinculan con las exigencias explícitas específicas y genéricas e implícitas, del art. 1198 en sus dos apartados principales: nexo del hecho con la situación; carácter extraordinario imprevisto, insuperable (exigencia implícita de interpretación), esto es, que supere lo que las partes hubieren podido prever obrando con cuidado y previsión, adecuados subjetivamente a la diligencia normal de cualquier persona o a la propia de una persona especializada, cuando actúa en asuntos de su peculiaridad; gravedad de la onerosidad y relación de todas estas condiciones nuevas con las existentes al darse el contrato y con el resultado que devengará conforme a la resolución o reajuste que se disponga judicialmente.

4. La lesión y la imprevisión: diferencias temporales

Una sustancial diferencia entre ambos institutos (lesión e imprevisión) está dada en que *la lesión* (art. 954) *nace en el mismo acto* que da origen al contrato. En *la imprevisión*, *el hecho que la origina deviene con posterioridad* al acto de celebración, cual es la excesiva onerosidad. La lesión acaece por la desproporción entre ambas contraprestaciones, hay un sobrebeneficio desde el mismo momento que nace el contrato y aprovecha a una sola parte, perjudicando a la otra.

La lesión nace concomitantemente al negocio contractual, sin embargo una excesiva onerosidad sobreviniente y posterior al acto de celebración, sólo da cabida a la teoría de la imprevisión, en la lesión la inequivalencia de las prestaciones aflora por un aprovechamiento que existe desde cuando es celebrado el acto¹⁴.

5. Aplicación excepcional (irrestricada)

Diversos fallos y la casi totalidad de la doctrina declaran que el instituto de la imprevisión debe ser de *aplicación restrictiva*¹⁵.

La jurisprudencia opinó también que su aplicación debe ser *excepcional*; y nos enrolamos a esa doctrina, pues en los contratos, lo ordinario, es la vigencia de sus cláusulas como ley de las partes (art. 1197, Cód. Civil)¹⁶.

En analogía, sobre aplicabilidad de naturaleza restrictiva, opinamos:

a) El art. 1198 no aparece como restringiendo el campo de aplicación de la imprevisión, ya que también la admite para los contratos aleatorios (apuesta y juego), que dependen de acontecimientos inciertos y de la suerte (art. 2051, Cód. Civil). Para que

¹⁴ CNCom, Sala A, 14/11/97, LL, 1998-B-699.

¹⁵ CNEsp, Sala III, 18/12/79, RepLL, 1980-480, sum. 100, Mosset Iturraspe, LL, 1978-D-145; CNCiv, Sala B, LL, 1976-D-304, Sala D, LL, 1976-D-197, etcétera.

¹⁶ CNFedCivCom, Sala III, 16/9/88, LL, 1989-A-18; DJ, 1989-1-508; CNCom, Sala E, 10/5/989, LL, 1989-D-240, y LL, 1982-C-637.

proceda la aplicación en los contratos de suerte, es necesario que la excesiva onerosidad se origine en causas extrañas al riesgo propio del contrato.

b) Si el Código Civil no es demasiado riguroso con los contratos de suerte, en los cuales se dispensa asimismo la protección extraordinaria al jugador, tampoco lo es para el contratante que, al menos en el plano principal, no aparece comprometiéndose a la pura suerte. Siendo así, resulta improcedente la calificación de aplicabilidad restrictiva del instituto, lo que no quitaría su carácter excepcional.

c) Por ello no debe hablarse de aplicación restrictiva, sino de *excepcionalidad*. No debemos olvidar que el ap. 2° *in fine* del art. 1198, que estipula el tratamiento para los contratos aleatorios a falta de regla expresa que hable de amplitud o restricción, importa la norma análoga que es aplicable para decidir los demás supuestos del mismo artículo (art. 16, Cód. Civil).

6. Seguridad jurídica y moralidad

En muchas oportunidades se ha sostenido que la imprevisión contractual tiene una base moral, y en otras se ha dicho que está contra ella; también se ha argumentado que su aplicación resiente la seguridad jurídica y por otro lado expresado que tiende a consolidarla.

Quienes sostienen la base moral de la doctrina de la imprevisión¹⁷, muestran la inmoralidad que resulta, cuando en un contrato de compraventa en cuotas, el comprador pretende, amparándose en la letra del instrumento, pagar un precio meramente nominal, si no se ha pactado actualización.

Quienes argumentan que toda la teoría de la imprevisión importa una inmoralidad, expresan que si las partes han tenido en cuenta un determinado patrón para el contrato, apartarlas del mismo por aplicación de la imprevisión, importa una inmoralidad, dado que a partir de la decisión judicial de resolución o reajuste, se suprime en favor de la parte beneficiada, el riesgo propio de su parte en la negociación.

Quienes alegan que la imprevisión resiente la seguridad jurídica, parten del principio de que el contrato es ley para las partes y que la aplicación de la teoría lo reemplazaría en forma unilateral.

Quienes esgrimen que la teoría de la imprevisión refuerza el concepto de seguridad jurídica, sostienen que, en la medida en que el contrato es reformable, a través de un conjunto de exigencias que procuran trasladarlo equivalentemente en el tiempo, queda refrendado su carácter de ley de partes, como también el respeto de la buena fe en su cumplimiento "tal como las partes entendieron o debieron entender".

Sostenemos que en la medida que la imprevisión ha sido receptada legalmente, como forma de revisión contractual, ha debido asignársele, sin dudas, una finalidad moral, pero pensamos que la aplicación de la teoría no necesita a más de la mención de la norma legal su imputación a la moral, porque si así fuera, bastaría imputar el caso a ésta y resultaría innecesaria aquélla.

¹⁷ LL, 1982-C-637.

7. Nominalismo y “palabra empeñada”

Aferrarse a lo que se expresó cuando las circunstancias han alejado realidad a lo que se convino, es negar la propia esencia de la vida, en el tiempo y en el constante cambio.

Por ello no es aplicable al caso la tradicional mención de “la palabra empeñada”, ya que la solución jurídica exige el examen del caso dado con arreglo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

El apego a un mero formulismo no puede ser óbice para la aplicación de los principios jurídicos que inspiraron el reconocimiento del contrato como tal y que lo nutren constantemente en la vida de relación.

8. Circunstancias obstativas

1) *Mora*. Se ha expresado en forma genérica, que la mora impide requerir el amparo judicial fundado en la teoría de la imprevisión¹⁸. La excesiva onerosidad debe haberse producido sin intervención alguna del obligado: el hecho extraordinario e imprevisible debe ser extraño a su persona¹⁹.

El ap. 4° del art. 1198, establece que no procederá la resolución del contrato, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora, la referencia es solamente a la rescisión y no se habla del reajuste, porque esta parte del artículo está dirigida al actor respecto de la imprevisión, o sea, a quien la alega para resolver el contrato.

Hay autores que se remiten a la letra estricta del artículo y niegan acción en todo caso de mora, aunque predomina el criterio sobre que se trate de mora anterior o contemporánea al hecho desencadenante o que se vincule con producción de ese hecho o con la relación del mismo y la relación jurídica o negocio en cuestión.

La mora posterior al hecho imprevisible sólo será relevante para envilecer la posibilidad de esgrimir el instituto, la mora anterior al hecho que causó la inequivalencia de las prestaciones y no la nacida con posterioridad.

Entendemos que se debe interpretar la alusión a la mora, de acuerdo a la parte inicial del art. 1198 y con arreglo a las normas generales del Código, de forma que, v.gr., en caso de mora de la parte que invoca la imprevisión cuando también existe mora de la otra parte, será necesario acudir al art. 510 y conchs. del Cód. Civil, para llegar a una adecuada solución al caso dado. Es por otra parte una imposición de la parte inicial del art. 1198. En todos los casos estamos hablando de la mora nacida con posterioridad a las circunstancias que causaron la inequivalencia de las prestaciones.

2) *Culpa*. El ap. 4° del art. 1198 establece que no procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa.

Pero esta simple mención no nos satisface plenamente, dado los múltiples casos que se pueden presentar, máxime cuando con mayor razón, los supuestos de dolo no permiten invocar la imprevisión.

¹⁸ CNCiv, Sala A, 27/4/77, LL, 1977-D-197.

¹⁹ CNCiv, Sala D, 6/9/73, ED, 53-522.

a) Carga convencional del caso fortuito. Parecería que la parte tomadora de ese riesgo, carecería del derecho de invocar a su favor la imprevisión contractual.

b) Liberación convencional de la culpa. Como la dispensa de la culpa es legalmente posible (art. 507, Cód. Civil y sus fuentes), la parte culposa podría invocar la imprevisión.

c) Liberación anticipada del dolo. Esta convención carece de eficacia, no tiene validez alguna, así el contratante doloso no podría accionar por imprevisión (art. 507, Cód. Civil).

d) Liberación convencional del dolo ocurrido. Nada impediría ejercitar la imprevisión, en caso de liberación convencional del dolo ya producido.

e) Culpa ligada al hecho desencadenante. No sería legalmente posible invocar imprevisión.

f) Culpa de la parte beneficiada. Nada impediría el accionar por imprevisión a la parte perjudicada.

g) Culpa concurrente. Es posible la compensación (doctrina art. 1201, y nota al art. 512, Cód. Civil), por lo tanto podría invocarse la imprevisión.

h) Culpa múltiple y su graduación (arts. 512, 909, y concs., Cód. Civil). En este caso el juzgador deberá determinar previamente si la excedencia de la culpa del perjudicado impide el ejercicio de la acción del art. 1198.

Creemos que el art. 1198 no da una solución expresa a los múltiples supuestos que se pueden plantear y formando dicha norma parte de un cuerpo de leyes, son de aplicación las demás disposiciones regulares del mismo.

3) *Renuencia u omisión*. Hay inclinación a interpretar en relación con el instituto de la imprevisión, actos que por su momento de producción, no hacen a ella. Un fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil²⁰, ha resuelto que “el demandado no puede prevalerse de la facultad rescisoria acordada por el art. 1198, mediando una conducta renuente y pasiva, consistente en negarse a recibir los pagos y a no colaborar para la celebración de la escritura, esperando ser demandado para ejercitar ese derecho por vía reconventional”.

Opinamos que lo que el art. 1198 veda, es la conducta culposa en cuya virtud se produzca o acreciente el efecto del acontecimiento extraordinario e imprevisible que produjo excesiva onerosidad, pero en modo alguno regula la conducta de la parte en lo que hace a los demás aspectos de la relación jurídica, entre las mencionadas en el fallo, que supuestamente obstarían a la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Sí existe jurisprudencia que impide accionar por imprevisión si se paga o se recibe el pago y aceptáramos lo que el fallo mencionado dice en el sentido de que si no se paga o si no se cobra no se puede accionar por imprevisión, el instituto podría pasar a ser letra muerta, debido a que en ninguna circunstancia podría ser ejercido.

Por otra parte, fallos más modernos han interpretado con mayor realismo sobre cuál debe ser la conducta a adoptar por el perjudicado o requirente del instituto. No es trascendente el incumplimiento del deudor acaecido posteriormente al evento que produjo la frustración del fin contractual, aquí esa mora resulta intrascendente, porque la

²⁰ CNCiv, Sala C, 10/10/78, LL, 1979-B-28.

ley reconoce al deudor el derecho de no cumplir hasta tanto se produzca el reajuste equitativo de las condiciones del contrato²¹.

4) *Aceptación del curso contractual*. Coincide la jurisprudencia, en que si se realizan actos tales que supongan una convalidación del contrato existiendo ya el hecho desencadenante en base al cual se podría invocar imprevisión, p.ej., en el caso en que se efectúen pagos o percepciones no procedería ya la resolución del contrato²².

En sentido distinto se ha expedido la Cámara Civil²³, estableciendo que la recepción de pagos no constituye obstáculo para invocar ulteriormente la teoría de la imprevisión, especialmente, si se tiene en cuenta que el proceso de inflación que se invocaba, prosiguió su marcha ininterrumpida hasta el momento que la vendedora –en este caso– resistió el pago que le ofrecían los adquirentes.

Pensamos que la posición de la Sala A de la Cámara Civil de la Capital es la más aconsejable, dado que:

a) El art. 1198 no limita el momento en que puede utilizarse la acción, por lo que no puede exigirse lo que la ley no manda.

b) Está de acuerdo al principio de buena fe, mantener la vigencia del contrato hasta donde sea posible (principio de conservación del contrato), aun a costa de algún esfuerzo ya que si se fijan límites, es probable que por apresuración, las causas judiciales aumenten innecesariamente en cantidad.

c) Si quien demanda inmediatamente, es reconocido como titular de la acción y quien inicia juicio “cansado ya al no poder resistir más”, es negado en su acceso a ese derecho, se estaría premiando al impaciente y sancionando al más prudente, lo que es contrario a los principios de convivencia y a los contenidos en el art. 1071 del Cód. Civil.

9. Presupuestos para su impetración activa

En la jurisprudencia imperante, se advierte que para reconocer legitimidad en invocar la imprevisión, se requiere del actor que pretende beneficiarse de ella o del demandado que resulta igualmente actor en cuanto a la imprevisión a invocar: a) buena fe, b) probidad, c) prudencia, d) diligencia, e) oportuno cumplimiento, y f) sujeción a una resolución que se pida o un reajuste ofrecido por la contraria.

Si bien esta serie de exigencias generalmente se ha ceñido en la fórmula “buena fe-probidad”, en realidad es mucho más que ello, ya que se trata de condiciones encadenadas y relacionadas que hacen a lo que ha representado el desarrollo o curso del contrato.

Respecto a la culpa y la mora hemos expresado nuestras opiniones en el punto 8, y en lo que hace a las demás condiciones, creemos que la exigencia no puede ser ni pura ni absoluta, sino vinculada a lo que a su vez haya hecho la otra parte, o sea relacionada con la conducta asumida por el otro contratante.

No sería, v.gr., posible ni razonable medir con el mismo patrón la conducta de una persona común que ha contratado con un banco o financiera sobre la base de condicio-

²¹ CNCiv, Sala H, 22/9/94, LL, 1995-C-18.

²² C1ªCivCom Bahía Blanca, 22/11/79, RepLL, 1980-483, sum. 140.

²³ CNCiv, Sala A, 11/8/78, LL, 1978-D-145.

nes que aunque resulten contractuales han sido impuestas por el banco o financiera (contratos con cláusulas predispuestas); que otro originado tras un debate entre especialistas en el tema, que han suscripto el contrato elaborado resultante de su discusión previa y cuyas cláusulas reflejan una situación de equivalencia previa al contrato.

10. Presupuestos para su impetración pasiva

La imprevisión puede operar tanto como demanda, en la que se requiere la resolución, como reconvencción que a su vez hace ese pedido o por vía de una mera contestación de demanda, en la medida en que el art. 1198, no exige contrademandar para los ofrecimientos de mejora contemplados en su última parte.

Por ello, como sostiene Ival Rocca²⁴, “cuando aludimos al actor, nos referimos al actor en la teoría de la imprevisión (quien la invoca contra la otra parte contratante) y cuando aludimos al demandado, nos referimos a quien –sea actor o sea demandado en el juicio– contesta la pretensión de aplicar al caso la teoría de la imprevisión”.

Ante la situación de quien se opone a la resolución del contrato contra el que la ha pedido y quien ante una acción por reajuste, plantea a su vez la resolución, cabe preguntarse si es necesaria la ausencia de culpa o mora de este demandado, sea al allanarse a un reajuste que impida la resolución, sea al pedir la resolución, para impedir inconvenientes en un reajuste.

La solución al caso del demandado que se ha allanado al reajuste para impedir la resolución, no es muy complicada, porque la norma legal no le exige su falta de mora o culpa y por lo tanto no se puede obligar a cumplir lo que la ley no ordena.

Pero en cambio, la solución no aparece tan clara en el caso de que el demandado accione por resolución para evitar el reajuste.

Rocca opina que, teniendo en cuenta que para la resolución la ley exige expresamente que no exista culpa ni mora, dado el caso de culpa o mora del demandado que contesta pidiendo resolución, el ejercicio de tal remedio le está vedado.

Esto es naturalmente, sin perjuicio de los derechos de la otra parte, emanados de la culpa o de la mora o de ambos, que pueden obviamente dar lugar a otras acciones.

11. Acción directa por reajuste

Existe disparidad de criterios respecto a la posibilidad de accionar directamente por reajuste. Un sector de la doctrina (Morello, Mosset Iturraspe, Spota) sostiene que la parte perjudicada puede petitionar tanto el reajuste de las prestaciones como la resolución del contrato, estando facultado el demandado, si se accionó por resolución, reconvenir por reajuste y si se demanda por reajuste, requerir la resolución. Sometida al órgano jurisdiccional la vuelta a la equidad –el reajuste– por cualquiera de las partes, el juez es soberano en la repartición equitativa del riesgo sobrevenido, a la luz de la ecuación originaria, sin que signifique dicha vuelta a la equidad, la inversión de los roles: el

²⁴ *La imprevisión contractual y las revisiones del contrato*, Bs. As., Bias Editora, 1981, p. 100.

castigo para el beneficiado y el premio para el perjudicado, sino el retorno, en lo posible, al contrato originario²⁵.

Quienes admiten la acción directa por reajuste, se fundan en que el que puede pedir resolución, puede accionar por reajuste ya que “quien puede lo más puede lo menos”²⁶.

Por nuestra parte, hemos sostenido la postura contraria, coincidente con Llambías, Masnatta, Bustamante Alsina, Belluscio, Zannoni y Rocca²⁷, porque:

a) No siempre el que puede lo más puede lo menos, tal el caso de quien se proponga reivindicar la cosa principal, carece de derecho respecto a la accesorio aunque se separe de la principal (art. 2762, Cód. Civil).

b) No siempre –en el caso tratado– “lo más” es la resolución del contrato y “lo menos” es el reajuste, ya que en muchas oportunidades, es más difícil recomponer equitativamente el negocio, que dejarlo sin efecto.

c) No es por casualidad que el art. 1198 en su parte 2^a, reconoce la facultad de resolver, contra la opción de aceptar la resolución o de ofrecer una mejora contraprestacional y este sistema legal posibilita llevar adelante el contrato, ya que contra el derecho de pedir resolución, surge el de aceptarla o el de ofrecer mejores condiciones. Reconocer una facultad diferente, puede llevar a romper el equilibrio contractual.

d) Reconocer al demandante una acción directa por reajuste, es quitarle al demandado una posibilidad que el art. 1198 le reconoce expresamente, cual es la de optar por la resolución, con lo cual se destruiría el equilibrio.

e) Dar al actor el derecho a demandar por reajuste directamente, haría llegar a admitir que el demandado pueda cuestionar la posibilidad de vigencia del contrato modificado, ofreciendo la resolución.

Nuestra postura puede ejemplificarse claramente comparando el contenido de los arts. 1198 y 954.

El primero establece que “la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato” y que la otra “podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”; mientras que el art. 954 expresa que “el accionante tiene opción para demandar la nulidad o reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”. Comparando ambos artículos, vemos que la mención de la facultad solamente de pedir “resolución” no es casual, sino que responde a las distintas características de las situaciones de los arts. 1198 y 954, ya que el último trata de actos viciados que pueden purgarse y de explotación de necesidad, que han existido desde el nacimiento del acto, produciendo ventajas a la parte demandada por nulidad o reajuste.

²⁵ Bueres, Alberto J. - Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, t. 3 C, 1999, p. 48. Este criterio fue sustentado en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, Mendoza, 1976.

²⁶ CNCiv, Sala C, LL, 1979-B-555.

²⁷ Abatti, Enrique L. - Dibar, Alberto R. - Rocca, Ival (h.), *Nuevas soluciones sustanciales y formales ante acciones y excepciones por imprevisión contractual*, LL, 1983-A-810.

También la jurisprudencia de la Corte Suprema ha declarado que la posibilidad de reajustar el precio pactado en un contrato, de acuerdo a lo establecido por el art. 1198, está condicionada a que la contraparte impida la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos de aquél, por lo cual no es posible invocar la mencionada norma si el reclamante del reajuste no requirió la resolución del convenio ni la contraparte efectuó dicho ofrecimiento²⁸.

Con estos fundamentos, nos inclinamos por opinar que no podría demandarse directamente por reajuste, aunque ya hay jurisprudencia aceptando que el instituto de la imprevisión engloba tanto los pedidos para resolver el contrato como de reajuste del precio²⁹.

12. La acción directa por reajuste en el decreto 214/02

Sin embargo, ante los últimos acontecimientos institucionales, políticos y económicos, que provocaron una crisis sin precedentes en nuestro país, el derecho, como ciencia dinámica que es, debe adaptarse a los cambios y sucesos sociales. Para Vanossi, “los derechos no son absolutos y admiten limitaciones, que son más intensas cuando, como ahora estamos en emergencia”³⁰.

La misma ley 25.561 dispone en su art. 11, que el Poder Ejecutivo queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la “doctrina” del art. 1198 del Código Civil. El principio del “esfuerzo compartido” cuando habla de “doctrina” no se refiere al instituto, cual es el texto legal vigente del art. 1198, sino a la opinión de los juristas y la jurisprudencia. Por ello, ante la magnitud de los acontecimientos y la preexistente ley 23.928 de desindexación y convertibilidad, que establecía la paridad entre el peso y el dólar, más las promesas luego incumplidas de los titulares de turno del Poder Ejecutivo nacional y sus ministros, quienes aseguraron que se respetaría a rajatabla dicha paridad cambiaria, podría llegar a sostenerse la factibilidad del ejercicio directo de la acción por reajuste para quienes han contratado al amparo de dicha norma y promesas.

También el decr. 214/02 en su art. 8° (ratificado por el art. 2°, decr. 320/02), introduce un novedoso sistema extrajudicial de nivelación, por causas vinculadas a la aplicación del reajuste permitido en su art. 4°: “Cualesquiera partes podrán exigir que sea modificada la ecuación resultante, cuando el valor de la cosa, bien o prestación sea mayor o menor al de mercado al día de la cancelación parcial o total”. Impone como requisito que la parte impulsora no se encuentre en mora que le sea imputable –entendemos que se trataría de mora anterior al hecho desencadenante–. Se impone el lapso mínimo de un año, para que en los contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida o continuada pueda ponerse este mecanismo en movimiento, excepto en contratos de un plazo menor o cuando los valores queden palmariamente desfasados.

El último párrafo del art. 8° del decreto prevé una instancia judicial, para los casos de falta de concertación entre las partes, instando a los magistrados para que logren la pervivencia del contrato en una forma equitativa para ambos contratantes, siempre y

²⁸ CSJN, 3/7/79, ED, 86-139; CNCiv, Sala B, 19/5/83, JA, 1983-III-601.

²⁹ CNFedCivCom, Sala II, 22/8/96, LL, 1997-B-780, 39.268-S; íd., íd., 24/9/96, LL, 1997-E-272.

³⁰ Vanossi, José R., *La Argentina está al borde de la anonimía*, diario “La Nación” del 17/3/02, p.

cuando la parte requirente, no se hallare en mora que le sea imputable (art. 509 *in fine*, Cód. Civil), salvo que sea posterior al momento en que sobrevino el acontecimiento extraordinario e imprevisible generador, sólo la mora anterior impide la aplicación del instituto de la imprevisión³¹. La norma, a diferencia del art. 1198, no habla de culpa, pero por el principio general de que nadie puede invocar su propia torpeza y que el acontecimiento extraordinario e imprevisible debe ser ajeno a quien invoca la imprevisión, entendemos, siguiendo por analogía lo dispuesto por el art. 1198 mencionado, que no puede admitirse el reajuste de alguien que ha obrado con culpa.

Esta nueva legislación –más allá de su discutida constitucionalidad–, *pretende acoger implícitamente la doctrina sobre el ejercicio de la acción directa por reajuste*, aunque en una instancia no litigiosa, en principio y judicial en otra. Con lo cual, se estaría abriendo un nuevo panorama ante la coexistencia de dos normas que legislan sobre aspectos vinculados a la imprevisión, el art. 1198 del Cód. Civil y el art. 11 de la ley 25.561, el art. 8° del decr. 214/02 y el art. 2° del decr. 320/02, estos últimos sancionados al amparo de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo nacional por el discutido art. 76 de la Const. nacional.

13. Colisión normativa entre el artículo 1198 del Código Civil y el decreto 214/02

Para el art. 1198, la parte perjudicada en la relación contractual, se encuentra habilitada para accionar por resolución y la demandada, en su contestación, ofrecer un reajuste equitativo de los efectos del contrato.

Sin embargo, el art. 8° del decr. 214/02, aclarado por el art. 2° del decr. 320/02, habilita al perjudicado a accionar directamente por reajuste. Más allá de la eficacia o invalidez constitucional de estos decretos, como normas positivas que por ahora son, debemos analizar si existe una pugna normativa entre la disposición del Código Civil, la ley de emergencia pública 25.561 y los decretos mencionados.

Entendemos, tal como lo desarrollamos, siguiendo a Llambías, Busso, López de Zavalía y Rocca, que el art. 1198, no es una norma de orden público y por tanto es renunciable por las partes su invocación, así como el art. 513 del Código Civil, autoriza al deudor a hacerse cargo del caso fortuito. Sin embargo, la ley 25.561 de emergencia pública, en su art. 19 se autodeclara de orden público y deroga toda otra disposición que se le oponga, pero contrariamente, los decrs. 214/02 y 320/02 no son imperativos.

Entonces, si la ley posterior deroga a la anterior, podría llegar a sostenerse que la ley de emergencia 25.561 es de orden público y derogaría a toda otra disposición que se le oponga, entre ellas al art. 1198, parte 2ª, en lo que hace a que primero debe accionarse por resolución y luego la parte demandada podrá sí ofrecer un reajuste equitativo al contestar la demanda. Pero entendemos que esto no sería así, porque si esa hubiera sido la intención del legislador, éste lo hubiera dispuesto expresamente.

De todos modos, en principio, parecería encontrarnos ante una colisión normativa, producto de legislar apresuradamente en medio de una crisis vernácula institucional, económica y social sin precedentes. Entonces, ante los acontecimientos extraordinarios acaecidos, no debería descartarse que ambos mecanismos podrían ser utilizados, ya que coexistirían en nuestro ordenamiento jurídico, con la diferencia en relación al art.

³¹ Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, p. 143.

1198, que el art. 8° del decr. 214/02, establece que el reajuste en los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, *podrá ser solicitado anualmente*, salvo que los plazos fueran menores o que las diferencias de los valores resulten notoriamente desproporcionadas. En cambio en el sistema del Código, la imprevisión puede invocarse en cualquier momento, cuando la prestación se vuelva excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Para que la invocación de la teoría de la imprevisión sea eficaz, necesitará que el o los hechos que la habilitan reúnan las cualidades del caso fortuito o fuerza mayor (hecho actual, imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación, ajeno al deudor), mas de tal gravedad que afecte significativamente el negocio jurídico conmutativo, oneroso y de ejecución diferida o continuada, y frustre la meta contractual, aunque esta habilitación caería si ambas contraprestaciones a cargo de las partes son las que se han tornado onerosas en exceso, o sea, cuando la ambivalencia ha sido simétrica³². En definitiva, quedarán los jueces llamados a interpretar sobre este tema, en base a la opinión doctrinaria.

14. La imprevisión y las cláusulas estabilizadoras

Nada impedirá accionar por resolución ante un contrato que contemple cláusulas estabilizadoras (coeficiente de estabilización de referencia –CER–; art. 4°, decr. 214/02) como ocurre con los “pesificados”, nacies por los decrs. 214/02 y 320/02, si se dan los presupuestos del art. 1198, parte 2ª, pues es posible que esas cláusulas hayan sido concebidas bajo condiciones normales y que luego acontecimientos extraordinarios e imprevisibles las hayan desactualizado, sea por caso fortuito o fuerza mayor; un hecho actual, imprevisible, inevitable, sobreviniente, posterior a la constitución de la obligación, ajeno al deudor y con una fuerza suficiente como para provocar alteraciones significativas en las relaciones jurídicas conmutativas, de carácter oneroso y de ejecución diferida o continuada; que frustre la finalidad del contrato³³.

También podría darse el caso de un contrato en curso de ejecución que haya sido revisado judicialmente mediante ajuste, y que luego con el transcurso del tiempo y por hechos imprevisibles y extraordinarios se encuadre nuevamente en un supuesto del art. 1198. El nuevo acontecimiento habilitaría a plantear un nuevo pedido de resolución, acogimiento a reajuste, reajuste judicial, etc., ya que no existe norma alguna que vede las sucesivas revisiones, siempre y cuando se adecuen a las exigencias del art. 1198.

15. Contratos en moneda extranjera

Nuestra jurisprudencia ha querido desechar la imprevisión para obligaciones o contratos que involucren bienes de origen foráneo u obligaciones internacionales que abarquen aquel tipo de bienes y también a mutuos financieros con fondos en moneda extranjera³⁴.

Desde la sanción de la ley 23.928, que entre otras imposiciones modificó los arts. 617 y 629 del Cód. Civil, se equipararon las obligaciones en moneda extranjera a las de dar sumas dinerarias, modificándose el sistema preexistente, que las asimilaba a las de

³² C1aCivCom Córdoba, 21/5/992, LLC-1993-817.

³³ CNCiv, Sala I, 30/9/97, LL, 1998-B-116.

³⁴ SC Mendoza, Sala I, 30/12/93, DJ, 1994-2-992.

dar cantidades de cosas. Cabe preguntarse ahora si las medidas económicas de los últimos tiempos, que provocaron las sucesivas devaluaciones monetarias en la paridad peso-dólar y demás monedas extranjeras, constituyen el acontecimiento extraordinario e imprevisto, que produce una grave onerosidad.

Muchos opinan respecto a las consecuencias de la hecatombe económica actual, en el sentido que, lo que ocurrió realmente, es que quienes se obligaron a pagar en moneda extranjera han estado jugando a su hipotético bajo precio, mientras que otros jugaron a que el dólar, algún día llegaría a su valor real. Si fuera así, desbordaría lo equitativo admitir la procedencia de la imprevisión, en los casos en que ambas partes tenían conciencia de lo que podría ocurrir.

Los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que habilitan ejercer el art. 1198, deben causar una absoluta y excesiva onerosidad. Esto es que sea un hecho de naturaleza general, que incida sobre la sociedad y no sólo particular o relacionado con un deudor singularmente³⁵.

Estimamos eficaz peticionar la resolución de contratos en moneda extranjera, siempre que se den los demás supuestos del art. 1198, por la preexistencia de una norma (ley 23.928) que aseguró paridad cambiaria de un peso equivalente a un dólar estadounidense, lo que impidió creer que dicha norma pudiera ser pisoteada, por lo que mente alguna pudo vislumbrar una variación tan notable y súbita como la que se produjo a partir de diciembre del 2001.

16. Acción directa por reajuste en base al decreto 214/02

El decreto en su art. 8° al establecer la “pesificación” (conversión a pesos) obligatoria de las obligaciones tomadas en moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, a razón de un dólar estadounidense igual a un peso, licencia para cuando el valor de la cosa, bien o prestación fuere superior o inferior al del momento del pago, que cualesquiera partes podrán solicitar un reajuste equitativo del precio. En relación a este artículo, el art. 2° del decr. 320/02, establece que a los efectos del reajuste equitativo del precio, se deberá tener en cuenta el valor de reposición de las cosas, bienes o prestaciones con componentes importados. Para el supuesto de “obligaciones de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido”, la parte perjudicada está facultada a peticionar este reajuste anualmente, salvo que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de valores resultare notoriamente desproporcionada.

En este caso se trata de una mediación extrajudicial, salvo en el ámbito de la Capital Federal, donde es aplicable el procedimiento de mediación previa obligatoria (ley 24.573). Agotada esta instancia sin que las partes lleguen a un acuerdo, se habilita la etapa jurisdiccional. Recordemos que el requirente no podrá encontrarse en mora imputable –excepto un incumplimiento posterior–. La jurisprudencia ha resuelto que si cayó en mora el accionante ulteriormente al evento causante de la frustración del objeto contractual, esa mora será trivial, por el derecho de no cumplir que lo ampara, hasta que se materialice el reajuste equitativo en las condiciones contractuales³⁶.

³⁵ CNCiv, Sala D, 13/2/90, LL, 1990-D-290.

³⁶ CNCiv, Sala H, 22/9/94, LL, 1995-C-18.

El legislador orientado hacia el principio de la conservación del contrato, dispone para la “acción directa por reajuste”, que los jueces deberán arbitrar las medidas tendientes a la preservación de la relación contractual de forma equitativa para las partes.

Es evidente que se trata de la aplicación de un mecanismo similar al del art. 1198, parte 2ª, del Cód. Civil, pero como acción directa por reajuste equitativo de las prestaciones, como lo mencionamos anteriormente.

17. Reajuste jurisdiccional “de oficio”

Se conocen fallos que admiten la aplicación de oficio por el juez de reajustes por imprevisión³⁷.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha rechazado los reajustes realizados de oficio, declarando que conculcan las garantías de defensa en juicio (art. 18, Const. nacional) y del derecho de propiedad (art. 17).

Pero como no todos los casos son iguales, creemos que son de aplicación las siguientes reglas en base al art. 1198 del Cód. Civil y al decr. 214/02:

a) Siempre que exista acuerdo de ambas partes sobre la resolución, el juez debe acogerla.

b) Cuando una de las partes propone resolución y la otra pide reajuste, el juez puede resolverla si se aceptó el reajuste al contestar la demanda en términos dubitativos y debe resolver el reajuste si así petitionó con dichos absolutamente claros.

c) Si el actor acciona por reajuste basado en el art. 1198 del Cód. Civil y el demandado pide resolución, el juez debe ordenar la resolución del contrato, pero si el actor pide reajuste invocando el decr. 214/02, el juez debe resolver el reajuste en base a los parámetros de su art. 8º, arbitrando medidas conducentes a preservar la continuidad del contrato en forma equitativa para las partes.

d) En el caso que ambas partes pidan reajuste, el juzgador debe reajustar.

18. La imprevisión y derivaciones del prorrato equilibrado de sus secuelas

1) Consideramos que existen las siguientes situaciones posibles para la aplicación del instituto de la imprevisión, basado en el art. 1198, parte 2ª, del Cód. Civil y decr. 214/02: a) actor que pide resolución; b) demandado que acepta la resolución; c) demandado, que ofrece reajustar o se allana al reajuste judicial; d) actor que pide reajuste; e) demandado, que opta por la resolución o acepta el reajuste o se allana a lo que fije el juez; f) juez que resuelve, reajusta o mantiene, según la previa posición de las partes.

2) Pensamos que pueden darse diversas situaciones respecto a la culpa o mora de ambas: a) culpa o mora o ambas, del actor; b) culpa o mora o ambas, del demandado; c) culpa o mora o ambas, del actor o del demandado; d) culpa del actor y mora del demandado; e) mora del actor y culpa del demandado, etcétera.

³⁷ CNCiv, Sala F, 5/5/80, LL, 1980-D-457; íd., Sala B, 29/4/80, ED, 88-832; íd., íd., 30/9/80, ED, 91-580; íd., Sala G, 8/10/81, ED, 97-634.

3) Creemos que existen graduaciones de culpa y no son iguales las del actor y las del demandado.

4) Y, si bien la norma habla de un obrar diligente, con cuidado y previsión, aunque no exista culpa o dolo, existen diversos grados y puntos de vista para considerar la diligencia, el cuidado y la previsión.

Además, según el tipo de negocio y la etapa en que se encuentre, el reajuste judicial de la obligación puede establecer un reparto de las consecuencias de la imprevisión, sería como una carga equitativa de las modificaciones introducidas. En realidad, para la aplicación del instituto de la imprevisión, no hay valores absolutos o invariables. Ahora, en los casos que las prestaciones pendientes a cargo de ambas contrapartes fueron las receptoras del impacto, la justicia determinó inaplicable la doctrina de la imprevisión.

La teoría en estudio se sustenta en el principio de la buena fe contractual y tiende a mantener el equilibrio recíproco de las prestaciones y será desechada su aplicación cuando el hecho ajeno e imprevisible a las partes modifica proporcionalmente ambas prestaciones³⁸.

19. Admisión de la imprevisión y prestaciones cumplidas

En los contratos de ejecución continuada, los efectos cumplidos no pueden ser alterados; tal el caso de la locación inmobiliaria, p.ej., en la cual el uso y goce por el locatario durante el lapso anterior y los alquileres obtenidos por el locador, quedan firmes y no pueden ser objeto de revisión.

Los efectos de aplicar la teoría de la imprevisión, sea para el pedido de resolución de contrato como el de reajuste del precio, habrán de operar –en los de ejecución continuada– hacia el futuro y no hacia el pasado y su finalidad es expurgar del contrato, aquella inequidad nacida en un hecho exterior y perturbante del sinalagma.

Para el caso de los otros contratos comprendidos por el art. 1198, la prestación recibida deberá ser restituida recíprocamente, una vez producida la resolución por el juzgador; esto es aplicable, v.gr., al contrato de compraventa inmobiliaria en el cual el vendedor recibió parte del precio y entregó al comprador la posesión, debiéndose entonces restituirse la posesión al vendedor y la suma percibida al comprador, con el consiguiente reajuste por depreciación monetaria, cuando fuera legalmente posible (prohibición de la ley 23.928).

Desde ya que respecto de relaciones plenamente extinguidas no es posible la revisión, desde que ya no existen³⁹.

20. Eficacia de la renuncia anticipada a la imprevisión

Ante todo, nunca podrá esgrimirse contra el deudor una renuncia “virtual” a la teoría mencionada, ya que el art. 874 del Cód. Civil desecha su presunción e impone un carácter restrictivo a la misma⁴⁰.

³⁸ C1ªCivCom Córdoba, 21/5/92, LL, C-993-817.

³⁹ CNCiv, Sala E, 5/9/78, LL, 1979-C-608.

En *La imprevisión contractual*⁴¹, reseñamos las diversas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales respecto a la renuncia al beneficio de la imprevisión⁴²; recordemos que hay una corriente de opinión que admite la validez de la renuncia anticipada a la imprevisión si la misma ha sido realizada por la parte “fuerte” del contrato⁴³; otra corriente sostiene que dicha renuncia es contraria al orden público y buenas costumbres⁴⁴.

Opinamos que:

1) La imprevisión no es de orden público, dado que su acción puede o no ser intentada y que, aun deducida, el contrato puede continuar. Por lo tanto, si la imprevisión no es de orden público, tampoco es necesario hablar de parte “fuerte” o “débil”, ya que ambas o cualquiera de ellas puede renunciar.

2) La imprevisión no es una vinculación contractual, sino el modo de reajustar o resolver un contrato; entonces, lo que interesa es el carácter de orden público de un contrato dado y no el carácter de orden público de la imprevisión.

3) Por ello, no puede rotularse como “fuerte” o “débil” a una u otra parte de un contrato, sin haber analizado y sopesado todas las circunstancias de modo, tiempo y etapa de cumplimiento que lo rodean, ya que dentro del mismo contrato, por diversas circunstancias, la parte débil puede pasar a ser la parte fuerte y viceversa, tal como ha ocurrido con los contratos de locación alcanzados por leyes emergenciales, en los cuales, la parte débil, que tradicionalmente era el locatario, pasó a ser la parte fuerte; y es más, en el régimen del Código Civil, el locador de inmueble es considerado parte fuerte antes que el locatario ingrese a la finca; pero esto a su vez puede cambiar, ya que el locatario pasará a ser parte fuerte desde el momento en que entre en la tenencia del inmueble, pudiendo si así lo decide, renunciar, p.ej., al plazo mínimo legal de la locación, con lo cual se viene a corroborar que de acuerdo a las circunstancias es parte “fuerte” o “débil”.

4) El art. 513 del Cód. Civil, permite al deudor hacerse cargo del caso fortuito y así también lo interpretó la jurisprudencia.

Por ello, para determinar la validez de la renuncia anticipada a la imprevisión, es necesario analizar el contrato de que se trata conforme a las circunstancias de lugar, tiempo y etapa.

21. Conclusiones

De acuerdo a las fundamentaciones precedentemente expuestas, podrán extraerse ciertas soluciones originales, que no resultan las consuetudinarias, pero que las vemos vivas –merituando elementos y hechos que hemos presentado y las pautas o el sentido común–, concordantes con el origen y finalidad receptiva de la teoría de la imprevisión plasmada en el art. 1198, parte 2ª, del Cód. Civil, conforme al texto introducido por la ley 17.711 y la novísima generación normativa en materia de emergencia pública, como la ley 25.561 y los dectrs. 214/02, 320/02 y resoluciones reglamentarias:

⁴⁰ CNCiv, Sala C, 4/9/80, JA, 1981-III-238.

⁴¹ LL, 1982-C-637.

⁴² CNCiv, Sala B, 28/7/80, LL, 1981-A-291.

⁴³ CNCiv, Sala A, 11/8/78, LL, 1978-D-145.

⁴⁴ Mosset Iturraspe, Jorge, *Teoría general del contrato*, Rosario, Orbir, 1970, p. 323.

a) No deriva inexcusable la aplicación restrictiva de la imprevisión, sino que la admisión depende de las circunstancias determinantes de cada caso, ya que la cantidad y calidad de las hipótesis posibles, resultan infinitas.

b) Los magistrados deben discernir las particulares de la mora y de la culpa habida en ambas partes, sopesar esos factores en la relación de los sujetos, medir las respectivas gravedades e incluso, declarar las compensaciones de culpas o moras que resultaren procedentes, conforme a la naturaleza del caso en juzgamiento.

c) En principio, está vedado accionar directamente por reajuste basado en el art. 1198. Si se admite esa posibilidad se introduce un trastocamiento de la ecuación impuesta por el legislador. La mención “el que puede lo más puede lo menos” con ser efectista, es inaplicable al caso: 1) porque se trata de supuestos de distinta naturaleza, el cumplimiento o la reducción o mejora; 2) porque no hay razón para pensar que “lo menos” es reajustar una relación convencional; 3) pero a la luz de las disposiciones de la ley 25.561 y de los dectrs. 214/02 y 320/02, dadas las circunstancias especialísimas extremas de los acontecimientos políticos, institucionales, sociales y económicos de fines del año 2001 y principios del 2002, sería posible accionar directamente por reajuste, siempre que la mora no le fuere imputable al accionante y no obrare con culpa.

d) Los tribunales deberán establecer las respectivas cargas de la imprevisión en todos los casos, con arreglo a las reglas del derecho común.

e) No es de orden público la imprevisión, en relación al art. 1198, pero lo sería en los supuestos de la ley 25.561, conforme lo impone su art. 19. Los dectrs. 214/02 y 320/02, no son normas imperativas y al no ser un contrato, ante el cual pueda hablarse de parte “fuerte” y parte “débil”, la renuncia anticipada a esgrimir “imprevisión” tiene plena validez. *Esto no podrá impedir que la parte pueda plantear imprevisión respecto de su propia renuncia*, conforme a la respectiva relación contractual, si se dan las circunstancias del art. 1198 para el momento de juzgamiento (hecho determinante con caracteres del caso fortuito o fuerza mayor), así será actual, imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación, ajeno al deudor y con entidad para provocar alteraciones significativas en las relaciones jurídicas conmutativas.

Cuan importante sería que todo el brío parlamentario de la democracia estuviera consolidado en un sólo y único Congreso legislativo, desechando para siempre la dilapidación que significa para nuestra República, sancionar leyes locales totalmente superfluas e inconsistentes, que sirven únicamente para justificar burocracias retrógradas, lejanas a un estado moderno, dinámico y eficaz.

Bibliografía

Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), 1500 *Modelos de contratos, cláusulas e instrumentos. Comerciales, civiles, laborales, agrarios*, Bs. As., Abacacía, 1994-2002.

- *Desindexación y convertibilidad*, Bs. As., Abacacía, 1991.
- *La demanda anticipada*, Bs. As., Abacacía, 1990.
- *La ley de emergencia pública y los contratos*, ADLA, 2002, nº 1, p. 209.
- *Los alquileres progresivos*, Bs. As., Abacacía, 1990.
- *Los decretos 214 y 320 y la “pesificación” forzosa*, ADLA, 2002, nº 4, p. 67.

Abatti, Enrique L. - Dibar, Alberto R. - Rocca, Ival (h.), *Nuevas soluciones sustanciales y formales ante acciones y excepciones por imprevisión contractual*, LL, 1983-A-810.

- *La imprevisión contractual*, LL, 1982-C-637.

Abatti, Enrique L. - Griffi, Omar E. - Rocca, Ival (h.), *Aspectos probatorios de la teoría de la imprevisión*, ED, 90-164.

Alegria, Héctor - Rivera, Julio C., *La ley de convertibilidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991.

Alterini, Atilio A., *El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente*, LL, 1978-C-42.

Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Curso de obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978.

Argeri, Saúl A., *Esbozo interpretativo del nominalismo de nuestro Código Civil*, LL, 1976-B-616.

Aristides (Ival Rocca), *La aplicación del art. 3º, inc. i e inc. k de la ley de alquileres; justo valor locativo, y justo porcentual de renta actual de inmueble urbano*, LL, 107-921.

Ascarelli, Tullio, *Studi giuridici sulla moneta*, Milán, Giuffré, 1952.

Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, t. 5, 1994.

Bueres, Alberto J. - Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, t. 3 C, 1999.

Busso, Eduardo, *Doctrina de la imprevisión*, LL, 156-1166.

Colombo, Carlos, *La depreciación de la moneda y las deudas de dinero*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Bs. As., Depalma, 1968.

Gregorini Clusellas, Eduardo, *La emergencia económica y las locaciones urbanas... autonomía de la voluntad o intervencionismo*, LL, 28/2/2002.

Griffi, Omar E. - Garrido, Roque F. - Abatti, Enrique L., *Prehorizontalidad: acotaciones al plenario Cotton*, ED, 84-433.

LLambías, Jorge J. - Rivera, Julio C. - Posse Saguier, Fernando, *Código Civil anotado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. 3 A, 1978.

Morello, Augusto M., *El federalismo jurídico. Los restos del naufragio*, LL, 19/2/2002.

Morello, Augusto M. - Troccoli, Antonio A., *Imprevisión cambiaria y revisión del contrato*, JA, 1981-III-771.

Mosset Iturraspe, Jorge, *Reparto de la excesiva onerosidad sobreviniente con base en la equidad*, nota a fallo, LL, 1978-D-143.

Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Traité de droit civil*, Paris, 1957.

Rocca, Ival, *Abuso del derecho*, LL, 104-977.

- *Contratos y procesos de locación (Derecho transitorio y permanente)*, Bs. As., La Ley, 1977.

- *El inquilino pudiente en la ley de alquileres*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.

- *Expropiaciones, ocupaciones y retrocesiones. Claves de la ley 21.499 y su jurisprudencia*, Bs. As., Plus Ultra, 1980.
- *La imprevisión contractual y las revisiones del contrato*, Bs. As., Bias Editora, 1981.

Rocca, Ival - Griffi, Omar E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Leyes 22.434 y 17.454. Comentado y anotado con doctrina y jurisprudencia*, Bs. As., Plus Ultra, 1981.

Rocca, Ival - Griffi, Omar E. - Garrido, Roque F. - Rocca, Ival (h.) - Abatti, Enrique L., *Boleto de compraventa horizontal*, Bs. As., Bias Editora, 1982.

Rocca, Ival - Griffi, Omar E. - Garrido, Roque F. - Rocca, Jorge E. - Rocca, Ival (h.) - Abatti, Enrique L., *Derecho de la propiedad horizontal*, Bs. As., Bias Editora, 1970-1986.

Trigo Represas, Félix A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, La Plata, Platense, 1978.

Zannoni, Eduardo, *Revaluación de obligaciones dinerarias*, Bs. As., Astrea, 1977.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

