

EL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES Y LA RECOMPOSICIÓN DEL CONTRATO: MECANISMOS, IDEAS Y TENDENCIAS

MARCELO URBANO SALERNO

Disertación pronunciada en el acto de clausura del Simposio Internacional de Derecho Civil celebrado en la ciudad de Posadas el día 18 de septiembre de 2019

1.- Un actor del mercado

Desde una perspectiva económica se puede apreciar las funciones que cumplen los contratos según las diversas clases de operaciones a realizar en los mercados. La intensa actividad económica, sea mercantil, extractiva o industrial, determina su propia regulación, donde lo convenido es su lógica consecuencia legal. Todo se gobierna por la autocomposición de los intereses de las partes contratantes, vale decir, es obra de la regulación establecida por las mismas partes intervinientes mediante previsiones particulares, conforme el principio de la autonomía de la voluntad, el cual también rige en los contratos internacionales en los cuales incluso se puede elegir la ley aplicable.

El análisis multidisciplinario, caracterizado por la íntima relación entre el derecho y la economía, permite comprender mejor las operaciones en el mercado y detectar la evolución del sistema a medida que surgen nuevos fenómenos en el intercambio de bienes y servicios. Dicho enfoque brinda un amplio panorama sobre las operaciones realizadas en el mercado. Será el método apropiado para conocer los intereses pecuniarios tenidos en cuenta al contratar y la formación de los precios correspondientes a las prestaciones acordadas. Jean Tirol, quien recibió el premio nobel el año 2014, utilizó la teoría de los juegos y el diseño mecánico para analizar a los contratos y sentar sus conclusiones, como lo hizo sobre las relaciones verticales.

2.- Cambio e innovación legislativa

Una nueva ley exige detenerse a examinarla con cuidado para poder apreciar los cambios que introdujo en el ordenamiento. Si se trata del novísimo Código Civil y Comercial de la Nación la tarea es mucho más compleja, porque ese cuerpo legal recién sancionado innova respecto del anterior en diversas instituciones, algunas de estas huérfanas de precedentes. Por ello es que a partir del 1º de agosto de 2015, fecha en que entró en vigencia dicho Código, es necesario actualizar los conocimientos para adaptarlos a la realidad. De ese modo se presenta un desafío para toda la población, y en particular al ámbito de la magistratura y del foro. Ahora están unificadas las ramas civil y comercial en el mismo corpus; ambas ramas son la suma de los derechos subjetivos de contenido económico.

Si bien cabe hallar ciertas diferencias con la regulación preexistente, una sólida formación jurídica permitirá comprender mejor los cambios habidos a la luz de la experiencia. Es conocida la frase de un antiguo profesor que decía: no enseñe el Código, enseñe el derecho. Y esta frase marcó a sucesivas generaciones. Citaré como ejemplo las enseñanzas que dejó Héctor Lafaille: primero en los apuntes que tomaron sus alumnos para

publicarlos el año 1921, y después en los volúmenes de su tratado de derecho civil que se editó en 1947 después de su retiro de la cátedra. En ese tratado su autor siguió el “método racional implantado por la escuela histórica, desarrollado por Savigny y claramente expuesto por Capitant”. Expuso la normativa vigente, luego resumió el Proyecto de Reformas de 1936, y por último dedicó una sección al derecho comparado; los lectores tuvieron así un cuadro completo de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

3.- Supervivencia de los Códigos abrogados

No hay duda que la elaboración del actual Código Civil y Comercial, joven y lozano, llevó largos años de discusión, dado que los juristas fueron preparando el material en los Congresos Nacionales –la mayoría de ellos tuvieron lugar en la ciudad de Córdoba-, en Jornadas y conferencias. Hubo varias iniciativas importantes con anterioridad y hasta el Parlamento sancionó una ley que no entró en vigor por el veto total del Poder Ejecutivo. Cuando repasamos esos antecedentes advertimos que el camino de una reforma integral ya estaba despejado. Desde el instante de su puesta en vigor, se inició una labor doctrinaria de indagación sobre sus artículos. Con motivo de su sanción, la que abrogó el Código anterior de 1871 y sus numerosas reformas, se plantea el problema de la supervivencia de este último. Lo mismo ocurre con el antiguo Código de Comercio de 1890 (ley 2637). Entonces surge la necesidad de aplicar normas transitorias a fin de dirimir los casos litigiosos cuyo origen es anterior al 1º de agosto de 2015, debido a que no es admisible aplicar el novísimo corpus en forma retroactiva. De ahí que la jurisprudencia tenga que cubrir los vacíos legislativos que se operan en el supuesto de los contratos en curso de ejecución, es decir, aquellos celebrados con el Código anterior y que continúan produciendo efectos a partir de la vigencia del novísimo Código. Esta cuestión requiere un examen particular.

4.- El principio de irretroactividad de la ley

La teoría de la irretroactividad de la ley fue incorporada al novísimo Código Civil y Comercial, según el pensamiento de Guillermo Borda, quien se inspiró en Roubier, autor francés que le dedicó una obra en 1929. Borda, no aceptó la noción de los derechos adquiridos, y por ello empleó el término situación jurídica a fin de establecer el modo de aplicar una disposición legal. Valga aclarar que en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en la ciudad de Córdoba en el año 1969, la mayoría de los asistentes propuso mantener el art. 3º del Código Civil de 1871, y recomendó establecer pautas genéricas sobre derecho transitorio. La recomendación de ese Congreso no ha sido tenida en cuenta.

El actual art. 7º receptó la teoría de Borda, en los siguientes términos: “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario”. Además, dice que la retroactividad establecida por ley no puede afectar derechos amparados mediante garantías constitucionales, aunque, admite la posibilidad que se dicten normas retroactivas. Al comienzo de ese artículo se lee: las leyes, a partir de su vigencia, se aplican a las “consecuencias” de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. A propósito de ello cabe recordar entonces que a su vez el art. 965 declara: “Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”. Ricardo Luis Lorenzetti sostiene que en dicho artículo 7º quedan subsumidas “todas las relaciones jurídicas futuras”, frase que tomada al pie de la letra significa que el novísimo Código solo se aplica a las relaciones contractuales nacidas después del 1º de agosto de 2015.

Otro de los problemas que suscita dicho artículo es el caso de los juicios en trámite sin concluir, iniciados antes del 1º de agosto de 2015, en los cuales según el parecer de Julio César Rivera se afectaría el derecho a la defensa de cada parte del proceso si llegase a aplicar la nueva ley.

Sobre las leyes de fondo retroactivas, las críticas de los autores son frecuentes, aunque la jurisprudencia tiene el criterio que se pueden aplicar hacia el pasado. Se debe tener en cuenta que el principio de irretroactividad reconoce excepciones, como ser las leyes de orden público y las imperativas; la Corte Suprema resolvió desde hace años que son de orden público las leyes sobre circulación monetaria y emisión de moneda. Como así también las que tengan por objeto hacer aclaraciones, sentar criterios interpretativos, y declarar el sentido de alguna norma en particular.

Aplicar en un caso las leyes supletorias de los contratos plantea interrogantes (art. 963 incs. c y d). A fin de que un contrato escrito sea valido debe reunir todos los elementos esenciales, sin perjuicio que las partes acuerden cláusulas especiales para regularlo. Ese acuerdo de voluntades tiene fuerza vinculante y opera como si fuese una ley, siempre que no transgreda el orden público y las buenas costumbres. Incluso se admite la validez de un trato en el cual se hubiese pactado como ley supletoria a la legislación extranjera, lo cual es común en los contratos internacionales. Cuando los celebrantes no hubiesen previsto una cláusula especial sobre un “item” en particular, el contrato se integrará con el régimen legal fijado en forma supletoria por el Código, el cual no es imperativo. De ahí que a los fines hermenéuticos exista un orden legal de prelación, el que en último término remite a las normas supletorias del “corpus iuris”. Es aquí donde surge el interrogante sobre la aplicación de normas abrogadas o de las nuevas disposiciones, vale decir, si la ley supletoria vigente se aplica a los contratos en curso de ejecución. Recuerdo que el Proyecto de 1998 disponía en su art. 4º que en ese caso no le serían “aplicables las nuevas leyes”.

Esa inquietud no ofrece ninguna duda cuando las prestaciones del contrato han sido cumplidas según lo acordado; los actos ya están consumados. Pero pueden estar pendientes de ejecución, contratos a plazo celebrados con anterioridad al 1º de agosto de 2015. Guillermo L. Allende sostenía que el derecho mismo se rige por la ley bajo cuyo imperio nació y su ejercicio se va regulando conforme a las leyes que rigen al tiempo en que se ejecuten los actos. La Corte Suprema admite respetar las modificaciones introducidas por los nuevos preceptos en tanto configuren “circunstancias de las que no es posible prescindir” (Fallos 339:349). Sin embargo, como las leyes supletorias existentes a la fecha de la formación del contrato fueron las que determinaron a las partes a celebrar su trato, el cambio de normativa podría afectar sus derechos, porque se estaría aplicando otro régimen jurídico en forma retroactiva.

5.- Devaluación, inflación y recesión

En estas circunstancias, en el presente escenario del siglo XXI, la investigación es fundamental para poder analizar el régimen de los contratos en profundidad, desde su perspectiva económica. La época en que hoy se desarrolla la actividad productiva, sustentada en el acuerdo de la voluntad de los contratantes, tiene características peculiares. Son tiempos de devaluación monetaria, de inflación y de recesión. ¿Cómo los fenómenos descritos encuentran una respuesta adecuada dentro de los textos vigentes? Es cierto que no estaban contemplados en el antiguo Código que redactó Vélez Sársfield,

jurista de la escuela clásica que en una de sus notas escribió aquella célebre frase: “cuando ha habido alteración de las monedas ... se debe reembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo”. Perdió vigencia y como ha escrito Marcelo López Mesa se debe hacer una “actualización constante de los conceptos”, porque de lo contrario no se podrán percibir los cambios habidos en la normativa aplicable.

Una difícil tarea se presenta al intérprete a fin de encuadrar los fenómenos causados por las crisis en los principios y reglas incorporadas al Código vigente, el cual ofrece algunas soluciones que serán objeto de esta exposición. Tengo para mí que el derecho cumple la función de árbitro en los casos que se planteen de futuro, a medida que la jurisprudencia vaya fijando las pautas que servirán de guía a fin de solucionar los conflictos. En esos momentos hay que aferrarse a las instituciones, la tabla de salvación que permita superar la inestabilidad y recuperar el equilibrio. Recuérdese que el predicador francés Lacordaire decía: “Entre el rico y el pobre, entre el débil y el fuerte, la libertad es la que oprime, la ley la que libera”.

¿Cómo hacer frente a una crisis? La respuesta consiste en hallar un mecanismo apropiado a fin de poder realizar una actividad que redunde beneficios durante un ciclo de inestabilidad económica o monetaria. Las partes suelen tomar precauciones en esas circunstancias, según como estimen que será el curso de los acontecimientos, y buscan preservar la base económica del negocio a realizar. Pactan cláusulas de salvaguarda en las prestaciones a cumplir a mediano o largo plazo, en razón de los riesgos que asuman. La cláusula “hardship” es frecuente, porque permite renegociar el trato, incorporada por ser de práctica en el comercio internacional. Significa abrir una nueva instancia para que las partes puedan debatir entre sí como zanjar las diferencias y luego acordar las modificaciones indispensables para posibilitar el cumplimiento del contrato. En ese sentido, llegado el caso, es conveniente pactar una cláusula a fin de obtener un reajuste de las prestaciones, sea por la vía judicial o por la vía arbitral.

6.- El contralor judicial

De más en más predomina una concepción solidaria del contrato, a fin de que las prestaciones convenidas mantengan el equilibrio inicial y de ese modo evitar la caída del volumen de las operaciones en el mercado, causa de la recesión. El Código vigente se orientó en esa dirección para que se puedan recomponer las prestaciones mediante un reajuste en los supuestos de excesiva onerosidad. En Brasil el Código actual del año 2002 receptó ese criterio y además declara que el contrato cumple una función social.

Corresponderá a los jueces decidir cuál será el criterio que adoptarán a fin de resolver los problemas del reajuste y recomposición de los contratos que sean sometidos a su consideración como miembros del Poder Judicial. Desde ese punto de vista, tras consolidarse la tesis sobre la constitucionalización del derecho privado, será la norma de mayor jerarquía la que servirá de orientación, sustentada en los principios éticos y los valores jurídicos. En ese sentido, el novísimo Código amplió las facultades de los magistrados para darles un margen de acción razonable y coherente, a fin de ejercer el control a su cargo de las relaciones patrimoniales (art. 1122 relativo a las relaciones de consumo). A esos efectos una clave del sistema es el art. 960 que los autoriza a modificar las estipulaciones contractuales “cuando se afecta de modo manifiesto el orden público”.

El lector encontrará otras normas específicas en las que las atribuciones de los jueces tienen más amplitud que antes, tales como: reducir la tasa excesiva de interés en las obligaciones dinerarias (art. 771); la fijación del precio en la compraventa, si no fuera posible que lo fijase el tercero designado para hacerlo (art. 1134); lo mismo en la locación de obra y en la de servicios (art. 1255); en caso de mediar una punición excesiva, puede dejarla sin efecto en forma total o parcial (art. 1715); atenuar el monto de la indemnización a pagar por la persona responsable del daño (art. 1742). Lo más importante, sin duda, es la función de policía asignada a los jueces para recomponer las prestaciones de los contratos, de la cual se hablará más adelante.

7.- Cuatro directivas orientadoras

A esta altura de la exposición, nos detendremos en algunas directivas orientadoras para interpretar las normas jurídicas, y así facilitar la comprensión de los novedosos artículos en vigor. Esas cuatro directivas son: 7.1 la buena fe; 7.2 la onerosidad; 7.3 la conservación del negocio; 7.4 la equivalencia material.

7.1 El enunciado de la buena fe es reiterado en varios preceptos, dado que encarna la manifestación de un principio fundamental para el ejercicio de los derechos subjetivos (art. 9). Está concebido como un imperativo que domina todo el sistema, ubicado en su cúspide, permitiendo apreciar la conducta de las personas en sus relaciones jurídicas, particularmente en el obrar del deudor y del acreedor (art. 729). En los contratos de larga duración, la parte que opta por rescindir el trato “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe” (art. 1011). Según Noemí Lidia Nicolau, quien posee una visión moderna, es un elemento estructural del contrato en su etapa preliminar (art. 991), durante su celebración y su ejecución (art. 961). Se lo considera un modelo ideal de “comportamiento honesto, conforme la ley y la conciencia, como también una creencia sobre la legitimidad de lo actuado”. Con estas palabras José María Gastaldi sintetizó la buena fe conocimiento y la buena fe lealtad. Respecto de la interpretación de los acuerdos o convenios, sirve a fin de ponderar los actos y los hechos de las partes que los suscriben, cuanto la intención que los motivó.

7.2 Prevalece en el Código de 2015 la idea que los contratos son onerosos como regla general, aunque sienta excepciones (el comodato y la donación). Esa idea se debe a la creciente influencia de la monetización de las prestaciones; la onerosidad se presume en cualquier contrato, salvo pacto en contrario. Apunto que se trata de un resabio del acto de comercio, donde nada era gratuito y todos los bienes tenían asignado un costo. Cuando se debe interpretar el texto de un documento, hay que distinguir: si es gratuito será menos gravoso para el obligado, y si es a título oneroso “en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes” (art.1068). Reténgase el concepto de “ajuste equitativo”.

7.3 La denominada regla de la “conservación del negocio”, reconoce como antecedente el principio sentado en el derecho societario sobre la “conservación de la empresa”. El objetivo que cumple es mantener en pie la finalidad tenida en mira al contratar, ya que los negocios son la energía de la microeconomía porque generan trabajo y riqueza. Resulta necesario que subsista el acuerdo de algún modo, aún si tuviese alguna deficiencia susceptible de enmendar; de esa manera se garantiza a las partes que su esencia será preservada a fin de evitar dispendios inútiles.

7.4 El objeto del contrato es la prestación, elemento que pertenece a la obligación (arts. 725 y 1003), la cual representa un valor real en dinero “al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda” (art. 772). Por tanto, a fin de apreciar económicamente el monto, o cuantía pecuniaria, de la prestación hay que hacer un cálculo monetario, ya que la moneda cumple la función de ser unidad de valor. Ese cálculo permitirá verificar si las prestaciones de cada una de las partes tienen equivalencia material, requisito para su eficacia jurídica. Denomínase ecuación económica del contrato a la equivalencia que tienen las prestaciones de cada parte entre sí valuadas en dinero. El precio fijado por las partes en la compraventa y contratos análogos (arts. 1133/1136), será la resultante de las estimaciones que hicieron al celebrar el contrato, según el costo y el beneficio que estimen factibles. En caso que fuese necesario, habrá que verificar la relación de ese precio con las cotizaciones en el mercado o la tasación practicada por un experto.

Estas directivas se emplean para entender con mayor precisión dos instrumentos jurídicos creados a fin de solucionar problemas vinculados con la imposibilidad relativas de cumplir ciertas prestaciones contractuales, a saber: el vicio de lesión en la voluntad, que tiene su origen el antiguo derecho romano, y la teoría de la imprevisión surgida en Alemania en las primeras décadas del siglo XX. Ambos instrumentos reconocen su fundamento en la buena fe, principio que permite recomponer un vínculo contractual en vías de extinción.

8.- Lesión y violencia económica

En cuanto al vicio de la lesión de los actos jurídicos hay que analizar el art. 332 del Código vigente que lo regula en sus dos causas, la subjetiva y la objetiva. A la denominada lesión objetiva, se la puede calificar de violencia económica. El vicio consiste en que una de las partes obtiene “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”, ventaja presumida por la ley cuando medida “notable desproporción de las prestaciones”. Y agrega la norma “los cálculos deben hacerse según los valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda”. Bien lo ha escrito Marcelo López Mesa que “no se trata de un correctivo de malos negocios ni de apresuramientos o entusiasmos luego frenados... está destinado a conjurar situaciones de verdadero despojo en los que no quede duda alguna de que se ha producido un atentado contra los más elementales principios de equidad”.

Este vicio guarda analogía con la teoría de la imprevisión, también denominada lesión sobreviniente, cuando una de las prestaciones deviene sumamente onerosa y desproporcionada respecto de una de las partes contratantes, cuyo patrimonio se verá afectado por un mal grave e inminente en su composición (art. 276). Por ello, bien se puede decir que tiene características análogas a la “fuerza e intimidación” como vicio de la voluntad. En estos casos surge la necesidad de corregir la cuantía de la prestación que desequilibra la ecuación contractual y recomponerla a instancia de cualquiera de las partes, a fin de adecuarla mediante un reajuste judicial equitativo. De modo que la acción de nulidad del acto se puede transformar en una acción de modificación a fin de reajustar la desproporción entre las prestaciones. Mediante ese acto procesal es posible rescatar el negocio, al cual no se le puede atribuir dolo o fraude, sino una ventaja excesiva. Esa ventaja excesiva será producto de transgredir la buena fe lealtad, o debido a un abuso del derecho que el juez evitará que prospere (art. 10). Lo mismo será admisible, si se incurrió en el abuso de una posición dominante en el mercado (art. 11).

9.- Legislación comparada

La renegociación del contrato y el reajuste de las prestaciones debido al cambio imprevisto de las circunstancias, tiene importantes antecedentes en el derecho comparado, luego de una progresiva evolución en varios países. Esos antecedentes serán expuestos a continuación.

9.1 La experiencia francesa

Francia incorporó hace más de doscientos años a su Código Civil el principio «*pacta sunt servanda*», declarando la intangibilidad de los contratos cualquiera fuesen los cambios de las circunstancias sobrevinientes luego del acuerdo de voluntades. Ese fue el criterio de la jurisprudencia del Tribunal de Casación desde fines del siglo XIX el que mantuvo firmemente su jurisprudencia hasta la primera década del siglo XXI.

Sorpresivamente, en el año 2011 el Parlamento propuso considerar la creación de una figura específica para dar cabida a la renegociación de los contratos, en caso de que se produjese un cambio de circunstancias durante su cumplimiento. Recién el año 2016 el Código Civil francés incorporó en su artículo 1195, la norma que es transcripta de seguido: «*Si después de celebrado el contrato un cambio imprevisto de circunstancias torna su ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había asumido ese riesgo, ésta puede pedir una renegociación del contrato a su contraparte, pero deberá proseguir ejecutando sus obligaciones durante la renegociación. En caso de negativa o de fracaso de la renegociación, las partes pueden decidir la resolución del contrato, a la fecha y bajo las condiciones que determinen o solicitar de común acuerdo al Juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el Juez puede, a pedido de una parte, revisar el contrato o darlo por extinguido, a la fecha y bajo las condiciones que fije*», (Ordenanza n° 2016-131).

De la lectura del artículo transcripto pareciera que en realidad fue receptada la cláusula “hardship”, destinada a renegociar las estipulaciones contractuales, aunque también faculta al Juez a revisar las prestaciones acordadas, supliendo la voluntad de las partes.

9.2.-El Código Civil paraguayo

La República del Paraguay dictó un nuevo Código el año 1987, unificando el régimen de los contratos civiles y comerciales. Regula el instituto de la imprevisión en el artículo 672, considerándolo un remedio legal para los contratos de ejecución diferida cuando una de las prestaciones deviene excesivamente onerosa “al punto que afecte el criterio de proporcionalidad justa en las prestaciones recíprocas”, según escribe el jurista Alberto J. Martínez Simon. Esa variación debe ser de gran magnitud a fin de que la parte afectada pida la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento, mientras que el demandado tiene derecho a ofrecer se practique una “modificación equitativa”.

9.3.- El Código Civil de Brasil del año 2002.

Interesa saber cómo Brasil legisló este instituto en su nuevo Código Civil del año 2002, desde que el anterior corpus del año 1916 no lo receptó. Este nuevo Código sienta los principios de probidad y buena fe en la celebración y ejecución del contrato (artículo 422). Aplica ambos enunciados en los contratos de ejecución continuada o diferida:

- a) en caso de sobrevenir una excesiva onerosidad de la prestación para una de las partes y la extrema ventaja para la otra (artículo 478);
- b) dispone la forma de evitar la onerosidad excesiva (artículo 480).

En la primera hipótesis, el deudor puede pedir la resolución del negocio jurídico y el acreedor puede ofrecer modificar equitativamente las cláusulas contractuales (artículo 479).

10.- El antecedente del novísimo Código Civil y Comercial de la Nación

Dado que en los “Fundamentos” del Proyecto de reforma del Código Civil argentino de 1998 se hizo referencia que sus fuentes fueron el Código Civil holandés sancionado en 1992 y el Código Civil de Portugal de 1967, resulta oportuno considerar ambos corpus. Ello se justifica ya que el novísimo Código ha tenido como modelo principal el citado Proyecto de 1998, el cual, a su vez, recibió una notoria influencia del Código Civil Italiano de 1942.

Merece ser destacado que el codificador holandés prefirió utilizar en materia de obligaciones una directriz orientadora basada en la razón y la equidad. En cuanto a la teoría de la imprevisión dispuso: *«El Juez puede, a pedido de una de las partes, modificar los efectos del contrato o rescindirlo en forma total o parcial, a causa de circunstancias imprevistas de tal naturaleza que, de acuerdo con los criterios de la razón y de la equidad, la contraparte no puede esperar que subsista la integridad del contrato. La modificación puede ser otorgada con efecto retroactivo»*. No obstante haber sido invocado este antecedente, el codificador argentino prefirió suprimir la directiva “en razón y equidad” mencionada en el texto transcripto.

Respecto del Código portugués, inspirado en las enseñanzas del jurista alemán Paul Oertemann, sentó una regla que exige apreciar con equidad la alteración anormal de una prestación cuando se vulnera la buena fe, y no fue asumido el riesgo de la alteración económica como un riesgo propio del contrato.

11.- Análisis de la norma jurídica vigente en el derecho argentino

La ley 17.711, que renovó parcialmente al Código Civil en vigor desde 1871, incorporó por primera vez al derecho argentino la teoría de la imprevisión en el artículo 1198. El novísimo Código dejó sin efecto dicho precepto y lo sustituyó por otro (art. 1091). A fin de evitar conflictos, la nueva redacción enuncia su ámbito de aplicación, los principales efectos que causa, y las acciones reconocidas a la parte perjudicada en los llamados «contratos de duración»; se debe agregar que contempla el caso de los terceros.

Si bien la fuente directa del Código Civil y Comercial vigente fue el citado Proyecto de Código Civil de 1998, la Comisión autora de esa iniciativa citó los modelos que la inspiración para redactar la fórmula esbozada en su artículo 1060, entre los cuales mencionó la norma del Código Civil holandés ya transcripta. Mas ese modelo careció de influencia en la actual redacción del precepto vigente, como se advierte con una simple lectura, máxime al suprimir la directiva «en razón y equidad». El aludido Proyecto reiteró con énfasis la máxima ética de la buena fe en su articulado a fin de caracterizar su finalismo (artículos 395 y 966).

Antes que nada, es imprescindible valorar el principio de la buena fe que el novísimo Código enuncia en el artículo 9 cuando trata sobre el ejercicio de los derechos. Ese principio se reitera en el artículo 961 respecto de los contratos aplicándolo a un contratante cuidadoso y previsor. De modo que con otras palabras reprodujo el primer párrafo del antiguo artículo 1198 Código Civil (versión de la ley 17.711), lo cual es un acierto ya que la buena fe debe presidir la vigencia del contrato en todo su amplio dominio.

El efecto vinculante del contrato se encuentra mencionado en el artículo 959, mientras que el siguiente artículo 960 faculta a los jueces a modificar las cláusulas estipuladas en un contrato, a pedido de una parte legitimada en ese caso, o de oficio si advirtiese una manifiesta trasgresión al orden público.

En ese marco está encuadrada la imprevisión contractual de la que trata el artículo 1091 en los siguientes términos:

- a) Rige para los contratos onerosos, conmutativos de ejecución diferida o permanente (continuada). Suprimió una extensa enumeración de tipos contractuales, excluyendo solo a los gratuitos, y aplicó el instituto a las obligaciones a plazo pendientes de ejecución.
- b) La prestación de la parte obligada en forma súbita y sorpresiva se debe tornar excesivamente onerosa. No es preciso que sea de imposible cumplimiento, como el caso fortuito, pero tiene que ser apreciada con criterio objetivo e igualitario
- c) Acontecer una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebrar el contrato. El supuesto habitual se vincula a temas monetarios, ya sea hiperinflación, una abrupta devaluación, o alguna medida que afecte el tipo del cambio.
- d) Esa alteración debe sobrevenir por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por el sujeto obligado. El caso frecuente es el hecho del príncipe (v. gr. la devaluación del peso).
- e) Una vez reunidos esos requisitos, la parte obligada puede pedir judicialmente la resolución total o parcial del contrato o su adecuación. En cuanto al contrato incumplido, éste se extingue para el futuro respecto de las prestaciones sucesivas pendientes de ejecución, sin retrotraerse hacia el pasado, pero anulando las que se hubiesen cumplido. De ahí que sea objetable el término «resolución», desde que en castellano no existe un sinónimo para la palabra francesa «résiliation». Esta cuestión debió merecer una regla puntual, como trae el derecho brasileño.

Cuando las partes se conducen de buena fe y sobreviene un fenómeno económico imprevisible, corresponde renegociar la prestación trastocada por el hecho. Así lo aconseja la equidad para integrar el contenido de la relación jurídica desequilibrada en función de la variable que acontece. Como afirma el jurista italiano Francesco Gambino, la renegociación de una o más cláusulas contractuales es distinta a la imprevisión, porque evita extinguir el nexo y posibilita a las partes crear una nueva regulación contractual.

12.- Conclusión

De lo que trata la teoría de la imprevisión es dar la posibilidad de rescatar una operación realizada en el mercado en particular si sobrevienen acontecimientos que perturban su normal funcionamiento. Pero no es el mecanismo destinado a solucionar la crisis económica y monetaria del país, porque la solución queda a cargo de las autoridades y las políticas que implementen hacia el futuro. El tema corresponde a la Justicia distributiva que requiere sensibilidad social y eficacia gubernamental; es el ámbito de la gestión pública, donde generalmente se adoptan medidas de emergencia que comprometen garantías constitucionales, como ocurre con el derecho de propiedad.

En el derecho privado se encuentran algunas respuestas, como se ha visto. Daniel Alioto sostiene que es posible armonizar los principios «*pacta sunt servanda*» y el de reciprocidad de los cambios, a fin de satisfacer el ideal de la Justicia conmutativa, conforme a la «igualación proporcionada de recursos económicos materialmente disímiles». Por ello, la adecuación extrajudicial de la prestación devenida exorbitante permite rescatar operaciones que activan la economía sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Se impone una aclaración sobre la vigencia de este instituto en la actualidad. Conviene asumir que actualmente en la mayoría de los contratos, las partes prevén cláusulas para adaptar los convenios a los cambios imprevistos, razón por la cual esta teoría tiene escasa aplicación. En cambio, la violencia económica, presupuesto de la lesión objetiva, suele ser eficaz para evitar que se consuman negocios donde una de las partes sufra las consecuencias de una operación ruinosa.