

“La teoría de la imprevisión y su incidencia en la actualidad en la jurisprudencia y a la luz del Análisis Económico del Derecho”

INVESTIGADORES

María Julieta ESCAYOLA (DIRECTORA)
María Celeste D'INCA (COLABORADORA)

Palabras Clave

Imprevisión- Equidad- Economía- Jurisprudencia- Doctrina- Análisis Económico del Derecho – Reforma 1969.

Cómo citar este artículo

ESCAYOLA, María Julieta y D'INCA, María Celeste. (2012). *“La teoría de la imprevisión y su incidencia en la actualidad en la jurisprudencia y a la luz del Análisis Económico del Derecho”*. Universidad de Congreso. Investigación. <http://www.ucongreso.edu.ar/investigacion/>

Área disciplinar: DERECHO

TÍTULO DEL ARTÍCULO: “La teoría de la imprevisión y su incidencia en la actualidad en la jurisprudencia y a la luz del Análisis Económico del Derecho”

RESUMEN: En 1968, con la ley 17711 de reforma integral del Código Civil, se incorporó la teoría de la imprevisión en materia contractual. La misma, contempla que por un hecho extraordinario e imprevisible no imputable a los contratantes, se rompe el equilibrio entre las partes y se vuelve inequitativo el posicionamiento de los mismos. Poder determinar la incidencia actual de la imprevisión y sus efectos, es uno de los objetivos de este trabajo, a la luz de la postura iusfilosófica e interdisciplinaria denominada Análisis Económico del derecho. Esta postura nace con el teorema de Coase, en su obra “El problema del costo social” que introduce una relectura del Derecho desde la Economía. Implica comprender que los problemas simples pueden resolverse desde la monodisciplina.

DESARROLLO

Reforma de la ley 17711. Incorporación de la Teoría de la Imprevisión:

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 efectuado por la Universidad de Córdoba entre los días 10 al 14 de octubre, dio ocasión a que se planteasen los problemas que más

agudamente reclamaban la modificación del Código. Diecinueve son las recomendaciones que forman la columna vertebral de la reforma que se concretó seis años después.¹

En 1968, estas recomendaciones se concretarían con la ley 17711. En ella se incorporó la plena capacidad de la mujer, cualquiera sea su estado civil; se autorizó la separación de los cónyuges por mutuo consentimiento sin que se disolviese el vínculo matrimonial; modificó el régimen de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente²; introdujo la reprobación del ejercicio abusivo de derechos; el **reconocimiento de la teoría de la imprevisión en materia contractual**; el principio de lesión subjetiva como causa de nulidad de negocios jurídicos y otras instituciones; disposiciones nuevas para los bienes de la sociedad conyugal; la capacidad del pródigo. Se tuvieron en cuenta las normas en materia de responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y la revisión judicial de medidas denegatorias o de retiro de personería jurídica en casos de arbitrariedad o ilegitimidad; se modificó el régimen de menores emancipados y el régimen de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente a vicios no manifiestos que pudiesen tener antecedentes de tales relaciones y la inscripción registral en materia inmobiliaria.³

Ya Borda en 1953, con su edición del Tratado de la Parte General de Derecho Civil⁴, expresaba que era necesario ajustar la enseñanza de la Ciencia Jurídica a la época en la que se estaba viviendo. Él mismo explicaba que algunos juristas, envueltos en el sosiego de sus bibliotecas, pretendían ignorar la profunda convulsión social y económica derivada de las últimas guerras, y su trascendencia a las instituciones jurídicas. Se sancionaban leyes desordenadamente elaboradas, defectuosas, improvisadas. Urgía que aquellos volvieran a ocupar, en la evolución de las instituciones, la función rectora que se había perdido por su propia obstinación en no adecuarse a la realidad viviente. “Comprender, valorar, encausar y señalar rumbos al nuevo derecho”⁵. Éste básicamente era el espíritu que trató de imprimirse a la nueva ley 17711, en 1968, otorgando una reforma integral al Código Civil y modificando su filosofía.⁶

A fines de 1966⁷, el gobierno de facto de Onganía quería reformar legislaciones. Para ello era necesario formar un cuerpo de notables juristas. La Secretaría de Estado de Justicia, ocupada por Conrado Etchebarne, le había pedido a Guillermo Borda, quien en ese entonces era Ministro de la Corte Suprema de Justicia, una lista para la formación de una comisión encargada de efectuar reformas en la legislación civil.

Borda propuso los nombres de los doctores José F. Bidau, Abel Fleitas, Roberto Martínez Ruiz, José María López Olaciregui, Alberto Spota, Dalmiro Alsina Atienza y Alberto Molinario, éstos dos últimos en calidad de especialistas en derechos reales. Etchebarne aceptó la lista propuesta exceptuando a Molinario y colocando en su lugar al propio Borda.⁸

Días más tarde, Borda fue designado Ministro del Interior, lo que decidió apartarse por un tiempo de la Comisión reformadora. Ésta resolvió encargar un trabajo preliminar a López Olaciregui, quien comenzó analizando el Código artículo por artículo. Pero como ello llevaba a una reforma total, no muy de acuerdo con la política del Poder Ejecutivo, se decidió proceder a un método distinto: se haría una suerte de lista o inventario de las reformas más necesarias y urgentes, para examinarlas, estudiarlas y proponer las modificaciones que se creyera más apropiada. Así las cosas, López Olaciregui renunció y Borda se reincorporó a la Comisión. Ésta

¹ ABÁSULO, Ezequiel, LEIVA, Alberto David y PUGLIESE, María Rosa, La Justicia, en “Nueva Historia de la Nación Argentina”, Tomo 8, Academia Nacional de la Historia.

² *Ibidem*.

³ ADLA, Anales de Legislación Argentina, Tomo XXVIII- B, págs. 1799-1827.

⁴ BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino, Prólogo, Perrot, Buenos Aires, 1953.

⁵ *Ibidem*.

⁶ BORDA, Guillermo A., La ley 17711 de reformas al Código Civil, ED, T° 27- 1969, págs. 921-927.

⁷ *Ibidem*.

⁸ BORDA, Guillermo A., A propósito de la reforma de 1968 al Código Civil, LL- 1981- B- págs. 1016-1019.

empezó a sesionar dos veces por semana (jueves por la mañana y sábados por la tarde) en el Ministerio del Interior y en el domicilio privado de Borda.

Algún tiempo después renunció Alsina Atienza, y finalizada ya la tarea y cuando sólo quedaba pendiente el trabajo de revisión de los textos, renunció Spota.

Finalmente, se elevó el Proyecto el 22 de abril de 1968 a consideración del Presidente, el que lo sancionó con fuerza de ley y se publicó en el Boletín Oficial el 24 de abril.

La ley 17711 comenzó a regir desde el 1 de julio de 1968; modificó las leyes 2393 (matrimonio civil), 11357 (derechos civiles de la mujer), 11359 (profilaxis de la lepra) y 14367 (hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio).

En el mensaje firmado por Borda y Etchebarne elevando el proyecto al Presidente, se especificó que se trataba de una puesta al día de nuestro Derecho Civil y se respetaba lo esencial del Código de Vélez Sársfield. El espíritu de la reforma “era imprimirle progreso al Derecho Civil Argentino y contribuir al perfeccionamiento de nuestras instituciones”.⁹

Por su parte, la nota elevatoria de la Comisión Redactora, en su primera cuestión, trató de determinar si debía proyectarse un nuevo código o bien una reforma parcial. La mayoría de los miembros se pronunciaron en tal sentido (excepto Alberto Spota y Abel Fleitas que opinaron que debía ser total¹⁰) y consideraron innegable como aportes la jurisprudencia civil y las recomendaciones de jornadas y congresos de aquel momento.¹¹

La filosofía de la reforma, al decir de Borda¹², cambia el espíritu individualista, liberal, positivista del Código original propio del siglo XIX. Esta nueva filosofía, si se puede expresar de esa manera, se modifica “por un tinte social y cristiano propio de la época de la encíclica *Populorum Progressio*”¹³. Afirma que el liberalismo positivista confundía ley con Derecho, se interesaba más por la seguridad que por la justicia e hizo del respeto de la libre voluntad un dogma¹⁴. De allí que se haya propiciado una modificación tan importante en nuestro Código como lo fue por ejemplo la incorporación del abuso del derecho.

Se criticó que no se sometiera el proyecto a la discusión pública antes de ser sancionado. Pero ya existía pronunciamiento sobre algunos temas en el Segundo y Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil dando vía libre a una posible reforma. “Por lo demás, si el propio Código Civil fue sancionado a libro cerrado ¿no es legítimo que lo mismo se haga con la reforma?”¹⁵

⁹ Mensaje de la Comisión Reformadora elevando el Proyecto al Presidente de la Nación, ED T° 21-1968, págs. 964-965.

¹⁰ En el tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961, se levantaron diversas voces para prevenir contra el riesgo de la reforma total, y fue, el criterio de la Comisión reformadora. La opinión de Llambías, autor del anteproyecto de 1954, consideró que la reforma debía ser total. Igual resistencia a cambiar el Código Civil se advierte en Bélgica, Holanda, Alemania, España, etc. Por esta razón se considera que lo mejor es una reforma parcial allá donde las modificaciones deban ser urgentes. Y en el caso de contradicción, vacíos legales o incoherencia, está la jurisprudencia y la doctrina para paliar la situación. Concuerda con esta teoría BORDA, Guillermo, La ley 17711 de reformas al Código Civil, ED, T° 27- 1969, págs. 921-927, cuando menciona que un Código forma parte de nuestra Historia, goza de consenso y autoridad. Por nuestra parte, creemos que es necesario reconocer que la realidad no es la misma que en la época de Vélez, pero sin embargo debe mantenerse su esqueleto, toda vez que la Historia nos forma y no podemos prescindir de ella cuando debemos tomar una decisión. Somos lo que somos de nuestro pasado, y de eso es imposible renegar.

¹¹ Nota elevatoria de la Comisión Reformadora, ED T° 21- 1968, págs. 964-965.

¹² BORDA, Guillermo A., La ley 17711 de reformas al Código Civil, op. cit.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Ibídem.

Finalmente, se pensó en una segunda etapa que consistía en una eliminación de contradicciones y compaginación adecuada de los textos vigentes a partir de la fecha. Pero Borda renunció como Ministro del Interior y el proyecto no prosperó.

Así, ya formada la ley, los principios rectores de la reforma se centran en cuatro aspectos:

1. Se consagra en forma de ley, soluciones ya incorporadas por la jurisprudencia. Ej: la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.
2. Se aclara cuestiones que no quedaban del todo claras en la jurisprudencia. Ej: el artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil.
3. Actúa sobre instituciones ya existentes. Ej: reducción de la prescripción.
4. Introduce instituciones nuevas, que dejarían sin aplicación normas no derogadas. Ej: nuevas categorías de incapaces.¹⁶

COMO SE ADVIERTE, NO HABÍA NINGUNA RELACIÓN CON LA FILOSOFÍA IMPERANTE DEL AED, ES MÁS, SE TENÍA LA INTENCIÓN DE ATENUAR EL CARÁCTER LIBERAL DEL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SANSFIELD.

En cuanto a la orientación general de la reforma se ha acentuado el predominio de la regla moral como fundamental norma de conducta¹⁷. Incorpora nuevas referencias explícitas o implícitas a la misma en diversas normas jurídicas. En tal sentido y principalmente:

1. La modificación del art 1071, que proscribía el abuso del derecho, entendiéndose por tal el ejercicio del derecho que contraría los fines de la ley o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.
2. El reconocimiento de la teoría de la imprevisión en materia contractual
3. El principio de lesión subjetiva como causa de nulidad de negocios jurídicos.¹⁸

El análisis del art. 1198:

Con el art 1198, la ley 17.711 ha introducido el principio interpretativo de la buena fe, así en su primera parte dice "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

La segunda parte del artículo introduce la teoría de la imprevisión y, al respecto, dispone: "En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

Esta teoría, la teoría de la imprevisión, tiene sus antecedentes en el derecho romano, si bien los romanos no la formularon de esta manera, esta teoría fue desarrollada por los glosadores.

En ella se modifica el principio *pacta sunt servanda*, pues lo condiciona a que *rebus sic stantibus*. "Esta cláusula significa que los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistirán las condiciones bajo las cuales se contrató y que, cuando ello no ocurre y se

¹⁶ GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, Reformas al Código Civil, Ley 17.711 comentada, Ed. Zavallá, 1971, 2º edición, págs. 7-8.

¹⁷ Nota elevatoria de la Comisión Reformadora, ED Tº 21- 1968, págs. 964-965.

¹⁸ MARTINUZ, Adriana Beatriz, El Derecho Romano a 40 años de la sanción de la ley 17711, en *Aequitas Virtual*, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, pág. 2.

produce una transformación de tales circunstancias, los jueces están autorizados a revisar el contrato.”¹⁹

Para Africano existía una cláusula tácita según la cual la obligación se ejecuta si permanece la misma situación que existía en el momento de la conclusión del contrato. En tal sentido dice: “Cuando alguno hubiera estipulado que se le dé a él o a Ticio, dice que es más cierto que se ha de decir, que se le paga bien a Ticio solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Mas si se hubiere dado en adopción, o hubiera sido desterrado, o se le hubiese puesto interdicción en el agua y el fuego, o se hubiera hecho esclavo, se ha de decir que no se le paga bien, porque se considera tácitamente es inherente a la estipulación esta convención: **si permaneciere en el mismo estado**”.²⁰

Cicerón en su obra de *Officiis* expresa “No es necesario mantener la promesa que será funesta para quién la recibió ni un compromiso que causa más perjuicios que ventajas para aquellos que han sido vinculados”, después de afirmar que cuando los tiempos cambian, también cambian las reglas de los contratos.

Los segundos 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 Larenz, 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.

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

1. Damos por supuesto que la imprevisión no ha sido instituida para rectificar “malos negocios” ni para subsanar errores comerciales o financieros de los mismos. 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 contractual.
2. 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 25.561. Ahora bien, 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. 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

¹⁹ Borda, Guillermo a Manual de Contratos editorial perrot Buenos Aires p 151.

²⁰ Digesto 46, 3, 88.

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.

Una sustancial diferencia entre los institutos de la lesión y de la 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 sobre beneficio desde el mismo momento que nace el contrato y aprovecha a una sola parte, perjudicando a la otra. Diversos fallos y la casi totalidad de la doctrina declaran que el instituto de la imprevisión debe ser de *aplicación restrictiva*.

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

Circunstancias obstativas:

- 1) Mora. Se ha expresado en forma genérica, que la mora impide requerir el amparo judicial fundado en la teoría de la imprevisión.
- 2) Carga convencional del caso fortuito. Parecería que la parte tomadora de ese riesgo, carecería del derecho de invocar a su favor la imprevisión contractual.
- 3) 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.
- 4) 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).
- 5) Liberación convencional del dolo ocurrido. Nada impediría ejercitar la imprevisión, en caso de liberación convencional del dolo ya producido.
- 6) Culpa ligada al hecho desencadenante. No sería legalmente posible invocar imprevisión.
- 7) Culpa de la parte beneficiada. Nada impediría el accionar por imprevisión a la parte perjudicada.
- 8) Culpa concurrente. Es posible la compensación (doctrina art. 1201, y nota al art. 512, Cód. Civil), por lo tanto podría invocarse la imprevisión.
- 9) 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.
- 10) 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 Civil, 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".
- 11) 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 contrato. 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:
 1. Buena fe,
 2. Probidad,
 3. Prudencia,
 4. Diligencia,
 5. Oportuno cumplimiento, y

6. Sujeción a una resolución que se pida o un reajuste ofrecido por la contraria.²¹

La teoría de la imprevisión y su incidencia en la jurisprudencia:

La jurisprudencia ha aplicado a la teoría de la imprevisión bajo los siguientes criterios, sobre todo en momentos históricos argentinos en que ha estado presente un proceso inflacionario de la economía. Al respecto, consideramos que subyace el AED precisamente en estos casos, en que la Economía y el Derecho van de la mano, pero teniendo en cuenta un criterio de Justicia, no contemplado en la premisa principal del AED, que desarrollaremos más adelante.

Principales aspectos de la jurisprudencia sobre teoría de la imprevisión:

1. La jurisprudencia nacional, anterior a la reforma, había consagrado soluciones contradictorias, a veces admitía y otras veces no, pero en los últimos tiempos anteriores a la reforma, la tendencia a favor de la tesis de la imprevisión se hacía más pronunciada y adquiría ventajas sobre la posición inversa. Ya en 1917 las Cámaras Civiles de la Capital en fallo plenario, sin aludir expresamente a la teoría, pero hacía aplicación de la misma en un caso de pago en oro. Luego la jurisprudencia la fue admitiendo, a partir de la década del 50 y sobretodo del principio de los 60. Uno de los fallos explicaba que debe procederse con suma prudencia, limitando la aplicación de la teoría de la imprevisión a los casos extremos y graves, en que se den los requisitos que la doctrina exige para justificar su funcionamiento. No debe olvidarse que también está en juego otro principio de gran jerarquía, la seguridad jurídica, que sigue siendo base fundamental de nuestro ordenamiento, pese a las justas atenuaciones impuestas por nuevas corrientes inspiradas en el solidarismo social. Las cláusulas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, no se contraponen necesariamente, son ambas, por igual, expresiones necesarias de la misma buena fe constitutiva de la conducta contractual y se compenetran recíprocamente²². Por otra parte, el fundamento jurídico de la teoría de la imprevisión puede resolverse, en nuestro derecho, por aplicación del art. 1198 del C.C.²³. Inicialmente se trató de un remedio heroico, de aplicación restrictiva pero luego la jurisprudencia evolucionó a considerarla un medio natural para asegurar a las partes la equivalencia de las obligaciones recíprocas dentro del contrato. Así nuestros tribunales habían resuelto que la teoría de la imprevisión no es un dispositivo que le permita a alguien desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia²⁴. El tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba 1961) recomendó la inclusión de la Teoría de la Imprevisión en un despacho similar al luego artículo 1198 del C.C. introducido por la ley 17711.
2. Cuando las cláusulas contractuales destinadas a dar estabilidad a las prestaciones dinerarias son sorpresivamente alteradas en su curso normal por un acontecimiento ajeno a las partes, extraordinario e imprevisible, causando un perjuicio a la deudora por onerosidad grave, tiene cabida la intervención judicial para morigerar los efectos perniciosos del desequilibrio producido; por lo tanto, los pactos sobre dólar anteriores a las modificaciones sancionadas al comienzo del año 1981 tenían entrada en ese concepto, dado que un sistema de reajuste convenido por los interesados con una proyección previsible frente al deterioro de la moneda, era modificado sustancialmente

²¹ ABBATI, Enrique y ROCCA, Ival (h), 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.

²² CNCiv. Sala D, 1964, E.D. 10-726.

²³ CNCiv. Sala C, 1953, L.L. 75-255.

²⁴ CNCCom. Sala A, agosto 22-1979 "Pérez y Paradell S.A. c/Sefag" S.A. E.D. 86-645.

por medidas de gobierno que no entraban en el cálculo de aquellos, ocasionando grave perjuicio a uno al elevar excesivamente su prestación.²⁵

5. El análisis de las devaluaciones operadas a partir de febrero del año 1981, en cuanto a su previsibilidad, debe ser efectuado en concreto, teniendo en cuenta la calidad de los contratantes, la intención real de ellos al referirse al dólar, el significado económico del contrato y la fecha de su celebración. En el mundo de los negocios se actúa por lo general según los programas de gobierno enunciados y ejecutados por la autoridad pública, a despecho de las opiniones o críticas de que son objeto. Es verdad que no es infrecuente que tales críticas sean certeras y que a la postre fracasen los intentos del Ministerio de Economía de mantenerse determinada programación. Así el "Rodrigazo", así las múltiples devaluaciones, y así los reemplazos de estadistas con sus doctrinas económicas, y hasta los golpes de estado y revoluciones, que en gran medida tienen como una de sus causas a las crisis económico- financieras, muchas veces con su raíz en errores de los gobernantes. Sin embargo, el común de las gentes, incluidos quienes por su profesión tienen la aptitud de formar algún criterio sobre el acierto o desacierto de las medidas adoptadas y seguidas en el Palacio de Hacienda, están constreñidas a conducirse en sus contrataciones según el curso impreso por el gobierno a la cuestión financiera. Por más fuerte que sea la impresión de la ciudadanía sobre la posibilidad próxima o remota de un cambio profundo o de una crisis o de un colapso, una hipersensibilidad a los pronósticos de futuros quebrantos del orden establecido equivaldría a la paralización de las transacciones. Estamos frente al hecho del príncipe. Las devaluaciones del año 1981 conformaron un acontecimiento extraordinario e imprevisible en los términos del C.C. art. 1198 2ª parte.²⁶
6. Salvo casos especiales, de contratantes con especiales conocimientos específicos debidamente acreditados, para el ciudadano común, el abandono a partir del 2/2/81 del sistema organizado por las circulares del banco Central que preveían un gradual sistema de devaluación del peso mes a mes, que empeñaban entonces la fe pública por ser actos de gobierno, reiterados a través de los años, fue un hecho imprevisible y también extraordinario, ya que ocurrió "fuera del orden regular, natural o común" de los sucesos, al poner repentino fin, contrariando todo anuncio oficial, al sistema que se desarrollaba desde años atrás.²⁷
7. La violenta ruptura operada durante el año 1981 al régimen de devaluaciones pautadas bajo el cual se contrató, quebrando su anunciada continuidad, configuró un acontecimiento extraordinario e imprevisible.²⁸
8. Si bien es verdad que en general, quien invoca la imprevisión es el deudor, de aquí no podemos concluir que no la pueda invocar el acreedor, máxime cuando la misma ley dice, sin hacer distinciones, que en estos casos la facultad resolutoria corresponde a la parte perjudicada por la hiperinflación, que en el caso del mutuo es la acreedora, situación similar que también se da o puede darse en la locación de cosas.²⁹

²⁵ CNCiv. Sala C, 24.11.83 Rinkevich Alberto y otra v. Uresandi Jorge A.E.D. 107-631.

²⁶ CNCiv, sala C, 31.05.83 Yacub Enrique v. Mar Caribe S.R.L. J.A. 1983-IV-53.

²⁷ CNCiv. Sala F, 18.02.85 Asociación de Ex alumnos San Albano v. Ajucer S.A. J.A. 1987-I-50.

²⁸ CNCom. Sala C, 02.04.85 Pirillo Víctor v. Bernasconi Edmundo F. y otros L.L. 1985-C-361. Idem a la anterior tenemos: "CNCiv. Sala C. 24.11.83 Rinkevich, Alberto y otra v. Uresandi Jorge A." E.D. 107-631; CNCiv. Sala D, 30.04.84 Ordani v. Obrafi S.A. y otras. J.A. 1986-IV-373; CNCiv. Sala E, 06.03.85 Jusid y Asociados S.R.L. v. Barone Francisco L.L. 1985-C-98.

²⁹ C2a. CC y Minería San Juan 16.08.80 JA 1981-I-48.

9. Existe excesiva onerosidad, tanto cuando el valor de la cosa aumenta de manera exagerada, como cuando el poder adquisitivo del peso disminuye de manera notable; de manera tal que el mantenimiento de la obligación en los términos originarios implicaría la consumación de una flagrante injusticia.³⁰
10. La relación de equivalencia se destruye tan sólo cuando el desequilibrio de las prestaciones es tan grande que no puede ya hablarse de una contraprestación, de un equivalente.³¹
11. No es dudoso que el párr. 2º del art. 1198 del Cód. Civil otorga un derecho a quien se ve perjudicado por el hecho extraordinario e imprevisible, derecho que desde luego puede ser renunciado si se tiene la capacidad prevista por el art. 868 pero esta renuncia, o la intención de realizarlo, no puede presumirse, debiendo ser interpretados restrictivamente los actos que tiendan a probarla, según lo dispone el art. 874.³²
12. La onerosidad que tiene en vista el art. 1198 CC. no debe ser apreciada tomando en cuenta únicamente la prestación debida por el deudor que invoca la imprevisión, sino que es la que se vincula con la equivalencia de las prestaciones recíprocas que, en virtud del contrato, se deben las partes; es la que consiste en que las prestaciones de cumplimiento diferido dejen de ser económicamente correlativas, de modo que la aplicación estricta de lo pactado conduzca a una desproporción de dichas prestaciones en beneficio de una de las partes y en detrimento de la otra. No existe tal falta de correlación, si ante la obligación del mutuario de restituir la cantidad de moneda nacional necesaria para comprar una cantidad de dólares estadounidenses en cada semestre convenido, se encuentra la obligación del banco mutuante de entregar esa cantidad de moneda extranjera al banco extranjero de quien tomó las divisas³³
13. La teoría de la imprevisión no es un dispositivo para desligarse de los malos negocios sino un remedio heroico para impedir la grosera vulneración de la justicia. No se trata de volver el contrato a una absoluta equivalencia actual entre lo que se da y lo que se recibe. El juez no puede, pues no es eso lo que quiere la doctrina incorporada al código civil, hacer del contrato un nuevo contrato que se ajuste idealmente a los cánones de la justicia conmutativa; el sentido de equidad que está en la médula de la institución, se satisface suficientemente expurgando al acuerdo de la grosera desproporción entre las prestaciones que las circunstancias sobrevinientes han impuesto.³⁴
14. El reajuste de las prestaciones a que hace mención la teoría de la imprevisión apunta al ajuste equitativo, no del contrato sino de sus efectos, ya que no es posible hacer recaer sobre una sola de las partes la lesión sobreviniente, ajena a la voluntad y conducta de las partes, por lo que queda en manos de los jueces, según la equidad, distribuir con moderación los efectos que hicieron gravosa la prestación, máxime si el precio pactado era superior al valor del inmueble.³⁵

³⁰ CNCom. C. 07.0977 E.D. 76-209.

³¹ CNCiv.C, 30.09.75 E.D. 66-455.

³² CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 1981/09/24 –Izquierdo, Juan MN. c/ Miotto, Antonio L – JA, 1982-IV-108.

³³ CNCom. Sala D, 08.03.84 Beltramino Alejandro c/ Banco Argentino de Inversión” J.A. 1984-III-190.

³⁴ CNCiv. Sala G, noviembre 24-1980 E.D. 92.225.

³⁵ Cnciv. Sala C, diciembre 10-1981- Malkotsoglou –Esteban c. Tries S.A. E.D. 118-131 N° 131.

15. Para el reajuste del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión la ley remite a los principios de la equidad para aminorar los efectos del hecho extraordinario e imprevisible sobre el negocio, pero no para establecer un nuevo punto de equilibrio absoluto de ese acuerdo de voluntades y del arranque mismo de una aplicación estricta y matemática de los índices, sino que la actualización debe ser fijada sobre la base del prudente arbitrio judicial.³⁶
16. Establecer si la onerosidad ha llegado a ser excesiva, es un punto librado al prudente arbitrio del juez del hecho.³⁷
17. Un hecho es extraordinario cuando sale de lo común, de lo normal, de lo habitual.³⁸
18. Es extraordinario y no posible de prever, un acto de política económica gubernamental, que desencaje con violencia y estrepitosamente, la previsible y corriente depreciación monetaria.³⁹
19. El pago de una parte sustancial del precio, la adquisición de la posesión del inmueble, y la realización de mejoras en el mismo, no son extremos que impidan el acogimiento de la vendedora al remedio excepcional de la teoría de la imprevisión, si se dan los presupuestos jurídicos para la utilización de esa vía.⁴⁰
20. La teoría de la imprevisión no autoriza a cambiar el negocio originario en otros más ventajoso.⁴¹
21. La teoría de la imprevisión no puede invocarse con el solo motivo de una ganancia disminuida o de una desequivalencia de poca entidad. De tal modo que si pudiera establecerse que con lo percibido de la adquirente la enajenante se hizo ya del valor de la cosa entregada, comparando el dinero y el costo en unidades homogéneas en su poder cancelatorio, no sería lícito invocar la teoría de la imprevisión. Pero esa determinación debería ceñirse al contrato individual de que se trata y no al balance de ganancia de las muchas enajenaciones implicadas en la obra.⁴²
22. La protección que establece el art. 1198 C.C. a favor de la parte perjudicada por el factum no podría consistir en trasladar simplemente sobre la otra parte las consecuencias del desequilibrio que se pretende subsanar.⁴³
23. La teoría de la imprevisión deja de ser un remedio heroico, para constituirse en el medio natural y necesario para reimponer la justicia cuando ésta, por las circunstancias que condicionan el juego de aquellas, ha sido sepultada. Su alcance y su aplicación por tanto, deben ponderarse a la luz de su finalidad, lo que exige atender al papel que cumple la moneda en el intercambio. En la medida en que la moneda deje

³⁶ CNCiv. Sala F, octubre 27-1981-E.D. 98-403.

³⁷ CNCiv. A, 11.08.78 E.D. 81-405.

³⁸ CNEsp. C y C.I, 06.12.77 BCEC y C. 652, núm. 9310.

³⁹ CNCiv. C. 09.05.77, E.D. 75-336.

⁴⁰ CNCiv.C, 19.12.79 L.L. 1980-B-597.

⁴¹ CNFed.II, 30.09.79 E.D. 90-843.

⁴² CNCiv. C., 19.10.79,E.D. 81.611.

⁴³ Corte Suprema, Astilleros Príncipe y Menghi S.A. c/ Banco Nacional de Desarrollo”, J.A. 1992-IV-170.

de ser un patrón estable de los valores, al juez corresponde, en los concretos casos sometidos a su decisión – y con la prudencia propia de su función correctiva - restablecer en cierta proporción la desigualdad originada en la depreciación de aquella. Con lo cual no se provoca una situación de inseguridad, sino tan sólo se pone coto a la inseguridad preexistente – revelada por el hecho mismo de la depreciación – y se hace respetar dos ingredientes fundamentales del orden social: la justicia y la buena fe.⁴⁴

24. El art. 1198 del C.C. sólo autoriza a “demandar” la resolución del contrato, pero no a declararlo resuelto “ipso facto” por propia autoridad de la parte que se considera afectada por la excesiva onerosidad sobreviniente.⁴⁵
25. Si bien puede aceptarse la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en materia mercantil, es bueno destacar que en este ámbito el rigor de su carácter excepcional debe ser extremado, atendiendo al alto riesgo inherente a los negocios comerciales y a su naturaleza especulativa, lo cual implica la presencia de connotaciones aleatorias como acompañantes regulares de los mismos; tanto más que la profesionalidad de las partes excluye que supuestos de acontecimientos sobrevinientes puedan ser caracterizados como imprevisibles en el sentido del art. 1198 del Cód. Civil.⁴⁶
26. El art. 1198 CC no concede una acción de revisión del contrato para el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente, previendo únicamente que la mejora equitativa pueda ser ofrecida por la otra parte.⁴⁷
27. Damos por supuesto que la imprevisión no ha sido instituida para rectificar "malos negocios" ni para subsanar errores comerciales o financieros de los mismos.⁴⁸
28. 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 contractual.⁴⁹
29. Diversos fallos y la casi totalidad de la doctrina declaran que el instituto de la imprevisión debe ser de **aplicación restrictiva**.⁵⁰
30. La jurisprudencia opinó también que su aplicación debe ser **excepcional**; en los contratos, lo ordinario, es la vigencia de sus cláusulas como ley de las partes.⁵¹

⁴⁴ CNFed. II, 30.09.79 E.D.90-843.

⁴⁵ CNCiv. Sala F, abril 10-1979 Alcal Hernández Carlos y otra c/ Edificadora Maral Inmobiliaria S.A. , L.L: 1979-B-595.

⁴⁶ CNCom. Sala A, noviembre 18-1998, “Pedreira Alberto José y otro c/ Santín Alberto Carlos y otro s/ordinario”, fallo N° 49.274 E.D. 1° de junio de 1998.

⁴⁷ CS 21/04/92 –Kamenszein, Víctor J. y otro c/ Fried de Goldring, Malka y otros” J.A. 1992-IV-166.

⁴⁸ C2ª CC, Sala III, La Plata, 22/5/979, Supl. LA LEY, 980, 3.

⁴⁹ CNCiv., Sala I, 30/9/997, LL, 1998B, 116.

⁵⁰ CNEsp. Sala III, 18/12/979, Rep. LL, XL-A-1, 480 -Sum. 100 -, Mosset Iturraspe, LL, 1978-D, 145; CNCiv., Sala B, LL, 1976-D, 304, Sala D, LL, 1976-D, 197, etc.

⁵¹ CNFed. Civil y Com., Sala III, 16/9/988, LL, 1989A, 18; DJ, 19891, 508; CNCom., Sala E, 10/5/989, LL, 1989D, 240); ver nuestro trabajo "La imprevisión contractual", en LL, 1982-C, 637, cap. VI, Ap. 33.

31. Se ha expresado en forma genérica, que la mora impide requerir el amparo judicial fundado en la teoría de la imprevisión.⁵²
32. La excesiva onerosidad debe haberse producido sin intervención alguna del obligado: el hecho extraordinario e imprevisible debe ser extraño a su persona.⁵³
33. 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 reconvenzional.⁵⁴
34. 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 ley reconoce al deudor el derecho de no cumplir hasta tanto se produzca el reajuste equitativo de las condiciones del contrato.⁵⁵
35. 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, por ejemplo en el caso en que se efectúen pagos o percepciones no procedería ya la resolución del contrato, 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.⁵⁶
36. La lesión del art. 954 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 acto.⁵⁷
37. También la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha declarado que la posibilidad de reajustar el precio pactado en un contrato, de acuerdo a lo establecido por el art. 1198 del Código Civil, 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 ofrecimiento.⁵⁸
38. El instituto de la imprevisión engloba tanto los pedidos para resolver el contrato como de reajuste del precio.⁵⁹
39. Los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que habilitan ejercer el art. 1198 del Cód. Civil, deben causar una absoluta y excesiva onerosidad. Esto es que sea un

⁵² CNCiv., Sala A, 27/4/977, LL, 1977-D, 197.

⁵³ CNCiv., Sala D, 6/9/973, El Derecho, 53, 522.

⁵⁴ CNCiv., Sala C, 10/10/978 (LL, 1979-B, 28.

⁵⁵ CNCiv., Sala H, 22/9/994, LL, 1995C, 18.

⁵⁶ C1^aCC Bahía Blanca, 22/11/979, Rep. LL, XL-A, 1, 483 -Sum. 140. En sentido distinto se ha expedido la CNCiv., Sala A, 11/8/978 (LL. 1978-D, 145).

⁵⁷ CNCom., Sala A, 14/11/997, LL, 1998B, 699.

⁵⁸ CSJN, 3/7/979, El Derecho, 86, 139; CNCiv., Sala B, 19/5/983, JA, 1983-III, 601.

⁵⁹ CNFed. Civil y Com., Sala II, 22/8/996, LL, 1997B, 780 -Sum. 39.268; CNFed. Civil y Com., Sala II, 24/9/996, LL, 1997E, 272.

hecho de naturaleza general, que incida sobre la sociedad y no sólo particular o relacionado con un deudor singularmente.⁶⁰

40. 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 contractuales.⁶¹
41. Se conocen fallos que admiten la aplicación de oficio por el juez de reajustes por imprevisión.⁶²
42. Por otro lado, la C.S.J.N. ha rechazado los reajustes realizados de oficio, declarando que conculcan las garantías de defensa en juicio (art. 18 C.N.) y del derecho de propiedad (art. 17 C.N.). Ante todo, nunca podrá esgrimirse contra el deudor una renuncia "virtual" a la teoría mencionada, ya que el art. 874 del Código Civil desecha su presunción e impone un carácter restrictivo a la misma.⁶³
43. Existen orientaciones doctrinales y jurisprudenciales respecto a la renuncia al beneficio de la imprevisión⁶⁴; en algunos casos se admite la validez de la renuncia anticipada a la imprevisión si la misma ha sido realizada por la parte "fuerte" del contrato.⁶⁵
44. La recepción de pagos con posterioridad a la época en que se produjo el fenómeno "hiperinflacionario", no constituye obstáculo insalvable para invocar ulteriormente la teoría de la imprevisión.⁶⁶
45. Los actos de ejecución producidos con posterioridad al hecho considerado extraordinario e imprevisible, sólo impiden invocar la excesiva onerosidad cuando la prestación que se quiere reajustar está totalmente pagada.⁶⁷
46. La mera comprobación de la variación de la cotización del dólar estadounidense al tiempo del pago previsto no puede constituir por sí sola razón suficiente para la aplicabilidad del art. 1198CC., si no se ofrecen términos comparativos respecto de la prestación a cargo de la contraria.⁶⁸
47. No aceptada la corrección del contenido de las prestaciones por la parte menos perjudicada, debe operarse la liberación del deudor, sin perder de vista que la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos, es decir que se disuelve el vínculo para lo futuro solamente, dejando intactos los efectos producidos hasta entonces.⁶⁹
48. La solución del art. 1198, segunda parte del C.C. opera "ex tunc", retroactivamente, debiendo las partes restituirse mutuamente lo que hubieran recibido, luego, si se desata la relación jurídica porque se ha quebrado la equivalencia de las prestaciones,

⁶⁰ CNCiv., Sala D, 13/2/990, LL, 1990D, 290.

⁶¹ CNCiv., Sala H, 22/9/994, LL, 1995C, 18.

⁶² CNCiv., Sala F, 5/5/980, LL, 1980-D, 457; Fallos CNCiv.: Sala B, 29/4/980, El Derecho, 88, 832; Sala B, 30/9/980, El Derecho, 91, 580; Sala G, 8/10/981, El Derecho, 97, 634.

⁶³ CNCiv., Sala C, 4/9/980, JA, 981III, 238.

⁶⁴ CNCiv., Sala B, 28/7/980, LL, 1981A, 291.

⁶⁵ CNCiv., Sala A, 11/8/978, LL, 1978-D, 145.

⁶⁶ CNCom. C, 26.03.80 E.D. 88 – 170.

⁶⁷ SC Bs.As. 19.08.80 DJBA 119-706.

⁶⁸ CNCiv.sala G, 03.08.87 Magri Carmelo c/ Balmoral S.R.L. E.D. 126-563.

⁶⁹ CApel. Paraná, I, 09.02.79, Z 19-224.

el principio de justicia inspirador, también debe seguir presente en la etapa de ejecución y especialmente respecto a cómo operan los efectos de la ineficacia. Si se ha recompuesto la situación volviendo al equilibrio originario, ello debe llevarse hasta sus últimas consecuencias.⁷⁰

49. Si, establecida la excesiva onerosidad acaecida a la prestación del vendedor, se dispuso la resolución del contrato, el enajenante debe reintegrar la suma recibida a cuenta de precio actualizada, a fin de mantener, aun en la resolución, la equivalencia de las prestaciones que deben ser restituidas.⁷¹
50. El pago de un precio que sólo representa una ínfima porción del valor del inmueble es, objetivamente, un acto antifuncional, contrario a la buena fe, que los jueces no pueden amparar; por consiguiente corresponde declarar infringida la doctrina que emana de los arts. 953, 1071, y 1198 1ª parte del Cód. Civil, así como los principios del enriquecimiento sin causa, y resolver que es admisible el reajuste del precio del inmueble comprometido en venta.⁷²
51. Aun sin estar en mora el comprador, se impone el reajuste del saldo de precio impago, sea por aplicación del principio general de la buena fe, del abuso del derecho, del enriquecimiento sin causa, de la teoría de la presuposición o de la llamada "base del negocio", todos ellos, en el fondo, con fundamento en la regla moral y en la equidad.⁷³

La teoría de la imprevisión a la luz del AED:

En muchas oportunidades se ha sostenido que la imprevisión contractual tiene una base moral y en otras se ha dicho que se encuentra contra ella⁷⁴. Quienes sostienen la base moral de la doctrina de la imprevisión muestran la inmoralidad que resulta, por ejemplo, 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.

Finalmente se podría considerar que toda la teoría no tiene ni una base moral ni inmoral, sino que es amoral, atento a la postura del AED, aquella que interesa un análisis desde la economía del Derecho y su interés o no por su aplicación, su utilidad, más específicamente hablando. Con un marcado escepticismo ético.

El principio de la justicia conmutativa, rectora o correctora de los intercambios es la igualdad de valor de las prestaciones intercambiadas, de modo que después del intercambio ninguno debe tener un mayor valor económico que antes, ni tampoco debe quedar con menos que antes. Siguiendo a Morello hay un conjunto de presupuestos que se supone que existen y están condicionando la viabilidad de la actuación de la teoría de la imprevisión: un contrato **bilateral**, es decir, que origina obligaciones correspectivas, recíprocas; **oneroso**, en cuanto las dos partes

⁷⁰ 2ª. CC La Plata 02.06.78 RDJ 7-28-su,14.

⁷¹ SC Bs.As. 03.06.80 E.D. 90-745.

⁷² SC Buenos Aires, 1980/07/01 –Zavalía, Héctor S. C/ Fromaget, Constante J. L.L. 1981-A-133 con nota de Jorge Mosset Iturraspe.

⁷³ CNCiv. Sala E, 1983/03/22 – Cono Sudamericano, S.A. c/ Iorizzo, Juan – E.D. 104-348.

⁷⁴ ABATTI, Enrique Luis y ROCCA, Ival (h), *NOVÍSIMA PERSPECTIVA QUE DAN LA LEY 25.561 Y LOS DECRETOS 214 Y 320/02. ¿ES ADMISIBLE LA ACCIÓN DIRECTA POR REAJUSTE?*.

adquieren de la otra algo en función de la contraprestación que recíprocamente se obligan a realizar; **conmutativo**, en tanto ambas prestaciones deben guardar una relación de equivalencia, sea subjetiva, sea objetiva; **de ejecución diferida** (o sea que medie plazo); y **variaciones económicas imprevisibles y extraordinarias que ponen en peligro a la ecuación contractual empujándola hacia su frustración**. Con posterioridad y atento los hechos ocurridos en las últimas décadas del siglo XX nuestros tribunales fueron aplicando la teoría. Frente al desequilibrio sobreviniente, ajeno a las partes y asimismo extraordinario e imprevisible tenemos una serie de remedios que el contratante puede utilizar. La teoría de la imprevisión (art. 1198 C.C.), el caso fortuito o fuerza mayor (art. 514 C.C.); también el abuso del derecho (art. 1071 C.C.), la buena fe (art. 1198 C. C.), la equidad, el enriquecimiento sin causa y que según las circunstancias del caso permitirán que se pueda cumplir el contrato sin transgredir la justicia conmutativa.⁷⁵

Recordemos que una balanza simboliza a la justicia conmutativa para representar el equilibrio entre las prestaciones de un contrato bilateral. A través de esa imagen emblemática se ve con claridad que los valores económicos en juego de una relación patrimonial deben guardar equivalencia entre sí. La idea se remonta a la antigüedad y fue desarrollada por los filósofos griegos, cultores de la armonía. Enseñaba Aristóteles que en las transacciones civiles lo justo es una suerte de igualdad, según una proporción simplemente aritmética⁷⁶. Finalmente, la Comisión III de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. Setiembre 1991) expresó que “el contrato, como instrumento para la satisfacción de las necesidades debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado”.

Conclusiones:

1. En 1968 el fruto de diversas recomendaciones en distintos Congresos se concretarían con la ley 17711, cuando se incorporara a nuestro Código Civil, la teoría de la imprevisión en materia contractual.
2. En sus fundamentos, no se tenía la visión de una teoría del Análisis económico del Derecho, si bien preveía justamente variaciones económicas tendientes a morigerar el carácter liberal del antiguo Código Civil, incorporando un principio de Justicia Social.
3. De esta manera, damos por supuesto que la imprevisión no ha sido instituida para rectificar “malos negocios” ni para subsanar errores comerciales o financieros de los mismos. No protege singularmente a una de las partes de consecuencias destructoras del contrato, se trata de expurgarla de una sobrevinida iniquidad nacida por circunstancias ajenas a las partes y al objeto o fin del negocio contractual.
4. Diversos fallos y la casi totalidad de la doctrina declaran que el instituto de la imprevisión debe ser de *aplicación restrictiva*.
5. La jurisprudencia opinó también que su aplicación debe ser *excepcional*; pues en los contratos, lo ordinario, es la vigencia de sus cláusulas como ley de las partes (art. 1197, Cód. Civil).
6. La teoría de la imprevisión no es un dispositivo para desligarse de los malos negocios sino un remedio heroico para impedir la grosera vulneración de la justicia. No se trata de volver el contrato a una absoluta equivalencia actual entre lo que se da y lo que se recibe. El juez no puede, pues no es eso lo que quiere la doctrina incorporada al código civil, hacer del

⁷⁵ CORNET, Manuel, *LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION Y LA EMERGENCIA ECONOMICA*, Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año Académico 2002), pág.77.

⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo L.; *Los contratos ante la emergencia económica*, trabajo publicado en L.L. 05.07.93

contrato un nuevo contrato que se ajuste idealmente a los cánones de la justicia conmutativa; el sentido de equidad que está en la médula de la institución, se satisface suficientemente expurgando al acuerdo de la grosera desproporción entre las prestaciones que las circunstancias sobrevinientes han impuesto.

7. Por su parte, el Análisis económico del Derecho es una verdadera relectura del Derecho desde la Economía, comparando principios, metodologías e instituciones. Implica comprender que los problemas simples pueden resolverse simplemente y desde la mono disciplina.
8. Si el análisis económico ha sido utilizado para criticar a las leyes que no tienen un objetivo económico debe ser confinado a aquellas situaciones en que la economía o la eficiencia ganaran. Se pueden reducir los costos de los accidentes y evitar costos, por supuesto, pero sólo cuando la reducción puede ser lograda reduciendo o al menos no incrementando, las cargas de aquellos a los que hemos favorecido distribucionalmente. Así, subyace un principio de AED en el instituto de la imprevisión.
9. Por eso el AED es necesario porque permite combinar análisis distribucional con tradicionales fuentes del derecho y lenguajes de derecho y justicia, no analizados.
10. El AED, entonces, nos pone frente al análisis de la eficiencia frente al Derecho, disciplina que tradicionalmente no lo ha tenido en cuenta. Porque para el Derecho bastaba con la Justicia.
11. La Justicia es muy importante pero teniendo en cuenta a la eficiencia se pueden alcanzar resultados aún más justos. Porque la Justicia no puede estar separada de la distribución, que es dar a cada uno lo suyo en un trato igual sin discriminación.
12. Bajo esta perspectiva, el AED consiste en el estudio de las normas jurídicas desde el punto de vista de sus funciones económicas, sea mediante la descripción del modo en el que dichas normas operan o de la evaluación de las mismas desde el punto de vista de su capacidad de obtener un determinado objetivo económico.
13. La lógica detrás de esta teoría se relaciona con la que sirve de base a los teoremas económicos que demuestran eficiencia del equilibrio competitivo, ya que sostiene que los incentivos individuales de los jueces que deben resolver descentralizadamente los casos los llevan a elegir la solución que maximiza el excedente total o minimiza los costos sociales, y cuando así no lo hacen, la propia dinámica de la justicia hace que aparezcan nuevos fallos que hagan caer en desuso el precedente ineficientemente creado.
14. El AED abandona la perspectiva relativamente tradicional del sistema jurídico como sistema de obligaciones y prohibiciones acompañadas de sanción para concebir el derecho como un sistema de incentivos de determinados cursos de acción, deja una teoría imperativa y en su lugar aparece una teoría incitativa.
15. El AED, en otro de sus principios, analiza los costos y beneficios de todo, como su disciplina de origen, la economía.
16. En el campo de la cooperación estratégica global, desde la globalización y la teoría de los juegos, el AED se centra en las ventajas a largo plazo que una parte puede conseguir haciendo concesiones en el corto plazo.
17. Finalmente se podría considerar que toda la teoría de la imprevisión no tiene ni una base moral ni inmoral, sino que es amoral, coincidiendo a la postura del AED, aquella que interesa un análisis desde la economía del Derecho y su interés o no por su aplicación, su utilidad, más específicamente hablando. Con un marcado escepticismo ético. El principio de la justicia conmutativa, rectora o correctora de los intercambios es la igualdad de valor

de las prestaciones intercambiadas, de modo que después del intercambio ninguno debe tener un mayor valor económico que antes, ni tampoco debe quedar con menos que antes. El contrato, como instrumento para la satisfacción de las necesidades, debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado.

Así, podemos demostrar nuestra hipótesis y afirmamos que la imprevisión es un concepto fáctico, opinable y variable en su alcance y límites según los criterios que la jurisprudencia actual expresa y subyace en ella un Análisis económico del Derecho, tendiendo a analizar los costos y beneficios, un intercambio equilibrado amoral y basado en la utilidad y la proporción.

Bibliografía:

ABÁSULO, Ezequiel, LEIVA, Alberto David y PUGLIESE, María Rosa, *La Justicia*, en "Nueva Historia de la Nación Argentina", Tomo 8, Academia Nacional de la Historia.

ABBATI, Enrique Luis y ROCCA, Ival (h), *NOVÍSIMA PERSPECTIVA QUE DAN LA LEY 25.561 Y LOS DECRETOS 214 Y 320/02. ¿ES ADMISIBLE LA ACCIÓN DIRECTA POR REAJUSTE?*.

ABBATI, Enrique y ROCCA, Ival (h), *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.

ADLA, Anales de Legislación Argentina, Tomo XXVIII- B, págs. 1799-1827.

ALCHANIAN, Armen A., *Some economics of property Rights*, en *Rand Paper*, N° 2316, Santa Mónica, 1961.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Prólogo, Perrot, Buenos Aires, 1953.

BORDA, Guillermo A., *La ley 17711 de reformas al Código Civil*, ED, T° 27- 1969, págs. 921-927.

BORDA, Guillermo A., *A propósito de la reforma de 1968 al Código Civil*, LL- 1981- B- págs. 1016-1019.

BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, Editorial Perrot Buenos Aires p 151.

CALABRESI, Guido, *Too much, too Little, or both: Some thoughts on law making by american courts*, en *The Cambridge Lectures*, 1983, Elizabeth G. Baldwin editor, Butterworths, 1985.

CALABRESI, Guido, *About law and economics: a letter to Ronald Dworkin*, 8 Hofstra Law Review, 1980.

Dworkin, Ronald, *Why efficiency?" A response to professors Calabresi and Posner*, 8 Hofstra Law Review, 1980.

CALABRESI, Guido, *Policy goals of the "swedish alternative"*, en 34 American Journal of Comparative Law, 1986, p. 659.

CALABRESI, Guido, *Some Thoughts on risk and distribution and the law of torts*, en Yale Law Journal, N° 70, 1961.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes de análisis económico del Derecho para la teoría trialista del mundo jurídico (con especial referencia a la formación de un fondo de incentivo para el rescate de la vida nueva)*.

COASE, Ronald, *El problema del costo social*, publicado originalmente en *The Journal of Law and Economics* (octubre 1990).

COLOMA, Germán, *Las funciones económicas del derecho*, Problemas del Desarrollo, Sección Artículos, Universidad del CEMA.

Clases dictadas por Pablo Werning en el 2003, en el marco del Diplomado en Análisis Económico del Derecho.

CORNET, Manuel, *LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LA EMERGENCIA ECONOMICA*, Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año Académico 2002), pág.77.

DAY, Jorge y REYES, Gustavo, *Microeconomía para Abogados*.

DÍAZ, Rodolfo, *Sobre la enseñanza de la abogacía. Inclusión del análisis económico del derecho*, La ley Buenos Aires, 27 de abril de 2004.

Digesto 46, 3, 88.

DWORKIN, Ronald, *What is Equality, Part. 1 and Part. 2*, Philosophy and Public Affairs, vol. 10, numbers 3 y 4.

FARRELL, Martín, *En busca de la utilidad promedio*.

GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Reformas al Código Civil, Ley 17.711 comentada*, Ed. Zavalía, 1971, 2º edición, págs. 7-8.

GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la Justicia*, Dikelogía, Madrid, Aguilar, 1958.

GONZÁLEZ, N. y SOLANO, J., *Apuntes de Teoría de los Juegos*, ISSN 1794-029X, Universidad ICESI, tercera edición, 2004.

HICKS, J. R., *The Foundations of Welfare Economics*, The Economic Journal, vol. 49, pág. 706.

KALDOR, Nicholas, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, The Economic Journal, vol. 49, pág. 550.

KEYNES, *Teoría General del empleo, el interés y el dinero*, 1936.

LORENZETTI, Ricardo L.; *Los contratos ante la emergencia económica*, trabajo publicado en L.L. 05.07.93

MARTINUZ, Adriana Beatriz, *El Derecho Romano a 40 años de la sanción de la ley 17711*, en Aequitas Virtual, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, pág. 2.

Mensaje de la Comisión Reformadora elevando el Proyecto al Presidente de la Nación, ED Tº 21-1968, págs. 964-965.

MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del Derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994.

Nota elevatoria de la Comisión Reformadora, ED Tº 21- 1968, págs. 964-965.

Nota elevatoria de la Comisión Reformadora, ED Tº 21- 1968, págs. 964-965.

POSNER, Richard, *Economics Analysis of Law*, 3ª Edición, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1986.

POSNER, Richard, *The Etical and Political basis of the efficiency norm in common law adjudication*, en 8 hoftra law review, 1980.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1971, págs. 161-162.

SEN, Amartya, *The Standard of living*, The Tanner Lectures on Human Values, vol. VII, Sterling.

STIGLITZ, Joseph, *El malestar de la globalización*, Cap. 4 La crisis del este asiático, de cómo las políticas del FMI llevaron al mundo al borde de un colapso global.

TAVANO, María Josefina, *¿Qué es al Análisis económico del Derecho?*, Revista de Derecho Privado y Comunitario nº21 Derecho y Economía, 1999, Rubinzal Culzoni Editores.

<http://edant.clarin.com/diario/2005/10/11/elmundo/i-03201.htm>

http://es.wikipedia.org/wiki/Hex_%28juego%29

Advertencia legal:

Las opiniones y los conceptos vertidos en los artículos de investigación publicados expresan la postura de sus respectivos autores y no necesariamente coinciden con la de la Universidad de Congreso. La institución declina toda responsabilidad por las consecuencias que pudieran derivarse de la lectura y/o interpretación del contenido de los artículos publicados.