

Informe de Investigación

Título: La indexación

Rama del Derecho: Derecho Civil.	Descriptor: Obligaciones y Contratos.
Palabras clave: La seguridad en los contratos, Modificación del Contrato, Contratos de larga duración.	
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 06 – 2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina	2
a) LA SEGURIDAD EN LOS CONTRATOS.....	2
30 ter. Las cláusulas de indexación o de escala móvil.....	3
b) MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.....	4
A) ADECUACIÓN VOLUNTARIA	5
§ 1. Adaptación automática.....	5
§ 2. Cláusulas de salvaguarda.....	5
B) ADECUACIÓN IMPUESTA.....	6
§ 1. Insubsistencia de las bases negociales.....	6
§ 2. Teoría de la imprevisión.....	7
§ 3. Frustración de la finalidad.....	13
c) CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN.....	15
I. La problemática de los contratos de larga duración.....	15
II. Los elementos tipificantes.....	16
III. La dinámica de cumplimiento.....	17
IV. La modificación de las obligaciones en curso de ejecución.....	19
V. La extinción (remisión).....	20

1 Resumen

Sobre la indexación trata el presente, por medio de doctrina se explicando la seguridad en los contratos, las cláusulas de indexación o de escala móvil, la modificación del contrato, la adaptación automática, los contratos de larga duración, la dinámica de cumplimiento, entre otros.

2 Doctrina

a) LA SEGURIDAD EN LOS CONTRATOS

[Sánchez]¹

30. La seguridad en los contratos. La teoría de la imprevisión basada en la cláusula implícita "*rebus sic stantibus*", que permite la revisión del contrato por parte del juez cuando se han modificado de manera imprevista y extraordinaria las condiciones económicas generales que han hecho más onerosas las obligaciones de una sola de las partes en los contratos de duración o de ejecución continuada, no se encuentra acogida en nuestro Derecho por preferirse a ella la seguridad de los contratos (S. J. F., 6o época, tomo XXIV, 4o parte, pág. 62, amparo 1863/58, José de la Luz Valdez) (ver después núm. 38-8-c). Esta revisión del contrato la lleva a cabo el juez en cualquiera de estos dos sentidos: o reduce las prestaciones a cargo de una de las partes, o bien rescinde el contrato, a elección de la parte perjudicada.

Para conservar la fuerza obligatoria y la seguridad del contrato, cuando por una verdadera excepción se admite la revisión de éste por los tribunales en los casos extraordinarios de cambio imprevisto de condiciones económicas generales, es indispensable que haya una intervención directa del legislador y de carácter temporal (Marty). Este tipo excepcional de intervención legislativa se produjo en México a raíz de la revolución, al desaparecer la circulación del papel moneda, con la expedición de las leyes de moratoria y de pagos (Borja Soriano).

30 bis. El desequilibrio de ciertos contratos por la inflación monetaria. Tiene la moneda tres clases de valores: el valor intrínseco, correspondiente al metal fino que contiene y que no existe en el papel moneda hoy día en uso; el valor de cambio, correspondiente a su poder adquisitivo, o sea a los bienes o servicios que con ella pueden adquirirse; y el valor nominal, correspondiente a la unidad numérica que le asigna autoritariamente el Estado emisor y que sirve de fundamento al "nominalismo" monetario que proclama que para efectos jurídicos el único valor del dinero es el nominal o numérico que el Estado le asigna.

El Código Civil (2389) a propósito del mutuo, y la Ley Monetaria (7) con aplicación a todos los contratos, adoptan el nominalismo, que en épocas de estabilidad económica no causa los problemas que ocasiona en tiempos de inflación y de crisis económicas, en los cuales el deterioro progresivo del valor real de la moneda nacional produce graves desequilibrios en las prestaciones de obligaciones de ejecución diferida o escalonada que tienen por objeto una suma de dinero, p. ej.: el mutuo, el arrendamiento, las ventas a crédito, el suministro, la renta vitalicia, etc.

Para eludir ese desequilibrio superveniente (distinto del de la lesión que es desequilibrio contemporáneo a la celebración del contrato), debido tanto a la posterior desvalorización de la moneda nacional por disminución económica de su poder adquisitivo, como a la también posterior devaluación que por un acto de autoridad fija una paridad inferior a la vigente de la moneda nacional con respecto a otras monedas extranjeras, suelen recurrir los contratantes a las "cláusulas de estabilización", a fin de valorizar contractualmente las deudas de dinero pendientes de pago y mantener para ellas el valor real y no el valor nominal de las mismas.

Tales cláusulas son: o cláusulas "monetarias" que hacen referencia al valor del oro o de una moneda extranjera; o cláusulas "económicas", llamadas también "cláusulas de escala móvil" o "cláusulas de indexación", que remiten al valor de ciertas mercaderías (trigo, petróleo, etc.) o de determinadas prestaciones (salario mínimo, etc.) o al costo de la vida conforme a los índices de precios.

30 ter. Las cláusulas de indexación o de escala móvil.

Deben considerarse válidas en nuestro Derecho para todos los contratos, con excepción del mutuo de dinero (ver después N° 94 bis), las mencionadas "cláusulas económicas" por virtud de la libertad contractual (1796, 1839 y 1858) y por no existir disposición legal que las prohíba, lo cual confirman también los "petrobonos" que emite Petróleos Mexicanos que es un organismo descentralizado del Estado.

No obstan a ello dos ejecutorias de la Suprema Corte, aprobadas por apretada mayoría, a saber:

a) Una que resolvió que "en el supuesto de que se hubieran previsto las devaluaciones de la moneda (en un arrendamiento), la cláusula respectiva sería nula de pleno derecho por ser contraria al orden público e interés nacional, ya que cláusulas semejantes crearían desconfianza en el valor de la moneda y producirían motivos inflacionarios... el valor de la moneda está fijado por la ley y su poder liberatorio no depende de convenciones privadas, de suerte que cualquier convenio en tal sentido concertado por los contratantes sería nulo" (S. J. F., 6o época, tomo XXIV, 4o parte, págs. 71 y 72, amparo 1863/58, José de la Luz Valdez). Esta ejecutoria carece de eficacia porque se ocupa de un caso hipotético y distinto al concreto de la litis constitucional planteado en autos (Art. 107-II constitucional).

b) Otra que se limitó a definir que no era renta cierta y determinada como lo exige el arrendamiento (2398 y 2399), la cláusula que remite durante la vigencia del contrato para la determinación de la renta a la medida de las alzas que se registran en los índices de precios que publica el Banco de México (amparo 6645/79, Ricardo Kuri Slim, 29-X-80). Esta ejecutoria no analiza si un contrato de esta naturaleza, aún sin ser arrendamiento por decirse que no contiene precio cierto y determinado, puede considerarse como un contrato innominado válido (1858) semejante al arrendamiento.

30 quarter. Las obligaciones en moneda extranjera. En México la moneda extranjera no es un bien fuera del comercio. Tampoco son ilícitos, ni prohibidos, ni nulos los contratos sobre moneda extranjera. Todos ellos son perfectamente válidos, nada más que el Estado, para mantener su soberanía monetaria y evitar que la moneda nacional sea desplazada en su circulación por la moneda extranjera, ha establecido rígidas normas imperativas que no pueden ser modificadas por los particulares (art. 9* Ley Monetaria), en los casos en que dicha moneda extranjera concurrir esta doble circunstancia se estaría en presencia de un bien individualizado y no destinado a ser sustituido por otro, ni, por tanto, susceptible de circular, lo que haría inaplicables, por consiguiente, las disposiciones obligatorias de referencia (art. 268, Ley Gral. de Tít. y Op. de Crédito).

Son éstas tales normas imperativas:

1 La regla general es que la moneda extranjera no tiene circulación legal, de manera que las obligaciones de moneda extranjera no se solventan en esa moneda, sino en moneda nacional (art.



89, 1er. párrafo, Ley Monetaria), es decir, aunque en ellas la moneda extranjera está "in obligatione" porque es el objeto directo de la obligación; sin embargo, la moneda nacional está "in solutione", porque es el medio de pago. Tan drástica es esta regla general que aunque en un mutuo se hubiera recibido moneda extranjera por el mutuario, la obligación a su cargo sería de restituir moneda nacional y no moneda extranjera, alterándose así la esencia de la obligación del "tantundum" de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 2385, Cód. civil).

2 Dentro de esa regla general, la cantidad de moneda nacional que ha de pagarse en lugar de la moneda extranjera, se determina en función del tipo de cambio vigente en el lugar y fecha del pago (art. 89, párrafo 2o de la Ley Monetaria), a menos que, tratándose de un mutuo o de otra operación, se pruebe que lo que recibió el deudor o se tomó en cuenta para hacer la operación, fue moneda nacional y se hizo luego la conversión de ésta a su equivalente en moneda extranjera, porque en este caso especial el tipo de cambio que se aplica para efectuar el pago también en moneda nacional, no es el mencionado tipo de cambio vigente en el lugar y fecha del pago, sino el que regía entonces en el lugar y la fecha en que se contrajo la respectiva obligación en moneda extranjera (art. 99 transitorio de la Ley Monetaria), según lo interpreta la doctrina (Mantilla Molina, Títulos de Crédito, México, 1983, Núm. 122 bis), y lo sostiene la jurisprudencia de la Suprema Corte (amparos 6255/936 de Fernando Lira, 5224/936, 2450/77 de Mas Reynosa, S. A., 5455/77 de Banco de Londres y México, S. A., 2995/78 de Blanca Águila de Lechuga, 3743/78 de José Ma. Gallardo Isunza, 450/79 de Seguros Monterrey Serfin, S. A., 1887/80 de Urbanizadora Buenos Aires, S. A. y 3390/80 de Arturo Cortés Villada).

3 Por única excepción a dicha regla general, la obligación de moneda extranjera debe solventarse precisamente en esa moneda extranjera y no en moneda nacional, cuando la ley así lo permita expresamente, como ocurre en los depósitos bancarios de moneda extranjera (art. 267, Ley Gral. Tit. y Op. de Crédito), si bien últimamente el Ejecutivo Federal se arrogó facultades legislativas (D. O., 1^o de Sept. 1982) para contrariar esta disposición y transformar en moneda nacional bajo el nombre de "mexdólares" la moneda extranjera de tales depósitos.

b) MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

[Alterini]²

1. Contenido. Las circunstancias del contrato (Cap. VII, núm. 52) son variables. Ante el desafío de llegar a un "Derecho mercantil nuevo que responda al reto de la nueva economía y que sirva a la idea de Justicia, madre del Derecho" (GARRIGUES), se desplazó "el centro de gravedad [...] de la formación a la ejecución del contrato" (CARBONNIER).

En este capítulo veremos cómo, mediante mecanismos de adecuación voluntaria, o de adecuación impuesta, el contrato es modulado a fin de que el equilibrio propio del sinalagmagenético (el que existe al tiempo de su celebración) se mantenga como sinalagma funcional, en todo su desarrollo.

A) ADECUACIÓN VOLUNTARIA

§ 1. Adaptación automática

2. Teoría general. Las circunstancias en las cuales son celebrados los contratos de larga duración suelen sufrir modificaciones, por cambios tecnológicos, de modas, etcétera.

La regla liminar de buena fe (Cap. II, núm. 4) orienta previsiones contractuales, o disposiciones legales, de adaptación del contrato, las cuales tienden a mantener en cuanto sea posible la relación de equivalencia que le es propia. En especial se considera que el megacontrato de larga duración "es perpetuamente negociable" (ROHUETTE, MALAURIE-AYNÉS).

3. Cláusula de revisión del precio. La cláusula de revisión del precio es considerada un "elemento tradicional del precio" (CENAST). La denominada indexación (del latín *índex*, índice) de la deuda, resulta de un método de cálculo consistente en dividir un "índice presente" por un "índice original", lo cual arroja un "multiplicador de actualización", realizándose luego esta operación: "multiplicador de actualización por monto originario del crédito = monto actualizado del crédito" (Cám. Nac. Com., Sala D, L.L. 1977-B-151). Las partes establecen qué índice será tomado en cuenta (índice de escala móvil, que resulta de estadísticas, y que refleja los precios de determinados productos, o los de una canasta general de ellos, que puede ser mononómico, cuando se refiere al precio de un solo bien [por ejemplo, el oro], o a un solo índice; o polinómico, cuando prevé la ponderación de varios productos o índices con cierta incidencia relativa [por ejemplo, si se estipula que el índice de precios al consumidor incide en el sesenta por ciento (60%), y el índice de precios mayoristas nacionales en el cuarenta por ciento (40%)]; así como a partir de qué porcentaje de variación el precio será ajustado.

Mediante una disposición sorprendente, y a contrapelo de la política económica de libertad de mercados, la ley 23.928 prohibió la indexación (Cap. XXV, núm. 17). Pero esa prohibición no es común en el mundo y, antes bien, las cláusulas de indexación son corrientes —más bien son de estilo— en los contratos celebrados en países que no padecen las graves incoherencias legislativas que son habituales en Argentina.

§ 2. Cláusulas de salvaguarda

4. Cláusula de hardship. La cláusula de hardship (infortunio, injusticia), o de adaptación del contrato, permite revisarlo cuando sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica.

Mediante ella los contratantes se obligan a procurar ponerse de acuerdo para adecuar el contrato a nuevas circunstancias, y quedan por lo tanto autorizadas a requerir su revisión periódica (LARROUMET). Se la considera "una cláusula rebus sic stantibus perfeccionada" (MALAURIE-AYNÉS) (ver *infra*, núm. 9).

Su variedad es muy amplia: a) puede enunciarse una fórmula general (por ejemplo, tomar en cuenta una situación grave, de carácter financiero, económico o político) -, b) o acudirse a un enunciado puntual (por ejemplo, dar relevancia a nuevos costos fiscales, restricciones derivadas de políticas ambientales, variaciones en la tasa de cambio, etcétera); c) establecer que, dadas las circunstancias previstas, las partes deberán renegociar el contrato en cierto plazo, o someterse a arbitraje; d) permitir, en fin, que la parte perjudicada se desligue del contrato; etcétera.

5. Cláusula de cliente más favorecido. La cláusula de cliente más favorecido constituye otra salvaguarda, mediante la cual una de las partes, o todas ellas, establecen que el contrato quedará

sujeto a las mejores condiciones con las que se beneficie el cliente más favorecido de la otra.

De tal modo, si las circunstancias de plaza se modifican, y como resultado de ello es preciso otorgar ciertas prerrogativas a los clientes que no eran habituales al tiempo del contrato, éste se adecúa a las nuevas circunstancias.

6. Cláusula de first refusal. El right offirst refusalofirst refusal (derecho de primera opción) — según ha sido visto en el Cap. XII, núm. 22— constituye un contrato de prelación. Sirve también como salvaguarda, en la medida en que otorga a su beneficiario un tiempo de reflexión para decidir si la acepta o la rechaza; en ese ínterin es posible que el beneficiario de la opción realice ciertas investigaciones (due diligence), busque financiaciones, etcétera, con miras a la celebración del contrato definitivo.

B) ADECUACIÓN IMPUESTA

§ 1. Insubsistencia de las bases negociales

7. La categoría. La teoría de las bases del negocio jurídico estima que, para la celebración de un contrato, las partes tienen en cuenta ciertas circunstancias básicas que son propias del negocio jurídico en cuestión: por ejemplo, la equivalencia de las contraprestaciones (ver Cap. XVI, núm. 19).

De tal manera, si esas circunstancias básicas no se dan (como si se arrienda un balcón para presenciar un desfile que no se lleva a cabo, hipótesis contemplada por la jurisprudencia inglesa en los denominados Casos de la Coronación de EDUARDO VII, ver *infra*, núm. 19), o si ulteriormente resultan modificadas (como cuando se encarece súbitamente el valor de mercaderías vendidas a precio fijo), el acto adviene ineficaz por insubsistencia de las bases que lo sustentaron. Cabe señalar —con ENNECCERUS— que esta teoría de las bases del negocio jurídico computa no sólo la modificación de circunstancias que ya existían al momento de la celebración del acto, sino también otras que puedan sobrevenir; estas últimas, que no podían ser presupuestas en razón de su sobrevivencia, eran ajenas a la teoría de la presuposición (ver *infra*, núm. 11). La teoría de las bases del negocio jurídico excede, por otra parte, el ámbito de la doctrina de la imprevisión (ver *infra*, núm. 9), pues se considera que esta doctrina es una hipótesis especial de aplicación de la teoría genérica de las bases del negocio jurídico (IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1990; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, Santa Rosa, 1991).

Ahora bien. La teoría de las bases del negocio jurídico presenta tres vertientes:

a) *Teoría subjetiva.* Es sostenida por OERTMANN, quien considera como bases del negocio jurídico aquellas circunstancias en las cuales las partes apoyan realmente la eficacia del contrato, aunque no las hayan estipulado expresamente, y cuya aparición y persistencia esperan como aspecto del acto bilateral.

b) *Teoría objetiva.* LARENZ considera como bases del negocio jurídico a las circunstancias cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista como regulación dotada de sentido. Por lo tanto, si desaparece la relación de equivalencia entre las contraprestaciones —que es la base de todo contrato bilateral— se arruina el sentido del acto, que no puede subsistir como tal.

La objetividad está dada porque, para establecer si determinada circunstancia es base del negocio jurídico, se prescinde por completo de si ella ha sido o no esperada por las partes.



c) *Teoría ecléctica*. Por su parte, LEHMANN, para considerar a una circunstancia como base de un negocio jurídico, sigue un criterio ecléctico, exigiendo tres requisitos: 1. Que la importancia de dicha circunstancia para que una de las partes celebre el contrato haya podido ser conocida por el otro contratante; 2. Que una de las partes haya tenido la certeza acerca de la existencia, subsistencia o producción posterior de la circunstancia, ya que —de lo contrario— hubiera determinado al otro contratante a aceptarla como condición, de la cual habría dependido la existencia del acto; y 3. Que, en el supuesto de no existir tal certidumbre, este otro contratante —de acuerdo con la finalidad del contrato— hubiera aceptado la imposición de la condición, o hubiese tenido que acceder a ella procediendo de buena fe.

8. Aplicación. La teoría del análisis económico sostiene concordantemente que "la tarea de la legislación y la jurisprudencia consiste, en el caso de un contrato frustrado o con alteraciones —en el cual el riesgo que esta frustración o estas alteraciones han producido no hayan constituido el objeto del contrato— en que se reponga poco más o menos la situación originaria de la negociación", para evitar que "algo que se ha concretado firmemente en el contrato pudiera conducir a resultados irrazonables y jurídicamente intolerables" (SCHÄFFER-OTT). Se trata, en suma, de poner el acento en la eficiencia, esto es, en la realización de una modificación de la situación irrazonable o intolerable, que sea apta para mejorar la situación del contratante que la sufre, sin empeorar la situación de la otra parte emergente de lo que fue contratado. En ese orden de ideas se admite la reconstrucción del contrato por vía de esta teoría de las bases del negocio jurídico (ver Cap. II, núm. 14).

Es interesante recordar un caso que citan SCHÄFFER-OTT, resuelto por el Tribunal Supremo alemán el 11 de marzo de 1982, en el que se trataba de la obligación asumida en el año 1975 de suministrar y montar una planta industrial en Irán, que fue frustrada por la revolución de KOMINI. Los argumentos fundamentales que abonaron el fallo son éstos: a) aun asumiendo que hubiera habido un riesgo (álea) no previsto, debe ser asignado a la parte que debió haber contado en mayor medida que la otra con la eventualidad de surgir un obstáculo en la ejecución del contrato, el cual no había sido previsto ni explícita ni implícitamente; b) si bien ninguna de las partes tuvo influencia alguna en la situación generadora (en ese caso la revolución iraní), en definitiva, se ponderó que la parte perdedora era "el superior risk bearer [soporte superior del riesgo], en la medida en que pudo advertir el riesgo con costes de información reducidos", y contar con él "en mayor medida" que la otra parte, en tanto ésta "carecía de especiales posibilidades de información". En suma, "para reconstruir un contrato perfecto, resulta que la actora —en una negociación contractual ficticia— no se habría involucrado en el acuerdo realmente logrado", y sería "imprevisible que la actora se hubiera embarcado en las negociaciones contractuales con un riesgo de tales circunstancias".

§ 2. Teoría de la imprevisión

9. La cláusula *rebus sic stantibus*. La doctrina de la imprevisión—o de la lesión sobreviniente (PUGLIESE, CARDINI)— modifica el rigor del principio *pacta sunt servanda* (Cap. III, núm. 15), pues lo condiciona a que *rebus sic stantibus*, o sea, a que las cosas permanezcan de igual modo. Este principio, conocido por el Derecho Romano, fue desarrollado por los glosadores, con BARTOLO a la cabeza; BALDO, ALCIATO, los cardenales MANTICA y DE LUCA se cuentan entre quienes más contribuyeron a delinear los caracteres de la figura.

La doctrina que ahora examinamos "enfrenta hechos que por su índole son idénticos a los constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor", y "sólo difieren en que mientras éstos impiden absolutamente el cumplimiento de la obligación, aquellos otros no lo impiden pero hacen a la ejecución debida excesivamente onerosa para el deudor" (LLAMBÍAS).



10. La ley 17.711. Antes de 1968 había consenso favorable a la doctrina de la imprevisión (LLAMBÍAS, BORDA, GALLI, ORGAZ, FORNIELES, REZZÓNICO, SPOTA, LEÓN, ALSINA ATIENZA, COSSIO, MASNATTA), así como fallos de los Tribunales que la acogían. El III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961), propuso una fórmula legal que fue prácticamente copiada en la segunda parte del artículo 1198 del Código Civil, texto según ley 17.711.

Esta norma 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".

11. Fundamento. La posibilidad de desligarse de un contrato que por causas sobrevinientes a su constitución resulta ruinosa o, en su caso, el reajuste de los términos del contrato, tiene fundamento —en mi opinión— en la teoría de las bases del negocio jurídico (ver supra, núm. 7). Por cierto que no es el único que ha encontrado la doctrina, siendo de destacar, por sus semejanzas con el criterio que adoptamos, la teoría de la presuposición, desarrollada por WINDSCHEID y, entre otros, por ORGAZ, FORNIELES y LLAMBÍAS. La relevancia del concepto de buena fe que aparece en la teoría de LEHMANN, y el parentesco entre la buena fe y la teoría de la imprevisión —que no es sólo conceptual, sino también normativo, pues ambos son regulados en el mismo artículo 1198 del Código Civil— conduce a pensar que tal es el fundamento de dicha teoría en el Derecho argentino.

WINDSCHEID adoptó la noción de presuposición subjetiva, y la concibió como una condición no desarrollada. Además de lo que las partes ponen en el contrato, está lo que ellas presuponen que, desde luego, no queda fuera de sus voluntades: los contratantes exteriorizan aquello que puede dar lugar a ulteriores desinteligencias, y tratan de expresarlo en la forma más clara posible para evitar posibles discusiones; pero ocurre que, por más que tomen las máximas precauciones, es imposible que expresen todo lo que han tenido en cuenta al contratar, por cuanto dan algunas circunstancias por presupuestas (por ejemplo, la equivalencia de las contraprestaciones en los contratos bilaterales), y por eso no las incluyen expresamente. Si llega a faltar ese presupuesto que integra la voluntad contractual el acto celebrado pierde eficacia, y las obligaciones que nacen de él dejan de existir por carecer de causa. Por otra parte, si los contratantes hubieran pensado en la circunstancia imprevisible (por ejemplo, una grave deflación que torne inequivalentes las prestaciones pactadas), la habrían puesto como condición para disolver el contrato.

Esta teoría tiene una variante objetiva en la fórmula de la presuposición típica de PISKO, que no toma en cuenta la voluntad real de las partes, o la voluntad presupuesta de ellas, sino aquellas circunstancias que deben aparecer en el acto, por ser típicas de la naturaleza de éste, o por ser propias del caso.

12. Comparaciones. La teoría de la imprevisión tiene afinidades con el caso fortuito y con la lesión.

a) *Con el caso fortuito.* Si bien es cierto que el caso fortuito y la imprevisión tienen caracteres comunes (supra, núm. 9), difieren en cuanto a que: 1. El primero implica la imposibilidad de pago y, en cambio, en la segunda el pago se torna dificultoso, pero no imposible; 2. En aquél existe una imposibilidad jurídica de cumplir y, por lo contrario, en ésta la imposibilidad es económica; 3. El caso fortuito se aplica en los ámbitos contractual y extracontractual, en tanto la imprevisión sólo

juega en el campo contractual, y en determinados supuestos; 4. El caso fortuito es anterior al cumplimiento, mientras la excesiva onerosidad puede surgir antes o después de satisfecha la prestación (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

b) *Con la lesión.* En la imprevisión y en la lesión el deudor sufre un perjuicio patrimonial desmesurado e inicuo.

Pero: 1. En la primera ese perjuicio se produce al tiempo de cumplimiento —en la imprevisión hay lesión sobreviniente—, y por circunstancias extrañas al comportamiento de las partes; en cambio, en la lesión, el perjuicio sucede al ser celebrado el acto jurídico, y como consecuencia del aprovechamiento por una de las partes de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra; 2. Además, la lesión trae aparejada la anulación del acto jurídico, y la imprevisión, la rescisión del contrato, que no incide sobre los efectos ya cumplidos, el cual incluso puede seguir subsistiendo en caso de que se restablezca el equilibrio que se había roto.

13. Extremos de aplicabilidad. El artículo 1198, segunda parte, del Código Civil, somete la aplicabilidad de la doctrina de la imprevisión a estos requisitos:

a) Hecho fortuito. La excesiva onerosidad de la prestación a cargo de la parte que invoca la doctrina de la imprevisión debe reunir caracteres semejantes a los del caso fortuito: imprevisibilidad, irresistibilidad, ex-traneidad, actualidad y sobreviniencia.

b) Excesiva onerosidad. "El hecho en cuestión, para que entre en juego la teoría de la imprevisión, ha de provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida, de manera tal que el mantenimiento de la obligación importe la consumación de una flagrante injusticia. Ejemplo: si se ha contratado la provisión de 100 toneladas mensuales de carbón durante cinco años, a un precio X, y por el estallido de una guerra el precio del carbón se duplica. Si se obliga al contratista a seguir proveyendo el combustible al precio pactado, se le exige una prestación deficitaria que lo descapitaliza a expensas de la otra parte, y finalmente puede conducirlo a la ruina" (LLAMBÍAS).

Va de suyo que el desbarajuste en la situación económica debe perjudicar al deudor para que la teoría de la imprevisión sea aplicable; el que beneficiare al acreedor, sin perjudicar al deudor, sería irrelevante.

Cabe señalar que la excesiva onerosidad concomitante con el contrato —no sobreviniente— puede dar lugar, si cabe, a la aplicación del artículo 954 del Código Civil (teoría de la lesión), pero no a la del artículo 1198 (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

c) Circunstancias del cumplimiento. Asimismo, no es preciso que quien invoca la doctrina de la imprevisión no haya cumplido aún. Cuando la contraprestación que le corresponde se ha envilecido, sólo queda impedida la acción "por la circunstancia de que ya en el hecho de cumplirla, ya en el de recibirla, deba verse una conformidad con la situación" (LÓPEZ DE ZAVALÍA) a menos, claro está, que haya promediado alguna reserva (art. 918 in fine, Cód. Civ.).

d) Contratos comprendidos. El artículo 1198, segunda parte, del Código Civil, señala a cuáles contratos es aplicable la doctrina de la imprevisión:

1. Por lo pronto, deben ser permanentes o de duración. La ley menciona, incorrectamente, a los contratos "de ejecución continuada o diferida"; en realidad abarca a los contratos de ejecución diferida y a los contratos de duración (ver Cap. VI, núms. 11 y 12).

2. Siendo permanentes, incluye a los bilaterales conmutativos (ver Cap. VI, núms. 4 y 6).

3. Siendo permanentes, incluye también a los unilaterales que sean onerosos y conmutativos (ver Cap. VI, núms. 5 y 6); aunque "hubiese bastado con decir unilaterales conmutativos" (LÓPEZ DE

ZAVALÍA).

4. Los contratos aleatorios (ver Cap. VI, núm. 6) en principio están excluidos, salvo "cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato". Es decir, en una renta vitalicia, el álea propia del contrato es la duración de la vida del beneficiario, de manera que no es invocable la doctrina de la imprevisión por la larga vida de éste; pero sí lo sería, como álea ajena al contrato, en el supuesto de haber deflación, lo cual, lógicamente, agravaría la incidencia económica de los pagos comprometidos por el deudor de la renta.

"Un ejemplo célebre es el de la colección de antigüedades americanas de WALDECK. Su propietario pedía por ellas 40.000 francos. El Estado le ofreció comprarla a cambio de renta vitalicia y esto fue aceptado. Pero como WALDECK, que tenía entonces más de cincuenta años, no falleció hasta los 109, el Estado pagó cinco o seis veces el precio pedido por la colección" (PLANIOL-RIPERT).

14. Casos en que no se aplica. La doctrina de la imprevisión no es aplicable en los siguientes supuestos:

a) Contratos gratuitos. Están excluidos del ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión —lo que ya había sido criticado por SALAS en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961—, trayendo aparejada la incongruencia de tratar con mayor rigor a quien hace una liberalidad, que a quien obtiene una contraprestación a cambio de la prestación a su cargo.

BORDA entiende que, ante el silencio de la ley, los contratos gratuitos deben considerarse implicados por la teoría de la imprevisión; pero tal aserto choca con la redacción del artículo 1198 del Código Civil que, al referirse a los contratos unilaterales, requiere expresamente que sean onerosos, excluyendo por lo tanto casos como el del contrato de renta vitalicia gratuita que, al existir una deflación monetaria, traería aparejada una excesiva onerosidad en el cumplimiento por parte del obligado el cual, a pesar de no recibir contraprestación alguna, quedaría igualmente ligado por su deuda.

La exclusión legal abarca a la donación (art. 1791, Cód. Civ.), al mandato sin remuneración (art. 1869, Cód. Civ.), a la fianza (art. 1986, Cód. Civ.), al depósito gratuito (art. 2182, Cód. Civ.), al mutuo sin interés (art. 2240, Cód. Civ.), al comodato (art. 2255, Cód. Civ.), a la renta periódica o vitalicia gratuita (art. 1810, inc. 2a, Cód. Civ.).

b) Contratos onerosos de ejecución inmediata o de ejecución única. También están excluidos (ver Cap. VI, núms. 5, 11 y 12).

c) Asunción de la excesiva onerosidad. El deudor puede renunciar anticipadamente al derecho de invocar la imprevisión para rescindir el contrato que ha celebrado, en el supuesto de que, por causas fortuitas, su cumplimiento se hubiera tornado muy oneroso; ello es factible por cuanto se trataría de una asunción del evento fortuito que dificulta el pago de la obligación, lo cual no está prohibido por ley (conf. doc. art. 513, Cód. Civ.) (ver Cap. III, núm. 38-c, 5).

La posibilidad enunciada, sin lugar a dudas, configura una limitación a la vigencia de la teoría de la imprevisión; por lo tanto es imprescindible poner especial cuidado en que tal renuncia sea pactada libremente por las partes, y no impuesta por el acreedor en contra de la voluntad del deudor, lo que viciaría el consentimiento de este último, implicando la anulación de la cláusula de renuncia.

d) Mora del deudor. "No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora" (art. 1198, 4to. párr., Cód. Civ.). En tal situación falla el requisito de extraneidad a que nos hemos referido (supra, núm. 13-b)].

Como la mora supone imputabilidad, "si el retardo en el cumplimiento se hubiese originado en la excesiva onerosidad ya sobrevenida, no puede afirmarse que sea imputable ni que, por ende, exista mora" (MOSSET ITURRASPE; LÓPEZ DE ZAVALÍA).

Ahora bien. ¿Qué sucede cuando la mora del deudor es irrelevante? Conforme a los principios generales, el moroso no puede invocar el caso fortuito cuando está en mora, es decir, cuando la mora ha sido causa de que el caso fortuito haya impedido la prestación; pero si la mora es irrelevante, esto es, si aún sin promediar mora hubiera existido igualmente imposibilidad de cumplir, el deudor queda liberado (art. 892, Cód. Civ.). Si extrapolamos estas nociones a la doctrina de la imprevisión, hemos de concluir que el deudor moroso tiene derecho a invocarla cuando su mora ha sido irrelevante para la excesiva onerosidad.

Esto es sumamente significativo en cuanto a la incidencia de la depreciación monetaria. Supónganse el caso de un vendedor que está en mora con respecto a su obligación de escriturar, y que sin embargo se prevale de la teoría de la imprevisión porque el precio resulta irrisorio en virtud de una hiperinflación. En tal situación, la mora en escriturar no es causa del envilecimiento del precio, en el sentido de que, de cualquier manera, y aun estando el dinero "en poder del acreedor" (art. 892, cit.), tal envilecimiento se habría producido. Desde que, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el incremento del monto nominal de la prestación dineraria "no hace la deuda más onerosa que en su origen", pues "no existe modificación de la obligación sino determinación del quantum en que ella se traduce", va de suyo que, por un lado, el reajuste del precio no incide como un sacrificio económico mayor para el deudor y, por otro, su mantenimiento en los montos nominales hace que la contraprestación —que nació, por hipótesis, equivalente— sea actualmente de excesiva onerosidad para el vendedor obligado a entregar la cosa. (La mora sería relevante, en cambio, en este ejemplo: un importador vende a precio fijo, con entrega diferida, mercaderías extranjeras; queda en mora en la obligación de entregarlas, y en tal situación incide en el costo un nuevo y gravoso impuesto a la importación. Aquí la mora es causa de la excesiva onerosidad que significa para el vendedor entregar la mercadería a un precio que fue fijado sin considerar en el costo el impuesto sobreviniente, por lo cual no tiene derecho a invocar la doctrina de la imprevisión).

15. Abuso del derecho. Sin tomar en cuenta el enfoque que acabamos de expresar —esto es, que la mora irrelevante no es obstáculo para actuar los mecanismos del art. 1198, 2da. parte, Cód. Civ.—, se ha decidido que existe abuso del derecho por parte del acreedor que pretende obtener del deudor moroso la contraprestación en términos que resulten excesivamente onerosos para éste.

La línea argumental en la hipótesis de compraventa —que se usa como ejemplo— es la siguiente:

Uno de los efectos de la conducta abusiva es la improponibilidad de la acción judicial: "El abuso es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en tales condiciones será inválido, y la acción judicial que pueda deducirse no será admisible" (LLAMBÍAS, su voto en Cám. Nac. Civ., Sala A, L.L. 101-635, cons. 6a) (ver Cap. III, núm. 27).

Esa solución genérica para toda pretensión abusiva es aplicable al caso de quien reclama al entrega de la cosa ofreciendo un precio minimizado por la inflación. Este precio "alcanza la categoría de irrisorio cuando desciende tanto que resulta despreciable", y "no es más que un precio superlativamente vil"; "el precio no es serio por lo irrisorio cuando, dadas las circunstancias del caso, resulta que las partes no le asignan importancia alguna, que con referencia a él no tienen intención de contraer un vínculo en sentido jurídico" (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Va de suyo que el envilecimiento del precio originariamente serio y representativo del valor de la cosa comprada, que deriva de la sobreviniencia del factor inflacionario desquiciante, coloca el análisis en igual plano:

pretender sujetarse a un precio irrisorio es tanto como reclamar la prestación del vendedor (entrega de la cosa) sin contraprestación seria alguna; y ello, indudablemente, es abusivo, y modifica el contrato de compraventa convirtiéndolo de hecho en una donación (conf. LLAMBÍAS, RAFFO BENE-GAS, SASSOT).

16. Efectos de la doctrina de la imprevisión. Examinaremos los siguientes aspectos:

a) *Extinción del contrato.* Literalmente, el artículo 1198, segunda parte, del Código Civil, autoriza a la parte perjudicada a "demandar la resolución del contrato"; técnicamente, se prefiere calificar ese efecto como rescisión (LLAMBÍAS, CAZEAUX, BUSTAMANTE ALSINA, PARDO; ver Cap. XXII, núm. 3-d]). La pretensión puede ser planteada como excepción (MOSSET ITURRASPE). El demandado por rescisión puede, a su vez, reconvenir por incumplimiento (LÓPEZ DE ZAVALÍA, MASNATTA).

Sobre la viabilidad de otro tipo de acción, ver infra, letra g).

b) *Restituciones.* El aniquilamiento del contrato obliga a restituir lo recibido en razón de él (arg. art. 1200, Cód. Civ.), quedando eximido el demandado de cumplir su propia prestación. LÓPEZ DE ZAVALÍA explica que el demandado no está obligado a restituir lo que ha consumido, y que debe devolver lo recibido en el estado en que se encuentra al tiempo de la notificación de la demanda: "el actor sólo podrá reclamar daños y perjuicios en razón de los que experimentara después de notificada la demanda".

Pero, para que la demanda sea procedente, el actor debe encontrarse "en condiciones de devolver lo recibido" (autor citado).

c) *Efectos para lo futuro.* La rescisión del contrato "no alcanzará a los efectos ya cumplidos" (art. 1198, 3er. párr., Cód. Civ.), lo cual significa que opera para el futuro. Pero se ha observado que tal fraccionamiento depende de la divisibilidad de las prestaciones continuadas, y de que en cada etapa se haya mantenido equilibrio entre las contraprestaciones realizadas (MOLINA, GARRIDO-ANDORNO, LÓPEZ DE ZAVALÍA).

d) *Suspensión de los efectos del contrato.* La demanda por rescisión produce la suspensión de los efectos del contrato. En caso de ser decretada por el juez, "la sentencia remontará sus efectos a la fecha de iniciación de la demanda" (LLAMBÍAS).

e) *Revisión del contrato.* La parte no perjudicada por la excesiva onerosidad "podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato" (art. 1198, 3er. párr., Cód. Civ.); el ofrecimiento debe ser formulado al contestar la demanda (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

f) *Criterio de revisión.* La doctrina considera que la revisión no implica reajustar mecánicamente las prestaciones convenidas. "Se trata de expurgar el contrato de la flagrante injusticia, revisando sus condiciones en términos tales que el aprovechamiento del acreedor no resulte abusivo", pero no "de equilibrar absolutamente las prestaciones" (LLAMBÍAS; BUSTAMANTE ALSINA, CASIELLO, MOSSET ITURRASPE, GARRIDO-ANDORNO, LÓPEZ DE ZAVALÍA).

g) *¿Tiene derecho la parte perjudicada a demandar por revisión?* El artículo 1198 del Código Civil sólo acuerda a la víctima de la excesiva onerosidad el derecho de demandar por rescisión; la revisión puede ser ofrecida por la contraparte.

Se ha sostenido que, en consecuencia, la parte perjudicada carecería de acción para reclamar directamente la revisión del contrato (LLAMBÍAS, BUSTAMANTE ALSINA, MASNATTA). Pero la doctrina y la jurisprudencia dominantes le conceden esa facultad, es decir, la parte perjudicada tendría derecho a plantear acción judicial tendiente a obtener la revisión del contrato y no su rescisión (MORELLO, MOSSET ITURRASPE, SPOTA). Siempre, claro está, que la revisión no



conduzca a un resultado inicuo; así, por ejemplo, no cabría admitir la acción por reajuste promovida por el comprador en moneda extranjera, frente a una hiperdevaluación del peso, si el objeto vendido tiene mercado y cotización internacional, caso en el cual sólo cabría la rescisión.

17. Aplicaciones especiales en el Código. El artículo 1633 del Código Civil contiene una remisión expresa al artículo 1198. Según SPOTA, los artículos 1316 bis y 3477 también son aplicaciones del mismo precepto.

18. Derecho comparado. Proyectos de reformas. La teoría de la imprevisión ha sido recogida por diversos sistemas: Código Civil italiano de 1942 (art. 1467), Código Civil portugués de 1967 (art. 437), Código Civil boliviano de 1975 (arts. 581 a 583), Código Civil peruano de 1984 (arts. 1440 a 1446), Código Civil paraguayo de 1987 (art. 672), Código Civil holandés de 1992 (Le 6, art. 258), Código de Defensa del Consumidor brasileño (art. 6, inc. V). A sus requisitos tradicionales — alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada— bien puede serle agregada la exigencia de que la excesiva onerosidad resulte irrazonable o inicua, como lo hace el Código Civil holandés de 1992 (Lg 6, art. 258-1). Y, sin perjuicio de la acción por rescisión total o parcial, corresponde otorgar una acción por adecuación del contrato (Cód. Civ. portugués de 1967 [art. 437, inc. la], Cód. Civ. peruano de 1984 [art. 1440], Proyecto de Código Único de 1987 [art. 1198], Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 [art. 1199], Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 899]), cuya procedencia depende de la índole de dicho contrato, de los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y de la factibilidad de su cumplimiento (Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. cit.]).

§ 3. Frustración de la finalidad

19. La categoría. El contrato se extingue en los casos en los cuales, aunque la prestación siga siendo posible, se produce la frustración del fin por causas ajenas a las partes, esto es, cuando se torna imposible obtener su finalidad propia, "haciendo el contrato inútil y carente de interés" (ESPERT SANZ). Se trata de la denominada frustración del fin del contrato, o imposibilidad de conseguir el fin, en la terminología de KRUCKMANN.

Son famosos los denominados Casos de la Coronación, resueltos por tribunales ingleses a comienzos del siglo XX. Con motivo del desfile correspondiente a la coronación del rey Eduardo VII fue alquilado el uso de ventanas con el propósito de poder verlo; el desfile fue cancelado por enfermedad del Rey. Las soluciones tuvieron diversos matices, pero en uno de esos casos ("Krell v. Henry") el arrendatario fue liberado de pagar el precio entendiéndose que el paso del desfile real "fue considerado por ambas partes como fundamento del contrato".

En este orden de ideas, el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 —con antecedente en el art. 1204, Proyecto de Código Único de 1987— prevé la resolución del contrato por la frustración de su finalidad "cuando por un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, se impidiere la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad" (art. 943); el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 —con idéntico precedente— la propuso cuando promedia "la pérdida del interés que asiste al acreedor en el cumplimiento de las prestaciones, aunque éstas puedan ser de posible realización" (art. 1200).

El fundamento de esta causal de extinción contractual puede ser hallado en la teoría de las bases del negocio jurídico, que ya hemos examinado (ver supra, núm. 7). Las XIII Jornadas Nacionales de

Derecho Civil (Buenos Aires, 1991) consideraron a la frustración del fin del contrato como un capítulo inherente a la causa, y propiciaron su consagración legislativa.

20. Precisiones. Corresponde precisar que:

a) La figura de la frustración de la finalidad es distinta de la obtención de la finalidad, que concierne a la extinción de la obligación. Se obtiene la finalidad cuando, sin que el deudor haya cumplido, el acreedor queda igualmente satisfecho (por ejemplo, cuando el deudor se obliga a demoler una casa, y un terremoto la destruye) (ver Cap. XXII, núm. 29-c).

b) La frustración del fin es relevante cuando no promedia mora del deudor. En caso de mora de éste, si el fin del acreedor se frustra en razón de tal mora, tiene derecho a rehusar el recibo de la prestación (doc. art. 513, Cód. Civ.); es el caso de las obligaciones sometidas a plazo esencial, en las cuales el cumplimiento sólo reviste interés para el acreedor si es realizado oportunamente.

21. Requisitos. Para que la frustración del fin tenga virtualidad ex-tintiva han de concurrir varios requisitos:

a) Debe tratarse de un contrato con obligaciones correlativas, en el cual existe un sinalagma funcional (ver Cap. VI, núm. 4), que debe ser mantenido. En tal situación, la frustración del fin desequilibra la relación jurídica, la cual, por lo tanto, no puede ser mantenida con sus virtualidades obligatorias.

b) El contrato debe ser de ejecución diferida, o de duración (ver Cap. VI, núm. 11 y 12); la idea de frustración del fin no es concebible en los contratos de ejecución inmediata.

c) Debe frustrarse el fin del contrato, concebido como la finalidad última de ambas partes en la concertación; no tiene virtualidad la frustración del mero motivo individual (ver Cap. VIII, núm. 26).

d) Tal frustración no debe ocurrir por hecho de una de las partes. Si la frustración la produce el acreedor, no puede prevalerse de ella para desligarse del contrato; y si ocurre a causa de la mora del deudor —según hemos visto— éste es responsable de su incumplimiento y no puede pretender que el contrato se tenga por extinguido.

El análisis de algunos precedentes del Tribunal del Reich, que recuerda LARENZ, permite ver cómo se ha aplicado el concepto que nos ocupa. En el caso del alquiler de un restaurante con venta al inquilino de las instalaciones, éste abonó un anticipo del precio de tales instalaciones; ulteriormente, la autoridad administrativa denegó el permiso para la explotación del local como restaurante, y el Tribunal declaró extinguido el contrato por frustración del fin en virtud de considerar que ambos contratos —la locación y la venta de instalaciones— formaron un todo unitario (ver Cap. VI, núm. 24), y que la finalidad última de ambas partes fue la utilización de tales instalaciones en la fracasada explotación del restaurante. En otro caso, en cambio, se denegó la pretensión: se trató de un granjero que compró forraje para utilizarlo en su granja, pero enajenó la finca antes de la entrega de aquél; en tal situación el granjero declaró resuelta la compra de forraje, pero fue condenado a indemnizar porque la frustración del fin de esa compra ocurrió por obra suya, razón por la cual no se tuvo por extinguido el contrato respectivo.

22. Frustración temporaria. Cuando la frustración de la finalidad es temporaria se aplican las reglas de la suspensión del cumplimiento [Restatement of Contracts 2nd., § 269; ver Cap. XXIV, núms. 11 y 12).

c) CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN

[Lorenzetti]³

SUMARIO: I. La problemática de los contratos de larga duración. II. Los elementos tipificantes. 1. Contratos de larga duración. 2. Período precontractual de larga duración: prácticas comerciales abusivas. III. La dinámica de cumplimiento. 1. Reciprocidad dinámica en los contratos de larga duración. 2. Juzgamiento de la reciprocidad dinámica. 3. La regla moral: duración justa y duración útil. IV. La modificación de las obligaciones en curso de ejecución. 1. El requisito de la determinación del objeto y de la prestación. 2. La nulidad de la modificación unilateral. 3. Modificación ajustada a un standard objetivo y cláusula de renegociación. 4. Modificación por excesiva onerosidad sobreviniente. V. La extinción (remisión).

I. La problemática de los contratos de larga duración

Los servicios públicos privatizados, los colegios privados, los servicios de salud, los seguros, el contrato de trabajo, las locaciones de inmuebles, el depósito, los suministros, el leasing, son vínculos temporalmente dilatados que plantean muchos desafíos (Lima Marques): debemos preguntarnos si el precio inicialmente pactado puede ser modificado, si las prestaciones de servicios deben ser actualizadas; si los plazos determinados anuales renovados sucesivamente no se modifican tomándose indeterminados.

La primera luz de advertencia en el Derecho argentino la dio el fenómeno inflacionario, que motivó la conocida aplicación de numerosos institutos destinados a preservar la relación de equivalencia, alterada por circunstancias ajenas a las partes.

Examinamos el caso de la medicina prepaga, en cuya génesis se acuerda una prestación médica de un determinado nivel de calidad, un listado de médicos y un equipamiento tecnológico específico, contra el pago de un precio. Pero luego, con el transcurso del tiempo, surgen nuevas tecnologías, las posibilidades de curación se incrementan, los costos ascienden y el precio pactado puede ser insuficiente.

¿Cuál es el significado de la regla de inmodificabilidad del objeto y del contenido obligacional?
¿Cómo puede ser mantenida la relación de equivalencia?

La idea de que en el consentimiento se define de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones, no puede ser mantenida en este tipo de vínculo.

En este contexto, un contrato de larga duración no es sino un acuerdo provisorio que requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua. La obligación es concebida como proceso (Do Couto e Silva), como un continuum desarrollado en el tiempo que todo lo domina.

Frente a este fenómeno, es preciso encontrar fórmulas que armonicen la necesidad de adaptación a los cambios, con la seguridad jurídica, y prevengan prácticas abusivas que a través de modificaciones unilaterales alteren la relación de equivalencia.

II. Los elementos tipificantes

1. Contratos de larga duración

El contrato de larga duración es "aquel en que el dilatarse del cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración" (Messineo).

En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento, y no accesorio, como ocurre en la ejecución diferida. En estos últimos, la temporalidad se incorpora a través de modalidades accidentales de la obligación como el plazo. *En cambio, en los contratos de larga duración, el interés del acreedor no es satisfecho sino a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo.* Por ello se dice que el tiempo se vincula con el objeto del contrato, ya que el mismo no puede cumplirse sino a través de una prolongación temporal¹. En estos vínculos de duración, la operación jurídica considerada por las partes tiene el tiempo (plazo) como elemento esencial y en interés de ambas partes. Una venta a plazos, por ejemplo, es un contrato de ejecución diferida, pero el tiempo no es esencial porque es posible que se ejecute al contado. La medicina prepaga o el seguro, en cambio, no pueden ser ejecutados en forma instantánea ya que sería imposible.

En otros vínculos, en cambio, son las obligaciones las que precisan de un tiempo para el cumplimiento. Así tenemos:

a) *Obligaciones de cumplimiento periódico*, contienen prestaciones que se reiteran a lo largo del tiempo en forma idéntica².

b) *Obligaciones de cumplimiento continuo*: contienen prestaciones que obligan al deudor a mantener al acreedor en una situación estable y prolongada en el tiempo (por ej., el uso y goce de un inmueble -Gamarra-).

En los contratos de duración lo característico es que el tiempo se incorpora en el objeto, como medida para la satisfacción del interés de las partes. No se trata sólo de que haya obligaciones de cumplimiento periódico o continuo, sino de que el tiempo sea esencial para que el objeto pueda cumplirse.

En la doctrina anglosajona se ha puesto de relieve este aspecto de la duración al señalarse que el diseño del objeto es profundamente diferente en los contratos instantáneos y en los de duración (McNeil). Las partes pretenden satisfacer sus intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes (objeto), sino estableciendo normas procedimentales. De tal modo, no establecen el precio definitivo porque suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas de la cosa porque saben que habrá nuevas tecnologías.

Ello hace que el objeto consista en la definición de una operación jurídica que contiene elementos indeterminados, reglas de textura abierta y procedimientos para la determinación, a fin de ser permeables a los cambios externos. La mayoría de las obligaciones son de contenido determinable. El problema que este cóctel de indeterminaciones puede acarrear, es que, al momento de

1 Quienes entienden que la causa es la finalidad económico-social estiman que la duración temporal es un elemento de la causa, ya que el contrato no cumple con la finalidad económico-social si no se prolonga en el tiempo (GAMARRA).

2 Por ejemplo, el contrato de seguro puede consistir en el pago de una renta vitalicia; producido el siniestro, el asegurador asume una obligación de cumplimiento periódico, porque debe abonar una suma de dinero idéntica, fraccionada en períodos mensuales.

efectuarse la determinación, se produzca un desbalance en la reciprocidad prevista originariamente en el objeto, o una frustración del mismo. Llegado un conflicto, la tarea del intérprete será llenar el contenido de las normas diseñadas en forma convencionalmente abiertas y juzgar la licitud de las reglas procedimentales.

2. Período precontractual de larga duración: prácticas comerciales abusivas

La duración puede afectar tanto el período precontractual como el contractual.

Con relación a los contratos discrecionales se ha dicho que: "la complejidad de los contratos modernos, los estudios que exigen a fin de conocer no solamente los datos de hecho sino también las reglas de orden público aplicables, las autorizaciones que con frecuencia se necesitan, especialmente en materia de cambios, o de urbanismo, se conjugan para prolongar el período precontractual" (Ghestin y Billiau), lo que puede hacer que el precio tenido en cuenta al momento de iniciar las tratativas no sea el mismo en el momento de la celebración.

Estas diferencias pueden plantear el conflicto entre una parte que solicita que se mantenga el precio fijado en las tratativas iniciales, sosteniendo que, modificarlo arbitrariamente es un supuesto de responsabilidad precontractual, y otra parte que solicita que se tenga en cuenta el precio considerado en el momento de la celebración (Ghestin y Billiau). El criterio para juzgar este contrato es el standard de buena fe (art. 1198, Cód. Civ.).

En el ámbito del Derecho del consumo puede haber normas especiales; así el Derecho brasileño aporta una importante técnica de tratamiento normativo de los momentos previos, al regular las "prácticas abusivas" en forma separada de las "cláusulas abusivas" para las relaciones de consumo. El Código brasileño establece que es abusiva la práctica consistente en condicionar el ofrecimiento de un producto a la adquisición de otro, o exigir una ventaja manifiestamente excesiva, o dejar de estipular un plazo inicial o dejarlo para el exclusivo criterio del oferente. Estas reglas, en el Derecho argentino, pueden ser fundamentadas en la norma constitucional que establece el derecho de los consumidores al "trato equitativo y digno". El "trato" no es contrato sino el momento previo.

III. La dinámica de cumplimiento

1. Reciprocidad dinámica en los contratos de larga duración

Para precisar la cuestión conviene indicar que el objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, puede prever una operación temporalmente extensa, como el pago de servicios educativos. Las modificaciones no se producen en el objeto del contrato, que sigue siendo la misma operación, ni tampoco se alteran las obligaciones (dar una suma de dinero, una cosa o de hacer), porque éstas son definidas en el momento genético, sino que se producen en el objeto de las obligaciones, es decir, en las prestaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda; los medios que se usan para cumplir con un servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones. Sin embargo, estos cambios en las prestaciones se reflejan en la ecuación de equilibrio e impactan en la comprensión del objeto.

La diferencia fundamental, de los contratos de larga duración, con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la conmutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico. La empresa médica no se obliga a mantener la cartilla de médicos, ni a mantener los mismos aparatos de rayos, ni el mismo edificio, sino a dar una prestación de servicios médicos relacionada con el precio pagado. El colegio no se obliga a mantener los mismos profesores, o el mismo programa, o el equipamiento de computadoras para los alumnos.

De tal manera, el contenido de las obligaciones puede variar si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la operación jurídica considerada. Por ello, es necesario definir un standard que nos permita establecer cuándo estamos ante una modificación relevante, para luego examinar los criterios de licitud de dicha modificación.

2. Juzgamiento de la reciprocidad dinámica

El conflicto frente al cambio consiste en lo siguiente: si una empresa incorpora nuevas tecnologías, la otra parte podría decirle que se opone al cambio del precio, o a la inversa, si una de ellas quiere una adaptación a los cambios, la otra podría argumentar que no lo hace porque no está dispuesta a pagar más por ello.

El primer paso consiste en verificar si se está ante una "modificación", y si la misma es relevante.

Para ello debe realizarse una tarea comparativa entre objeto y contenido de las obligaciones, conforme lo acordaron las partes en el momento genético, y las modificaciones que se pretenden hacer, indicando qué cambian respecto del sinalagma genético. Efectuada esta comparación, hay que establecer si hay una afectación de la relación de equivalencia³. Esta afectación ocurre cuando hay una mudanza sustancial que altera esa relación, como el cambio de precio, o de calidad. Este cambio puede provocar: una mejora en la situación de la otra parte: en este caso no hay ilicitud contractual alguna⁴, o un empeoramiento: ello puede ocurrir de un modo perceptible, como cuando se cambian el precio o la calidad, o bien de una manera indirecta, como cuando se alteran las obligaciones accesorias o secundarias impactando de esta manera en el resultado final.

Planteado el conflicto, el Derecho debe responder tratando de lograr la adaptabilidad a los cambios en una relación de equivalencia. Ello significa que, tratándose de un vínculo contractual y de base conmutativa, es preciso que esas modificaciones no alteren la relación de cambio.

Hay dos herramientas:

- a) Si el cambio altera el objeto del negocio porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad, o a la rescisión por la parte contraria;
- b) la evaluación puede hacerse a través del standard del contratante medio, examinando si un sujeto de esas características contrataría en las condiciones que se presentan. De tal manera, si la empresa quiere modificar el vínculo porque ofrece nuevas tecnologías, por un precio distinto a una persona con la que tiene una relación contractual prolongada, puede obtenerse un índice de la razonabilidad analizando si una persona actual contrataría en esas condiciones.

Pueden adicionarse dos criterios complementarios:

- a) En Chile la jurisprudencia ha indicado que la facultad de las empresas de adecuar los contratos de salud a los cambios no debe ser interpretada de una manera tan amplia que pueda ser, en los hechos, una sustitución unilateral de un plan por otro, porque se cambian sustancialmente las condiciones del contrato cuya vigencia en el tiempo la propia ley pretende asegurar. En realidad, las modificaciones no se juzgan por sí mismas, sino por su resultado final.

³ En estas relaciones el cambio es normal: si se ahorra para la compra futura de un automóvil, es normal que se entregue un vehículo distinto del previsto en el momento genético. El acreedor no aceptaría ese vehículo porque a lo largo de cincuenta cuotas han cambiado varias veces las marcas y los accesorios de los automotores.

⁴ Con referencia a los contratos de consumo, la ley es explícita en señalar que la cláusula es abusiva cuando restringe los derechos de los consumidores (art. 37, ley 24.240). En los contratos discrecionales, si no hay perjuicio no hay incumplimiento relevante.

b) Otro criterio que agrega la Corte de apelación de Chile, es el de la generalidad. Los cambios deben prescindir de las condiciones personales del afiliado y no deben ser discriminatorios.

En conclusión, disponemos de algunos tests para juzgar la licitud:

- a) *Los cambios en el contenido de las obligaciones no deben desnaturalizar el objeto contractual;*
- b) *esa afectación se produce si sus resultados son tales que un contratante medio no los aceptaría.*

3. La regla moral: duración justa y duración útil

La duración no es sólo un acontecimiento empírico temporal, sino que tiene connotaciones valorativas que permiten su juzgamiento. En efecto, la "duración" debe ser útil porque resulta necesaria para que el contrato produzca sus efectos propios, y es por ello que la interpretación debe tener en cuenta este elemento a fin de no frustrar la finalidad "económico-social" que adquiere el vínculo. Luego, la "duración" también debe ser justa, en el sentido de justicia conmutativa, aplicable a los contratos. La equidad, el equilibrio, deben estar presentes en toda la etapa temporal desde las tratativas hasta el cumplimiento.

Hay una "duración razonable" que atiende a la justicia, y que si no fuera respetada colocaría a una de las partes bajo la dominación de su cocontratante, y una "duración útil" sin la cual el contrato carecería de toda coherencia porque se frustraría la rentabilidad económica (Ghestin y Billiau). Es preciso lograr que el elemento conmutativo, junto con la finalidad económica, persistan a lo largo del tiempo.

IV. La modificación de las obligaciones en curso de ejecución

1. El requisito de la determinación del objeto y de la prestación

La regla jurídica es que la operación jurídica considerada por las partes, que es el objeto del contrato, y las prestaciones, que son el objeto de las obligaciones causadas, deben ser determinadas o determinables en el momento genético.

El Código Civil argentino establece que la oferta debe versar "sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos", de lo que se deduce que "no puede haber contrato si el objeto no es determinado" (Mosset Iturraspe; López de Zavalía; Stiglitz, R.; Ghersi).

El objeto de las obligaciones, causadas por el contrato, también debe ser determinado o determinable (Alterini, A.). A ello se refiere el artículo 1170 del Código Civil, cuando establece que: "Las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse".

2. La nulidad de la modificación unilateral

La determinabilidad debe siempre responder a criterios objetivos fijados en la génesis contractual, ya que dejar la fijación a la facultad de una de las partes acarrea la nulidad, conforme a la doctrina que sienta el artículo 1355 del Código Civil para la compraventa, pero aplicable in genere (Compagnucci de Caso).

En el Derecho del consumidor, como regla general, la cláusula que permite la modificación unilateral del contenido de la prestación ha sido calificada como abusiva, y por lo tanto acarrea la nulidad parcial. En Argentina, es una cláusula que puede subsumirse en el standard del artículo 37 de la ley 24.240 referido a la desnaturalización de las obligaciones, requiriendo un juicio de concretización para su descalificación.

3. Modificación ajustada a un "standard" objetivo y cláusula de renegociación

Las partes pueden establecer, en la celebración del contrato, las causas objetivas por las cuales puede ser modificado. En estos casos, la cuestión es examinar si estos instrumentos contractuales resguardan debidamente los derechos de las partes mediante mecanismos objetivos que inhiban las imposiciones unilaterales o potestativas. A resultado semejante se llega pactando una cláusula de renegociación permanente, que puede ser lícita en los contratos discrecionales y constituye un fenómeno de autocomposición.

En los contratos de consumo también pueden pactarse cláusulas de modificación, pero con rescisión a favor del consumidor, mientras que la cláusula de renegociación no es admitida, porque a través de este mecanismo logrará prevalecer el proveedor por sobre el consumidor.

4. Modificación por excesiva onerosidad sobreviniente

La modificación unilateral por circunstancias sobrevinientes extraordinarias e imprevisibles, fuera del alea normal del contrato, que hacen excesivamente onerosa la prestación, es lícita (art. 1198, Cód. Civ.), teniendo la otra parte una pretensión autónoma de revisión o la resolución.

En la medicina prepaga la aparición de una nueva enfermedad, o de una nueva tecnología que se diferencie sustancialmente de las utilizadas en el momento en que el contrato se celebró, pueden constituirse en supuestos de hecho previstos en el artículo 1198 del Código Civil, y dar lugar a la resolución o a la pretensión autónoma de modificación del precio. Es una hipótesis de apreciación restrictiva, puesto que se trata de un contrato aleatorio, y la aplicación de la excesiva onerosidad debe situarse fuera del "alea normal" prevista por las partes (art. 1198), de modo que la circunstancia de que el paciente se enferme o aparezcan nuevos tratamientos o enfermedades, no es per se una circunstancia extraordinaria ni imprevisible. En cambio, pueden asumir ese carácter enfermedades masivas e inexistentes al momento de la contratación, o una revolución en los tratamientos médicos que cambie la naturaleza de los previstos en la celebración del vínculo.

V. La extinción (remisión)

La extinción de los vínculos de larga duración ha provocado una profusa actividad jurisprudencial y doctrinaria en el supuesto específico de los contratos de distribución, razón por la cual remitimos el tratamiento de esta cuestión al capítulo en que estudiamos dichos contratos.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. (1984). De los Contratos Civiles. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México D.F. Pp. 72-75.
- 2 ALTERINI, Atilio Aníbal (2005). Contratos. Civiles, Comerciales, De consumo. Teoría General. Reimpresión. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. Pp. 443-457.
- 3 LORENZETTI, Ricardo Luis (2003). Contratos Parte Especial. Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. Pp. 57-66.