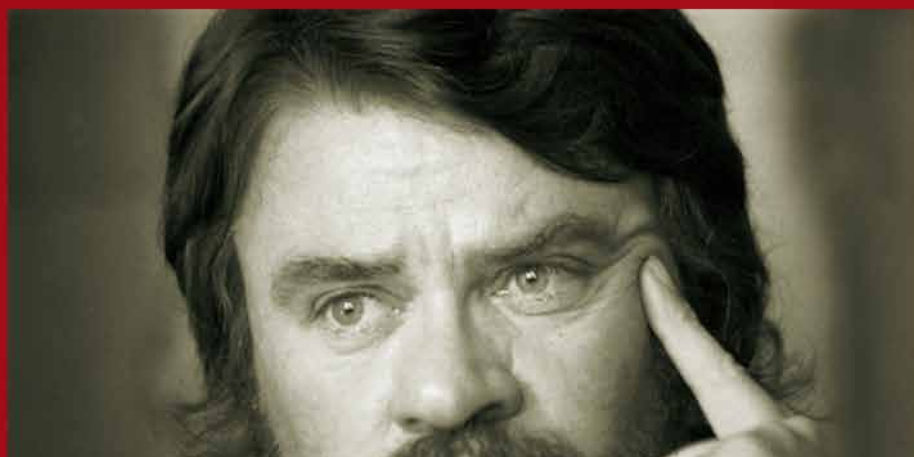


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



Capítulo 36

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-889-0

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA CORRECCIÓN DEL CONTRATO

*Jorge Mosset Iturraspe**

LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REVISIÓN CONTRACTUAL

1. El campo de actuación de la revisión.
2. Las prestaciones ya cumplidas.
3. Contratos de ejecución diferida o continuada.
4. Las «prestaciones fluyentes».
5. Los contratos sujetos a condición.
6. El supuesto de la compraventa con prestaciones diferidas.
7. La tacha de inconstitucionalidad de la revisión negocial.
8. Equilibrio y desequilibrio inicial, a la celebración.
9. Equilibrio inicial y desequilibrio sobreviniente.
10. Alteración de las circunstancias contractuales: distintas hipótesis.
11. Los hechos normales que alteran las circunstancias iniciales.
12. Los hechos anormales o fuera de lo ordinario o extraordinarios. Conceptualización y efectos.
13. Previsibilidad e imprevisibilidad según el conocimiento e información de las partes. Empresarios, profesionales y consumidores.
14. Criterios subjetivos a favor de la revisión: *rebus sic stantibus*, presuposición, base en sentido subjetivo.
15. Criterios objetivos a favor de la revisión: reciprocidad y equivalencia de las prestaciones, función económica social, la frustración y la base objetiva.

* Doctor en Derecho. Profesor en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional Litoral de Santa Fe, Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

16. El tema de los «motivos casualizados».
17. La cuestión del silencio de las partes sobre motivos y fines.
18. La labor de las partes y del juez en el proceso de revisión.
19. Cada negociación es un hecho económico insertado en la economía general de la nación.
20. El error de confiar en la natural armonía y evolución de las leyes del mercado.
21. El rol del derecho y no de la moral.
22. Corresponde a la «constitución económica» garantizar la justicia contractual.
23. La rescisión como institución de naturaleza oscura y controvertida.
24. Los contratos de consumo y el desequilibrio sobreviniente.
25. La buena fe como un parámetro del desequilibrio.
26. La lealtad y la equidad en la conducta del profesional y/o proveedor.
27. El derecho a la *correttezza* en las relaciones contractuales.
28. El derecho a la equidad en las relaciones contractuales.
29. Los contratos entre empresas: el abuso de la posición dominante.
30. La denominada «atribución al juez de un poder inquietante».
31. El reconocimiento de la autonomía privada como autodeterminación de cada individuo en la vida jurídica. La subordinación estructural.
32. El dato unificador: la capacidad y voluntad de los sujetos, no constituye ayuda alguna para lograr el contrato justo.
33. La nueva disciplina del contrato es disciplina de la actividad económica.

1.

Lesión —o excesivo desequilibrio inicial—, al tiempo de la celebración del negocio, e imprevisión —o excesivo desequilibrio sobreviniente—, al tiempo del cumplimiento son dos remedios que, sobre la base de la revisión del contrato, o examen del mismo por el juez, apuntan a superar situaciones incompatibles con la justicia conmutativa, con la buena fe que debe reinar en los negocios jurídicos y con un ejercicio regular o funcional de los derechos¹.

¹ MOSSET ITURRASPE (1994: 273 y ss.); MORILLO (L.L. 152-884 y ss.); GHESTIN-BILLIAU (1990); PICOD (1989); LECRERO (1992).

Tanto una como otra institución suponen, en su aplicación, un juez dispuesto, con voluntad motivada y tiempo disponible para analizar el contrato y su entorno económico, las situaciones particulares de los contratantes y las circunstancias intrínsecas del negocio. Un juez que se prepara, en síntesis, a fallar en equidad².

Ambas, lesión e imprevisión, bregan por la vuelta del negocio a la equidad: en la primera de las figuras esa equidad está dada por un equilibrio razonable en las prestaciones; equilibrio tipo o ideal que es de la naturaleza de los contratos onerosos; en la segunda, la imprevisión, la vuelta a la equidad es el retorno al equilibrio originario, al querido por las partes; no a uno ideal³.

Desequilibrio coetáneo o sobreviniente, es innegable que el paralelo entre una y otra institución es muy grande⁴. Empero, no faltan las diferencias: la desproporción es, en la lesión, el resultado del obrar antijurídico de una de las partes posibilitado por la inferioridad de la otra; en la imprevisión, la desproporción aparece como consecuencia de hechos extraños a las partes contratantes, hechos que ellas no pudieron anticipar ni evitar; de donde, el primer remedio es, en buena medida, sanción a la conducta ilícita del aprovechador; el segundo, en cambio, no sanciona ningún ilícito; persigue enderezar lo fortuitamente torcido. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, en los dos casos, como efecto de los hechos expuestos, aparece un beneficiado y un perjudicado, y el perjuicio es siempre ajeno a un obrar torpe de quien lo padece. De las diferencias de comportamiento se desprende una distinta naturaleza jurídica de la acción básica acordada; nulidad en la lesión, resolución en la imprevisión. Mientras en la lesión hay un vicio en la voluntad del lesionado, originado por dos factores: su situación y la actitud de aprovechamiento de la contraria; en la imprevisión no hay irregularidad alguna en la formación del contrato; acontece que el contrato, regularmente celebrado,

² Empero, cabe afirmar de manera rotunda que no es el juez quien «hace el nuevo contrato». Ni rol judicial determinante ni contrato distinto. Son siempre las partes las que han de trabajar en esa «vuelta a la equidad» y el juzgador en la superación de las diferencias. El contrato es ahora el mismo, pese a que había dejado de serlo con base en la excesiva onerosidad sobreviviente.

³ Si hubo una razonable desproporción inicial ella habrá de mantenerse de la revisión; solo se corrigen los desequilibrios acontecidos en la fase de cumplimiento. Donde resulta que el «temor a la arbitrariedad judicial» no es lógico ni razonable. Otras son las situaciones de «intervencionismo excesivo», indeseables, en las que el juez se vuelve «protagonista» y no árbitro.

⁴ Quienes bregamos por la conservación del contrato con base en la revisión, acentúa más las coincidencias; quienes lo hacen para distinguir las dos acciones del 954 —nulidad y revisión— de la acción únicamente otorgada al actor —resolución— en el 1198, segunda parte, ponen el acento en las diferencias. De cualquier manera no se justifica la solución legal para la excesiva onerosidad sobreviviente; verdadero privilegio para el «beneficiado».

en virtud de una vicisitud sobreviniente en el tiempo, posibilita que una parte obtenga un resultado injusto, inicuo o contrario a derecho⁵.

Lesión y excesiva onerosidad sobreviniente dan origen a remedios en cuya vigencia está interesado el orden público económico, además de la moral social, y de ahí su imperatividad, incompatible con una renuncia anticipada⁶.

Nos ubicamos en los contratos destinados a durar en el tiempo, que mantienen entre los celebrantes una relación prolongada⁷.

En los negocios jurídicos en los que se busca salvar la ecuación económica, el sinalagma, la proporción entre prestación y contraprestación. No es el caso de los contratos gratuitos⁸.

No funciona tampoco en aquellos que llevan ínsito un riesgo, previsto y asumido por uno de los celebrantes. «Riesgo propio del contrato». Semejante aleatoriedad tiñe el negocio y obsta, en consecuencia a la invocación del perjuicio⁹.

Ni ejecución inmediata, ni gratuidad, ni aleatoriedad. Se contrata sopesando y evaluando prestaciones y contraprestaciones, descartando la suerte y el azar, tratando de prever lo previsible, anticipar lo anticipable¹⁰.

2.

Sobre las prestaciones ya cumplidas no puede existir revisión alguna. El pago, cumplimiento de la prestación objeto de la obligación, hace que el acreedor

⁵ Nos parece muy conveniente la invocación del ejercicio regular de los derechos nacidos del contrato, con la consiguiente proscripción de los abusos, como fundamento de la revisión negocial.

⁶ La doctrina nacional aparece dividida en esta cuestión de la validez o invalidez de una renuncia anticipada a la revisión; no dudamos en adherir a la tesis que niega la validez de semejante conducta, ante hechos extraordinarios e imprevisibles. Nos oponemos a que se pueda renunciar a efectos desconocidos originados en hechos también ignorados.

⁷ En la doctrina ha ganado espacio la identificación entre «contrato de larga duración» y «contratos relacionados» y el señalamiento como principios que deben imperar en estos contratos: la solidaridad, la confianza y la cooperación. Se destaca en América Latina la obra de Porto Macedo (1998). El precursor en la materia es el jurista norteamericano Ian Macneil. Se trata de superar la concepción clásica que llevó al denominado «contrato discontinuo». Volveremos sobre esta cuestión de los contratos relacionados.

⁸ La gratuidad no puede, al menos en principio, «medirse»; si se da algo por nada, no puede luego el donante sostener que quiso dar un poco menos de lo que regaló o que esa dación se ha vuelto demasiado gravosa. Mas allá de la solución legal creemos inconveniente la extensión de la revisión a los gratuitos.

⁹ Si acepto la aleatoriedad de la prestación a mi cargo, si asumo los cambios, entre ellos la onerosidad sobreviniente, no es dable, a menos como regla, invocar la revisión. Salvo que ella aparezca en otros efectos, en prestaciones no pactadas como sujetas al azar.

¹⁰ Un ámbito relativamente acotado. Ello no significa que los problemas escaseen y las dificultades sean menores.

adquiere un derecho del cual no puede ser privado. Está de por medio la garantía constitucional sobre el derecho de propiedad.

La situación no puede equipararse a un «pago sin causa» o por «causa falsa», contemplados por el Código Civil como base de una acción de repetición.

Media causa y ella es verdadera. Ocurre que el deudor, víctima de la onerosidad, debió advertir la situación y abstenerse de pagar. Si lo hizo no puede ya volver sobre sus propios actos. Para algunos esta solución, indiscutible, evidencia que la revisión es un remedio excepcional; para otros se explica como una opción entre dos vías y la elección por aquella que aparece como menos conflictiva. Aquí, se afirma, se muestra el sacrificio de la justicia en aras de la seguridad jurídica¹¹.

3.

Insistimos entonces en que el ámbito de la revisión es el de los contratos que se proyectan en el tiempo. La ejecución diferida o demorada se opone a la ejecución inmediata. En la inmediata no hay solución de continuidad entre celebración y cumplimiento: el contrato se concluye, se empieza a cumplir y, por lo normal, se agota en sus efectos sin discontinuidad, sin interrupciones apreciables, en su solo momento. No se ha incorporado el factor tiempo.

En la ejecución diferida, por el contrario, el contrato está sujeto a un término inicial: se celebra y no empieza a cumplir hasta pasado un tiempo, fijado por las partes.

La trascendencia de la cuestión deviene de la necesidad de un lapso para que, durante el mismo, ocurran los hechos desquiciantes de la relación negocial. Si se cumple enseguida, de inmediato, no se da esta posibilidad. Recordemos que la mora del deudor, su retraso imputable, obsta, al menos como regla, a requerir la revisión. Puede pensarse que un retraso en el cumplimiento, no pactado sino originado en la conducta del deudor, permite imputar a este, a su retraso, la incidencia en el contrato de los hechos extraordinarios e imprevisibles.

Dentro de los contratos de ejecución diferida podemos distinguir: aquellos que, llegado el tiempo, se cumplen de una sola vez, y aquellos otros que, empezados a cumplir, prolongan sus efectos en el tiempo.

Son estos últimos, los contratos «de larga duración» los que de ordinario pueden ser desequilibrados por las nuevas circunstancias: locaciones de cosas, de obras

¹¹ En consecuencia, el ámbito es el de las prestaciones incumplidas vueltas excesivamente onerosas; sobre las ya satisfechas no hay revisión posible. ¿Qué ocurre en los contratos parcialmente cumplidos, en los que hay prestaciones aun pendientes? No dudamos en afirmar que en tales negocios la revisión, dadas las demás exigencias legales, es aplicable. Que la excesiva onerosidad de «lo que resta cumplir» puede dar pie a las acciones del 1198.

o de servicios. Contratos destinados a durar, a mantenerse por un tiempo más o menos prolongado, recibiendo el impacto de las vicisitudes económicas¹².

La doctrina distingue dentro de la duración prolongada o extendida en el tiempo, los contratos «de ejecución continuada», como es el caso del alquiler de un inmueble, en el cual el cumplimiento se reitera periódicamente —uso y goce por el inquilino y pago del precio por el locador— de aquellos otros en los que una misma prestación, por vía de ejemplo, el pago del precio en una compraventa inmobiliaria, se cumple parcialmente, en cuotas, hasta agotarse.

Los primeros, de ejecución prolongada y reiterada, se denominan «de tracto sucesivo»; los segundos, también extendidos en el tiempo, pero que se cumplen «una sola vez» se denominan «de ejecución instantánea» o ejecución única. La construcción de una obra pertenece a esta categoría.

4.

Es innegable que un sector de la doctrina nacional —y también de la extranjera— que adhiere a la vigencia absoluta de la autonomía de la voluntad, traducida en la «intangibilidad negocial» y la fuerza vinculatoria, cualesquiera fueren las circunstancias y los efectos sobrevinientes, «forzados» a interpretar la norma que admite la revisión contractual —por ser ley vigente— apuntan a «minimizar» sus alcances, su campo de actuación, así como a multiplicar los requisitos o extremos para su aplicación.

Esa doctrina es la que rechaza la aplicación de la acción por revisión a los «contratos de construcción» o locaciones de obra, por entender que no se trata de contratos «de larga duración» o de ejecución continuada, en la medida en que «obligan a una prestación de dar», la entrega de la obra concluida, que es una «prestación única». Nos parece que semejante criterio se evade de la realidad negocial: el tiempo de realización de la obra aparece incorporado al contrato y regulado en el mismo; en ese tiempo pueden ocurrir los hechos desquiciantes; no es dable hacer una obra sin contar con el tiempo y sus circunstancias.

Algo similar ocurre con la teoría de «los contratos con prestaciones fluyentes» o de «naturaleza fluyente»¹³. Son aquellos, nos dice Llambías, en los que el tiempo opera una «acción fecundante», creadora o cocreadora de nuevos efectos. Solo en tales negocios puede hablarse de que se encuentran celebrados en función «de la

¹² MOSSET ITURRASPE (1994: 90 y ss.). Las expresiones ejecución instantánea y ejecución única pueden dar lugar a equívocos o confusiones. Se pueden confundir, por ejemplo, con la ejecución inmediata, ya aludida.

¹³ LLAMBÍAS (1969: 314 y ss.).

razonable subsistencia del originario estado de cosas», y de ahí que las alteraciones puedan dar pie a la revisión.

En los no fluyentes —compraventas a plazo, construcción, etcétera— donde las prestaciones son las mismas, sin creación de situaciones nuevas, no cabe invocar la revisión. Se ejemplifica con el «tracto sucesivo» y se parte de la antigua doctrina medieval del «consentimiento reiterado» para cada nuevo período. El cambio de las circunstancias, en tales negocios, requería de un «nuevo consentimiento», no bastando el originario. Nos parece un distingo inadmisibile hijo de una mera ficción¹⁴.

5.

Los contratos sujetos a condición, tanto suspensiva como resolutoria, se encuentran alcanzados por la acción autónoma de revisión, dados los restantes extremos o exigencias. Condición y plazo son modalidades que no admiten confusión o asimilación; empero, para la cuestión que ahora nos preocupa tanto da que el contrato tenga suspendidos sus efectos como consecuencia de un plazo, como que ello ocurra por la incidencia de una condición. La condición es una contingencia mucho más incierta, puesto que no se trata solo de la postergación en el tiempo del ejercicio, sino de la puesta en cuestión de la misma existencia del derecho¹⁵, el derecho condicional es más «frágil», pudiendo llegar a ser ilusorio o extinguirse según no ocurra el evento futuro al cual se supedita, en la condición suspensiva, o bien ocurra en la resolutoria. Insistimos en que tales diferencias no pueden llegar o conducir a excluir los contratos de prestaciones sujetas a término suspensivo de la categoría de los de «ejecución diferida», pues ello es lo que precisamente ocurre con el plazo y con la condición¹⁶. La invocación del condicionamiento de una prestación por otra, en los de prestaciones múltiples, por el deudor de ellas, suele ser, en ocasiones, un mero pretexto para no cumplir; de ahí la necesidad de desentrañar la verdadera naturaleza del invocado «condicionamiento».

¹⁴ La ficción del consentimiento reiterado en el tiempo y para cada nuevo período es hoy insostenible; se trata de un consentimiento único y originario. La prestación alterada es la misma, haya nacido del acuerdo originario o de otro acuerdo ficticio prestado para el nuevo período.

¹⁵ En las Jornadas Sanrafaelinas, que fueron pioneras en estos temas, llegando a conclusiones de excelencia, se resolvió que: «La revisión es procedente en los contratos de ejecución continuada y en los de ejecución diferida o contratos a plazo y también en los sujetos a condición, siempre que pertenezcan a algunas de las categorías mencionadas en el texto del artículo 1198, segunda parte».

¹⁶ Para SPOTA, insigne y recordado maestro, injustamente olvidado por un sector de la doctrina (Contratos, tomo II: 141), «el contrato es de ejecución diferida cuando se encuentra sometido a una condición o a un evento incierto y futuro».

6.

La compraventa de cosas muebles o inmuebles, de ejecución diferida, sea respecto al precio, a su integridad o en virtud del pago de cuotas, o sea respecto de la cosa vendida, en un negocio susceptible de ser revisado frente a la excesiva onerosidad sobreviviente; es importante destacarlo frente a criterios limitativos o restrictivos, como el ya recordado de las «prestaciones fluyentes». Además, la compraventa es el paradigma de los contratos onerosos y su celebración es de enorme frecuencia. También alcanza la revisión a la cesión onerosa de acciones, de ejecución diferida, supuesto que revista jerarquía que, de conformidad con la norma del artículo 1435, se regula por las reglas de la compraventa.

7.

Se ha sostenido, por calificada y minoritaria doctrina¹⁷, que la extensión de la revisión contractual a negocios no fecundados en el tiempo, en los que las prestaciones originarias son las mismas, aunque vueltas excesivamente onerosas, viola la norma del artículo 17 de la constitución nacional, en la medida en que altera un derecho creditorio que «es una propiedad del acreedor»; de donde, se sostiene, «no puede ser retaceado por la indiscreta incidencia de la teoría de la imprevisión; ese crédito, desde su origen, ha ingresado al patrimonio del acreedor, en una cierta medida que no sería justo alterar en su desmedro por la ocurrencia de hechos ulteriores que han agravado la situación del deudor, puesto que ello importaría, para aliviar a este, darle al deudor lo que se quita al acreedor».

Hemos anticipado nuestra absoluta discrepancia con semejante planteo. Se trata, insistimos, de una reiteración de argumentos superados; ahora mostrada como inconstitucionalidad por apartamiento de la «ley de las partes», con su secuela de derechos adquiridos. Entendemos que mientras el contrato no se halle agotado, con el cumplimiento de todas las prestaciones emergentes del mismo, no puede hablarse de derechos adquiridos, en la antigua terminología de derechos incorporados al patrimonio o de propiedad derechos. El negocio, en su aspecto dinámico, no está definitivamente construido hasta su agotamiento por cumplimiento total; mientras, en la fase de ejecución de las prestaciones, las partes no tienen sino expectativas de las cuales pueden ser privadas como resultado de los hechos sobrevinientes; es, sin lugar a dudas, lo que se desprende del artículo 1198, segunda parte.

¹⁷ LLAMBÍAS (1969: 317 y ss.).

8.

Las partes celebrantes, al acordar el negocio, quieren un «cierto equilibrio» entre prestaciones y contraprestaciones; por lo común, no se trata de un equilibrio perfecto o exacto, por una serie de razones que tienen que ver con la oferta y la demanda; es, en palabras de los economistas «el equilibrio del mercado».

De ahí que, luego de enfatizar acerca de que el contrato «nace, vive y muere» —se origina, se cumple y se extingue— debemos señalar que si es oneroso y, salvo lo realmente querido por las partes en contrario, debe nacer y vivir en equilibrio, guardando equivalencia entre lo que uno debe dar, hacer o no hacer. El concepto de lesión, artículo 954 viene a superar un desequilibrio genético; el de imprevisión, uno funcional. El primero aparece en la celebración o acta de nacimiento del negocio y antes de la producción de los efectos; surge de una visión estática. El segundo, el remediado por la imprevisión, se muestra durante la vida del contrato, a contar desde que los efectos se desencadenan; se trata, entonces, de una apreciación dinámica.

9.

Cuando el contrato está destinado a durar en el tiempo, a prolongar sus efectos, no es extraño que las circunstancias originales, las existentes al tiempo de la celebración, sufran alteraciones, cambios más o menos importantes, relativos a los bienes y a su precio, al estado del mercado, a la abundancia o la escasez, a los costos, etcétera.

Los temas, ocurridas esas alteraciones que inciden en las prestaciones acordadas, son: a) qué circunstancias originarias fueron tenidas en cuenta; b) se atendió a su mantenimiento o a su cambio; c) cuál es la incidencia en el negocio; d) cómo distinguir lo normal de lo anormal; e) cómo lo previsible de lo imprevisible; f) qué es lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender al respecto, etcétera.

La regla que manda obedecer a la palabra dada —*pacta sum servanda*— no entra en conflicto con la que dispone el cumplimiento de lo acordado siempre que las circunstancias se mantengan inalteradas —*rebus sic stantibus*—. Lo decía Seneca: «todas las circunstancias deben ser las mismas que fueron cuando hice la promesa, para que puedas obligar mi fidelidad», y lo repite Cicerón.

Uno y otro principio se armonizan si se concluye sosteniendo que la palabra empeñada debe ser cumplida en tanto y en cuanto no haya una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, como consecuencia de ello, de los efectos previstos.

10.

Al estar el desequilibrio sobreviniente en la base de la cuestión analizada, interesa esclarecer si la sorpresiva onerosidad debe valorarse adoptando criterios objetivos o subjetivos.

El criterio objetivo valora o estima la onerosidad respecto de la contraprestación; el subjetivo la valora respecto al sujeto deudor¹⁸. Al hablar de «contraprestación» se alude a la proporción existente entre la relación de la prestación, las obligaciones a cargo de una de las partes; con la contraprestación, las obligaciones a cargo de la otra parte; y se las considera tal como aparece esta relación en su origen y cómo subsiste al momento de peticionarse la revisión.

Al hablar del sujeto deudor se indica, en cambio, la proporción establecida entre dos términos constituidos, el uno por el sacrificio que irrogaba la ejecución o cumplimiento y el resultado que se pretendía conseguir originariamente; y, el otro, por el sacrificio que cuesta sobrevenida y el resultado que en la realidad se logra.

El criterio objetivo resalta meramente el desequilibrio; el subjetivo destaca el esfuerzo del deudor, la carga que significa para su patrimonio el cumplimiento de la prestación alterada. Apunta a las condiciones patrimoniales del deudor, a su empobrecimiento o al aumento de su erogación.

El criterio objetivo aparece como restrictivo del remedio de la revisión; lo encierra con requisitos precisos, no librados a la apreciación particular de un deudor. El subjetivo es más amplio o generoso para el deudor y, a la vez, más «peligroso» para el acreedor.

11.

El debate, promovida la revisión por el deudor, se plantea entre «alteraciones normales», que son comunes o de ocurrencia ordinaria, que acontecen en el tráfico o vida de los negocios, cada tanto, que como tal son anticipables o previsibles, y debieron tenerse en cuenta, asumirse como «riesgo», y «alteraciones anormales», extraordinarias e imprevisibles, que superan lo anticipable, lo que es común en el mercado y, por ende, escapan a toda previsión.

Creemos que la idea de «extraordinariedad» no debe ser tan exagerada como para descartar cualquier hecho con incidencia negocial. La revisión no aparece incorporada a los códigos como un remedio excepcional o de muy escasa aplicación. No se reforma para que lo nuevo nunca se aplique.

¹⁸ PINO (1959: 23 y ss.).

Hechos de la naturaleza o del Estado o hechos de terceros con incidencia en el contrato. No basta con Chernobyl o con la «vaca loca» o con la «gripe aviar». Muchos otros casos pueden originarse y superar lo común y ordinario, lo de todos los días, lo habitual, lo tenido en cuenta.

12.

La doctrina especializada, en particular la italiana —al conjuro de un texto similar al artículo 1198 argentino— se formula una serie de cuestiones:

- ¿La incidencia de los hechos extraordinarios origina un daño o perjuicio?¹⁹
- ¿Ese daño puede calificarse como «daño emergente» o constituye un «lucro cesante»?²⁰
- ¿Puede demandar revisión quien pierde una mera chance o posibilidad de lucro?²¹
- ¿El empobrecimiento para una parte debe ir seguido necesariamente de un enriquecimiento para la contraparte?²²
- ¿La prestación se juzga excesivamente onerosa confrontada consigo mismo o con la contraprestación?²³
- ¿Debe tratarse de un perjuicio grave para el deudor?²⁴

¹⁹ Que está dado, obviamente, por la diferencia entre el valor de la prestación tal como se convino y el valor acrecentado por la onerosidad sobreviniente. Es, innegablemente, un perjuicio patrimonial.

²⁰ La normativa legal y la doctrina que gira a su alrededor, no hacen incapié entre un daño que achica el patrimonio —daño emergente— y otro que impida su acrecentamiento. Uno y otro pueden dar pie a la acción por revisión.

²¹ Opinamos que no puede accionar por revisión, al menos como regla y salvo circunstancias muy especiales. La revisión deviene de una «comparación», entre prestaciones, y no de una «ilusión» o de una mera esperanza.

²² La doctrina pone el acento en el perjuicio del deudor y no en el beneficio del acreedor; muy probablemente este beneficio exista y de él se aproveche el acreedor; pero no es determinante de la acción. El «fuerte lucro» puede o no existir; es tema librado al arbitrio judicial.

²³ Se juzga con base en una confrontación o comparación con la prestación a cargo de la contraparte. No meramente consigo mismo, vale decir contraponiendo el valor originario al actual.

²⁴ Creemos que sí, que no son suficientes los menoscabos o detrimentos menores, que pueden considerarse «riesgos asumidos».

13.

Hemos aludido con reiteración al tema de la previsibilidad, de la posibilidad cierta de que el deudor, con anticipación a la ocurrencia de los hechos desquiciantes, pueda saber de su existencia y, en consecuencia, tomar las medidas pertinentes.

Digamos ahora que también esta previsibilidad admite una consideración objetiva, atendiendo a la media en una época y lugar, a los conocimientos normales de cualquier ciudadano atento, a lo que supo o pudo saber, actuando con probidad y diligencia, y otra consideración más subjetiva, en la cual el acento está puesto en la persona concreta del contratante, en su profesión, oficio o quehacer habitual y, por tanto, en la información que tuvo o debió tener. Acontece en los contratos empresarios, entre empresas y en los de consumo, donde una de las partes es un empresario proveedor. Los acontecimientos sobrevivientes pueden ser desconocidos: por su extraordinariedad o por la ignorancia del deudor, sin perjuicio de la incidencia de la falta de información que el acreedor debió brindar y ocultó.

14.

A partir de esta «plataforma fáctica», sobre la cual nos hemos venido ocupando, la doctrina, nacional y comparada, ha ido desarrollando, a través de los siglos, distintos criterios destinados tanto a fundamentar la revisión del contrato como a precisar sus requisitos de admisión y las consecuencias desencadenadas. Estas teorías, todas las cuales mantienen vigencia, con mayor o menor consenso, encierran un margen de acierto; suelen ser complementarias, puesto que van poniendo de manifiesto cuestiones diferentes, coincidiendo en su propósito de justicia contractual.

Por ahora nos limitaremos a señalar las líneas rectoras de tales propuestas doctrinarias, con recepción en códigos progresistas.

Los criterios denominados subjetivos enfatizan respecto de las cuestiones «determinantes para la declaración de la voluntad» por parte del deudor perjudicado; ponen el acento en el «análisis de la voluntad contractual» de ese deudor. De ahí que se afirma que este criterio «valora la onerosidad respecto del deudor».

La subjetividad aludida admite diferentes «visiones»; de donde, para una teoría; interesa considerar «el entorno», «contorno» o «ambiente» que rodeó la declaración de voluntad —*rebus sic stantibus*—; para otra —teoría de la presunción—, se debe atender a la representación de la existencia, subsistencia o llegada de una circunstancia determinante para la declaración de voluntad; y, para una tercera teoría —de la base subjetiva del negocio jurídico— hay que estar a

lo determinante de la voluntad negocial, lo que cada una de las partes piensa respecto de las circunstancias²⁵.

15.

En cuanto a los criterios objetivos para al revisión, expuestos por la doctrina, señalamos: a) el de la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones intercambiadas, en los contratos onerosos, sean estos bilaterales o unilaterales; se habla de excesiva onerosidad sobreviviente o del riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión; b) para la teoría de la base objetiva del negocio, es necesario que se produzca un cambio de alguna circunstancia que forme parte del contenido del negocio y que del mismo devenga una perturbación del equilibrio de las prestaciones, de entidad suficiente; c) la teoría de la función económica-social, fundamenta la revisión en la exigencia de conservación de la economía general del contrato, que comprende, además de la equivalencia de las prestaciones, el conjunto total del negocio, superando la mera confrontación de las prestaciones; y, d) la versión americana de la frustración del derecho inglés se denomina *impracticability* y, a diferencia de la versión inglesa, autoriza la revisión judicial²⁶; son sus requisitos: la «supervivencia de dificultades sobrevenidas, desconocidas o imprevistas, al momento de la celebración» que originan para el deudor una pérdida de utilidad²⁷.

16.

Este tema específico tiene verdadera relevancia en los ordenamientos que incorporan a la causa como un requisito esencial del contrato, con el consentimiento y el objeto²⁸. También la doctrina, tanto nacional como extranjera, lo ha puesto

²⁵ La base del negocio reconoce su nacimiento en la doctrina alemana, donde ha originado interminables debates y la exposición de criterios y subcriterios muy variados. Volveremos sobre ella.

²⁶ Los tribunales ingleses son reacios a admitir la revisión judicial del contrato; los supuestos de frustración, que se inician con el caso de la Corona, cuando son acogidos conducen a la extinción del negocio; mas aún, se señala que dichos tribunales se niegan, en general, a admitir la «imposibilidad» como causa de liberación.

²⁷ La situación, como se destaca, es diferente en los tribunales americanos, más inclinados a la revisión en casos de frustración del fin del contrato. Ocurre que tratándose de un contrato de larga duración, la doctrina autoral y judicial argumenta que cada uno de los celebrantes tiene un interés particular en el mantenimiento del contrato, pero, a la vez, el éxito comercial de ambas partes depende de la preservación de la relación económica establecida por el contrato celebrado.

²⁸ Ello acontece en el derecho argentino, con base en los artículos 500, 501 y 502. MOSSET ITURRASPE (1994: 239 y ss.). Incorporamos allí una exposición algo extensa y prolija sobre causalismo y anticausalismo y distintos criterios acerca de lo que significa la causa en los contratos.

de relieve a la hora de hablar de la revisión del contrato, invocando como una razón para ello la frustración de la causa tenida en vista al contratar.

Como sabemos hay, cuanto menos, dos versiones acerca de la causa del contrato: la subjetiva, que señala como causa el «motivo determinante», la razón que lleva a celebrar el negocio, conocida por ambos celebrantes y por tanto motivo o razón común, compartida; causa concreta y variable en cada contrato; y, la objetiva, que ve en la causa la finalidad económica social, la función que el negocio es idóneo a realizar por sí; no atiende a la finalidad de los celebrantes, sino a la finalidad de cada contrato, conforme a su tipo.

De ambas versiones se desprenden una tercera, denominada dualista, que define la causa como «finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido, de la causa categórica de la figura en cuestión —del tipo negocial y de los motivos psicológicos relevantes, admisibles para el derecho— que en la hipótesis concreta hayan impulsado a las partes ha concluir el acto»²⁹.

Ahora bien, la causa que ahora nos interesa es la de la versión subjetiva, que a los fines de la revisión del contrato desequilibrado se denomina «causalización del motivo»³⁰, con la particularidad, muy relevante, que no se juzga la causa al tiempo de la celebración, sino al tiempo del cumplimiento. Y se menciona entonces una causalización del motivo que perdura y llega hasta el momento de la alteración desequilibrante, que contradice tales motivos³¹.

La doctrina más reciente prefiere aludir a una causa como «propósito práctico» perseguido por el contrato³² función económica-individual del negocio³³.

²⁹ VIDELA ESCALADA (1968: 98 y ss.).

³⁰ Es conocida la antipatía de la versión decimonónica respecto de los motivos, personales, cambiantes, muchas veces ocultos, etcétera. La rehabilitación de los motivos determinantes del negocio, conocidos por ambos celebrantes, viene ahora de la mano de la «causa», como elemento esencial. Esta tesis es defendida en España por el profesor De Castro.

³¹ En rigor la causa debe existir a la celebración y perdurar hasta la extinción del negocio. Se habla entonces de la «continuadora influencia de la causa», que alude a una «falta sobreviviente de la causa», heredera de la versión romana: *condictio causa data causa non secuta*, que posibilita que el contratante que había tenido a la vista para obligarse una razón específica, una función práctica, cuando las circunstancias cambian pueda accionar por revisión. De donde resulta que la función de la causa no acaba en el momento mismo del nacimiento del negocio, sino que perdura.

³² Propósito práctico o función económico-individual, concreta, del negocio. Mientras la concepción de la causa como función económica social sirve para resolver los problemas de validez del negocio y de relación entre contrato y ordenamiento jurídico —controlando la autonomía privada—, la causa como función económico-individual no es sino el «espejo» de la operación económica querida por las partes. La doctrina francesa menciona la causa *individuelle*.

³³ Concepción que ha adquirido prestigio en los últimos tiempos, frente a la «decadencia», o crisis de la causa como función económico-social (BESSONE).

No obstante coincidimos mayoritarias, no faltan autores que en los casos en que el motivo pasa a ser «elemento esencial» del contrato, prefieren hablar de «presuposición» o de «base del negocio»³⁴.

17.

El silencio de las partes sobre motivos determinantes y fines económicos, no es obstáculo para su consideración por el intérprete, frente a un planteo de revisión.

Es sabido que las partes están en completa libertad para delimitar como gusten el contenido jurídico del acto realizado, así como para introducir en él cualquier tipo de presuposición.

Empero, el no hacerlo, el silencio o la omisión, la falta de estipulación formal, no puede ser obstáculo para que, en base a la buena fe y a la equidad pueda el juez suplir ese silencio, y, por esa vía, aludir a una «estipulación tácita», implícita o virtual³⁵.

18.

Nos limitamos ahora a dar ideas generales y de aproximación.

Producido el desequilibrio, la frustración de la razón práctica, el apartamiento de los motivos determinantes, puede ocurrir que las partes, por iniciativa de una de ellas, acuerden rediscutir y negociar el contrato, con la finalidad de superar ese desequilibrio, llegar a una adaptación y volverlo a la «normalidad»³⁶.

³⁴ Es la opinión de Lacruz, en España. Para Galgano, en la doctrina italiana, la causa del contrato es su función objetiva, que es única para ambos contratantes; los motivos, en general irrelevantes para el derecho, adquieren importancia cuando el resultado perseguido o buscado se incorpora al contrato, por la vía de una condición, de una disposición modal o de una presuposición.

³⁵ Cabe recordar ahora que el artículo 1198, en su primera parte, menciona expresamente: «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 norma, repárese en ello, no dice «de acuerdo con lo declarado [...]», sino de acuerdo con lo entendido, sea acompañado no este entendido de una exteriorización.

³⁶ En el tráfico internacional, nos recuerda Martínez-Velencoso, la mayor cantidad de las revisiones contractuales tiene lugar por las partes en forma de negociaciones directas e informales. Este método de revisión contractual es más efectivo, ya que es más rápido y flexible, dado que las partes podrían acordar libremente cualquier cambio o decidir cómo colmar las lagunas del contrato. «Los contratantes se guían por las reglas no escritas de diplomacia y de psicología negocial». Puede ocurrir, asimismo, que el propio contrato contenga, en su versión original, ciertas explicitaciones en orden a una eventual renegociación. Acontece con la cláusula *hardship*.

Puede acontecer, asimismo, que frente al diferendo las partes se someten a un juicio arbitral como manera de llegar a una conciliación o acuerdo³⁷.

Empero, cuando uno y otro camino —el del debate extrajudicial y el del arbitraje— no son recorridos, cuando la pretensión de reajuste del perjudicado es rechazada por el beneficiado, se abre la vía judicial de revisión, que es la que ahora nos interesa.

Los problemas que se pueden plantear son muy variados: el otorgamiento o no otorgamiento a la víctima de la acción de revisión³⁸, sea porque la misma es desconocida³⁹ o porque solo se le abre la vía de la resolución⁴⁰; la exigencia o no de una negociación previa —o prejudicial— para otorgar la acción judicial solo frente al fracaso de esas negociaciones⁴¹, revisión admitida sobre la base de una «propuesta equitativa» formulada por el perjudicado, que debe ser aceptada o rechazada por el accionado —beneficiado— sin posibilidad judicial de que el juez «meta mano», la modifique o altere⁴²; revisión planteada ante los tribunales por el perjudicado, con la posibilidad de que el juez de la causa, luego de escuchar a las partes, «modifique el contrato», produzca su adaptación, con base en la equidad y su ciencia y conciencia⁴³.

³⁷ Cuando fallan las negociaciones puede el perjudicado recurrir, como solución subsidiaria —y fuera ya del espíritu de cooperación— a un «tercero imparcial» que podría ser una institución o autoridad. Frente a un nuevo fracaso o imposibilidad de habilitar esta salida quedan el arbitraje o la demanda judicial.

³⁸ Es lo que se desprende de la letra de la norma legal, artículo 1198, en el derecho argentino, en seguimiento del derecho italiano: «[...] la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato». Creemos que la acción por revisión, pese al silencio legal, podría ejercitarse sobre la base de los principios de buena fe y ejercicio regular de los derechos. Es una cuestión debatida por nuestra doctrina, básicamente comercial.

³⁹ Como acontece en el derecho inglés, ya recordado, enemigo de todo tipo de revisión judicial, y partidario, por ende, de manera exclusiva, de la resolución.

⁴⁰ El derecho francés tampoco reconoce el cambio de circunstancias como base de la acción por revisión; solo se la admite en el derecho administrativo, con el pensamiento puesto en el mantenimiento del servicio. En el derecho alemán, en cambio, la consecuencia normal del desequilibrio sobreviviente no es la terminación del contrato, sino su adaptación a la nueva circunstancia.

⁴¹ Una especie de actuación prejudicial, que recién cumplida habilita la demanda por revisión. No nos parece una solución feliz ni por ende conveniente. La vía judicial está diciendo con elocuencia del fracaso de las tratativas de readjustamiento.

⁴² Es una exigencia que se propone por quienes descreen de la idoneidad y de la imparcialidad de los jueces: todo queda en mano de las mismas partes, ahora sobre la base de una propuesta de «reajuste», que puede provenir de perjudicado —cuando se el otorga la acción de revisión— o del beneficiado, cuando por la vía reconvenional —como ocurre en nuestro derecho— queda habilitado para pedir la vuelta a la equidad y salvar el contrato de la resolución. No nos parece un criterio que debe seguirse, al menos de manera exclusiva. Los jueces deben gozar de la facultad de revisar y readjustar, con base en los planteos de los celebrantes, no de manera arbitraria o caprichosa.

⁴³ Es la única salida que juzgamos apta para conservar el contrato, evitar la injusticia, aplicar la equidad revisora, y volver al equilibrio inicial o a uno similar.

La cuestión es sumamente delicada y ha menester de una particular prudencia judicial, iluminada por el principio rector de la buena fe⁴⁴.

19.

La revisión del contrato, como modo o manera de conservarlo y de retornar a un «contrato útil y justo», interesa a los celebrantes y también interesa y preocupa a la comunidad, a la sociedad civil y al mercado.

Nos dice con razón Giuseppe Vettori⁴⁵ que «los juristas comprenden que no es posible valorar y controlar el equilibrio de un solo contrato, considerándolo como un negocio aislado»; que es necesario, en cambio, «tomar conciencia de que cada negociación es un hecho económico insertado en la economía general de la nación».

Es precisamente esta inserción la que, a nuestro entender, da pie a que se mencione la «función social del contrato»; que se ponga de resalto el orden público económico, interesado en su equilibrio, y que se busque esforzadamente, a través de la acción de revisión, la «conservación del negocio celebrado».

20.

Y la experiencia adquirida, unida a una visión realista, lleva a sostener que deben dejarse atrás, tanto las tentativas utópicas de establecer el principio del justo precio como norma jurídica⁴⁶ como también el error de confiar en una natural armonía y evolución de las leyes del mercado⁴⁷.

El dejar hacer y el dejar pasar solo conducen, en situación de excesiva onerosidad o de desequilibrio, a la consolidación de las injusticias. La historia que nos cuentan, del consumidor que luego de una y otra caída —aprovechamientos sufridos en el mercado— aprende a caminar sin muletas y a no tropezar, es falsa y cruel⁴⁸.

⁴⁴ El juzgador no puede ni mantener la situación de perjuicio, con base en la onerosidad sobreviniente, ni invertirla, en detrimento del beneficiado; tampoco buscar el equilibrio ideal, ni ubicarse como nueva parte contratante, haciendo un negocio distinto. Debe buscar afanosamente una salida justa y equitativa.

⁴⁵ VETTORI (1999); THIBIERGE-GUELFUCCI (1997, número 2: 357 y ss.).

⁴⁶ La idea de un «justo precio», como criterio para juzgar de la justicia contractual, del equilibrio de las prestaciones, tuvo enorme vigencia en el derecho medieval. La versión de la economía de mercado es que el precio es justo cuando es el precio del mercado, sobre la base de una libre competencia.

⁴⁷ Los tan conocidos, por mentados y reiterados, «hilos invisibles», «orden espontáneo», que significan tanto como que el mercado se gobierna a sí mismo y encuentra, en la libertad negocial, su justo equilibrio.

⁴⁸ Como afirmar que «el consumidor es el soberano del mercado», el que distribuye preferencias y otorga ventajas; nosotros creemos que el consumidor, como no profesional, generalmente necesitado y de escasos recursos, es la parte débil de la relación negocial.

21.

Así como el derecho no debe dejar a las alteraciones injustas en manos de mercado —por invocación de una interpretación económica del derecho— tampoco debe el jurista conformarse con derivar esa responsabilidad a la ética de los negocios o a la moral social.

Sobre el particular señala Vettori que frente a hechos como los que ahora nos preocupan «emerge con fuerza el rol del derecho y no la moral, en la transformación del orden espontáneo en una consciente institución jurídica organizada»⁴⁹.

De la previsión de derechos fundamentales se deduce que la composición de los intereses no queda librada exclusivamente al arbitrio de las partes, sino que está sujeta al control de la justicia, aun a costa de infringir la barrera conformada por el contrato concluido⁵⁰.

22.

Es un tema de enorme actualidad, y en buena medida recurrente, el relativo a la «constitucionalización del derecho privado». A la necesaria ingerencia que la constitución, las normas fundamentales, deben de tener en la relación negocial.

Sobre esta cuestión afirma Raiser que corresponde a la constitución económica garantizar la justicia contractual, considerando el «sistema económico y la forma de mercado existente o de aquella que se quiere alcanzar»; y, agrega, que en ello incidirán no solo «las elecciones jurídicas, sino también las condiciones económicas y los objetivos políticos»⁵¹.

23.

Una cuestión muy interesante es la relativa a decidir si el combate a los desequilibrios, tanto genéticos como funcionales, debe ser un tema del Código Civil, puesto al día, superada la visión liberal individualista, o si, por el contrario, esa tarea debe dejarse en manos de una «normativa especial», sea relativa a los contratos de consumo, a la lucha contra la usura, o dentro del amplio espectro de la competencia leal.

La doctrina italiana, que ha trabajado mucho y bien en la materia —al igual que la alemana— recuerda que hasta 1990 el equilibrio negocial era todavía, en

⁴⁹ Los criterios de ética empresarial, tan difundidos en Estados Unidos, no parecen suficientes para superar los desequilibrios, especialmente cuando se piensa que «la lucha por el lucro» no conlleva inmoralidad y que el perjudicado suele ser tal en razón de sus descuidos o negligencias.

⁵⁰ Barrera muy fuerte, como hemos señalado en los derechos inglés y francés, en particular.

⁵¹ RAYSER (1990); PERLINGIERI (1997); FACCHINI NETO (2003: 11 y ss.).

su mayor parte, confiado a la normativa que contiene el Código Civil y muy en especial a la rescisión negocial⁵².

Empero, esa rescisión, como medio extintivo del contrato⁵³ se ha juzgado por aquella doctrina como «institución de naturaleza oscura y controversia, muy poco aplicada en la praxis»⁵⁴.

En años posteriores, los últimos quince, ha avanzado el criterio de la revisión negocial y, en los contratos de consumo la idea de las «nulidades parciales», que mantienen el contrato originario pero despojándolo de la cláusula abusiva o que posibilita el desequilibrio⁵⁵.

24.

Los «contratos de consumo» pueden calificarse con negocios sumamente sensibilizados frente al desequilibrio, ocurriere cuando fuere, inicial o sobreviniente⁵⁶.

La norma argentina, ley de defensa del consumidor 24240, no refiere expresamente a la acción de revisión frente al desequilibrio sobreviniente; la admisibilidad de esta acción se desprende del artículo 37, ss. y condensados de la ley y de la reglamentación del texto recordada, que dispone: «Se consideran términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes»⁵⁷.

Es importante en la materia, la última parte del artículo 37 en cuanto dispone: «[...] el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario»⁵⁸.

⁵² VETTORI (1996), y allí los trabajos de Mengoni, Irti, Schlensinger, Perlingieri y otros.

⁵³ Al lado de la resolución, la revocación y el mutuo acuerdo. La aludida rescisión entra en pugna con el principio, ya recordado de conservación del contrato.

⁵⁴ Lo que tiene de odioso la rescisión deviene de su origen unilateral, de la voluntad de uno, frente al acuerdo de ambos. De la sospecha de intransigencia, insolidaridad y falta de espíritu de diálogo y conciliación.

⁵⁵ Por lo normal, el vacío dejado por una nulidad parcial, debe ser llenado, integrado por el juez. Por excepción esa nulidad será sin trascendencia y permitirá el mantenimiento del negocio sin la cláusula invalidada.

⁵⁶ En la doctrina brasilera, las obras de: FERREIRA DA SILVA (1999) y de FERRAZ DONNINI (2001).

⁵⁷ Hubiera sido mejor incorporar el derecho a la revisión, a pedido del perjudicado, de una manera expresa, poniendo fin, al menos para «los contratos de consumo», al debate que origina la limitación contenida en el artículo 1198, segunda parte. No obstante la doctrina nacional ampliamente mayoritaria considera que en estos contratos procede la acción de revisión a pedido del consumidor perjudicado.

⁵⁸ Tanto da, en nuestra opinión, frente a una cláusula abusiva, sea desde la celebración del acuerdo o abusiva por hechos sobrevinidos, hablar de nulidad o de revisión, en la medida en que el juez

Entre las normas tuitivas se destaca la del código de defensa del consumidor, del Brasil, artículo sexto, que dispone: «Son derechos básicos del consumidor [...] V. La modificación de las cláusulas contractuales que establecen prestaciones desproporcionadas o su revisión en razón de hecho sobrevivientes que las tornan excesivamente onerosas». Comentando esta norma se ha dicho que la *pacta sum servanda* está «cada vez más distante de la realidad actual, que busca el equilibrio y, consecuentemente, una relación más justa entre los contratantes»⁵⁹.

25.

Interesa señalar que en la Comunidad Europea, el proceso de integración ha creado un conjunto de reglas que tienden a disciplinar el mercado y, por ende, «los contratos del mercado»; como una consecuencia, el acto de autonomía privada se debe confrontar no solo con «las reglas verticales» que repercuten en su contenido, sino también con una disciplina horizontal de actividad que antecede a la relación e individualiza la posición que pertenece, en términos de poder y deber al sujeto que actúa⁶⁰. «Ello no solo en función distributiva de ventajas y deberes, sino más bien para una correcta funcionalidad del mercado, que necesita reglas comunes de informaciones claras para cada operador y de disciplinas diferenciadas»⁶¹.

Y es en atención a esta perspectiva que se comprende la elección de utilizar a la buena fe como uno de los parámetros del desequilibrio. «[...] la valoración del carácter abusivo de una cláusula, debe ser integrada con un instrumento idóneo para hacer una evaluación global de los distintos intereses en juicio»⁶². Ese instrumento es la buena fe objetiva⁶³.

por la invalidez o el desequilibrio deberá revisar e integrar luego el contrato. Obviamente previo a todo escuchará a las partes y tratará de consensuar dicha integración o, a falta de acuerdo, buscará el mantenimiento de un contrato ahora equilibrado.

⁵⁹ FERRAZ DONNINI (2001: 188 y ss.). Es notable observar la influencia de este texto en el Código Civil del Brasil, cuyos artículos 478 y ss., se ocupan de la «resolución por onerosidad excesiva» y solo acuerdan, en los contratos bilaterales, al perjudicado, la acción de resolución, artículo 478, última parte. «La resolución podrá ser evitada, ofreciendo el demandado modificar equitativamente las condiciones del contrato», artículo 479. Solo en los unilaterales se acuerda al deudor la acción de reducción o de alteración del modo de ejecución, «a fin de evitar la onerosidad excesiva», artículo 480.

⁶⁰ VETTORI (1996).

⁶¹ VETTORI (1999).

⁶² El Código italiano y la directiva comunitaria se apoyan, para valorar el desequilibrio, en la vulneración de la buena fe.

⁶³ Son dignas de ser recordadas las expresiones volcadas por la profesora LIMA MARQUES (2002: 180 y ss.). Comienza señalando que el principio general de buena fe «es un nuevo 'mandato' obligatorio para todas las relaciones contractuales [...] es el nuevo paradigma de una sociedad masificada». Destaca sus tres funciones: 1. como fuente de deberes de conducta; 2. como limitadora de los derechos subjetivos,

26.

Se busca digámoslo ya, «el derecho a la *correttezza*» (corrección) en las relaciones contractuales, y, muy en especial, en el *corrispettivo*, el sinalagma, las relaciones bilaterales o recíprocas.

La lealtad, la probidad, la corrección, la transparencia, son todos deberes que se derivan de la buena fe objetiva. A juicio de Vettori, a quienes seguimos en estas cuestiones, el juez debe tener en cuenta: la fuerza de las respectivas posiciones de las partes⁶⁴; la incidencia de factores externos sobre la voluntad del consumidor⁶⁵; la presencia o no de «orden especial» y,⁶⁶ la lealtad y la equidad de la conducta del profesional⁶⁷.

y, 3. en la concreción e interpretación del contrato. Agrega que: «la buena fe es cooperación y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales». Citando a Couto e Silva, expresa que la protección de la buena fe y de la confianza despertada son la base del tráfico jurídico y de todas las vinculaciones jurídicas, principio máximo de las relaciones contractuales. En palabras de Bulgarelli (jurista brasileño), la buena fe objetiva y la función social del contrato son como salvaguardias del poder negocial. La buena fe, sigue diciendo, tiene que ver con una actuación «pensando en el otro», en el «compañero contractual», respetando sus intereses, sus expectativas razonables, sus derechos, obrando con lealtad, sin abusos, sin obstrucciones, sin causar lesión o desventaja excesiva, cooperando para lograr un buen resultado negocial, realizando así lo intereses de ambas partes. Señala Lima Marques que uno de los logros de la presencia de la buena fe en los contratos, es «la modificación del modo de visualizar estáticamente la relación contractual». Ahora se visualiza el contrato como una relación jurídica dinámica, que 'nace, vive y muere', vinculando durante cierto tiempo a dos partes; relación jurídica total y continua que se origina en un cierto tiempo, con obligaciones múltiples y recíprocas; una serie de deberes de conducta, ordenados lógicamente, unidos por una finalidad (doctrina alemana actual). Esta finalidad, este sentido único, que une y organiza la relación contractual, es la realización de los intereses legítimos de las partes, realización del objetivo del contrato y posterior desaparición de la relación contractual. De donde, concluye, trátase, la relación contractual, de un verdadero proceso, que se desenvuelve en el tiempo, un proceso social, un proceso jurídico; el contrato visualizado como una relación dinámica, irradiando una serie de efectos jurídicos. [...]. Esta visión dinámica y realista del contrato es una respuesta a la crisis de la teoría de las fuentes del derecho y de las obligaciones; el contrato no crea solamente la obligación de prestar, sino que desenvuelve también una obligación de conducta. La relación contractual como «contrato social», un contacto en sociedad, que une y vincula personas, contacto en el cual se deben respetar necesariamente los deberes generales de conducta, los deberes de actuación conforme con la buena fe y conforme al derecho.

⁶⁴ La igualdad de las personas desaparece en la relación contractual, puesto que la situación de cada parte está condicionada al «poder de negociación», a la posición de dominación o de dependencia; a su condición de parte fuerte o de parte débil, por la necesidad, la inexperiencia o la ligereza en el obrar.

⁶⁵ Son esos factores o elementos externos los que conforman la «atmósfera» o el «ambiente negocial», en el cual nace el acuerdo, conocido por ambas partes y decisivo a la hora de cerrar el negocio; de no ser así se tratará meramente de «motivos personales» irrelevantes.

⁶⁶ De un «microsistema», destinado a contemplar «relaciones contractuales especiales», sea por su relevancia, sea por una mayor necesidad de regulación, por lo común tuitiva o protectoria.

⁶⁷ El profesional, como experimentado, conocedor e informado, debe por lo común, soportar los riesgos de la contratación.

27.

Nos dice Vettori que el análisis del contenido del derecho a la *correttezza*, transparencia y equidad en las relaciones contractuales, no es nada simple. La novedad está sobre todo en la forma y en los instrumentos de tutela. Se hace uso de las cláusulas generales en la valoración de las conductas y se crean específicas situaciones subjetivas; tanto es así nos dice el jurista italiano, que la violación de la *correttezza* es de por sí violación de un derecho que conforma una tutela resarcitoria. Se postula que los alcances de este derecho van más allá de la tutela de consumidores y usuarios, alcanzando a la contratación en general.

Ello ocurre en lo relativo a la información, a la publicidad, a la claridad y comprensión del contrato contractual, a la lealtad y a la transparencia, etcétera. Esta debe ser la verdadera dimensión del derecho a la corrección.

28.

Sobre la equidad, como justicia del caso, o facultad otorgada a los jueces para «ajustar» la norma genérica y abstracta al caso particularizado y concreto, nos hemos ocupado y en más de una ocasión⁶⁸. Digamos ahora que la equidad impone al juez y al estudioso, no perderse «detrás de la ilusión y la abstracción de un sistema unitario compacto» y le exige plena conciencia de que el proceso de estructuración del derecho no está cerrado «en la prensa de los silogismos» sino que más bien tiende a extenderse en una gama comprendida entre dos o quizás más centros de atracción o de polarización. El significado más actual de equidad la identifica con un principio ético, con un «criterio lógico contrapuesto al juicio de derecho»; con la valoración de circunstancias subjetivas y objetivas, que no tendrían de otro modo relevancia en la evaluación del contrato. Apunta entonces a superar la mera legalidad, cuando ella parece «expulsar de su seno a la justicia» (Frosini).

29.

Desde nuestra óptica, a partir de la «unificación del derecho privado», de la superación del distinguo entre contratos civiles y contratos comerciales, y en una futura reforma del Código Civil, deben incorporarse a la parte general dos especies negociales básicas: los «contratos de consumo» y los «contratos entre empresas»⁶⁹.

⁶⁸ MOSSET ITURRASPE (1994:35 y ss.).

⁶⁹ Dejarlos afuera, como ocurriera con el proyecto de 1998, para avanzar tímidamente con los contratos por adhesión y el tema de las «condiciones generales», no nos parece una buena política

Las cuestiones centrales en estos contratos entre empresas son: las relativas a la «libre competencia», sobre la base de una normativa antitrust, que combata los monopolios y los oligopolios, y las atingentes al abuso de la posición dominante.

Hay abuso de la posición dominante cuando la empresa «goza de una situación de poder económico, que está en condiciones de obstaculizar la persistencia de una competencia efectiva» y tiene la posibilidad de desplegar comportamientos independientes con respecto a los concurrentes, a los clientes y, en última instancia, a los consumidores⁷⁰.

Nos parece que puede hacerse una comparación entre el ocupar una posición dominante en el mercado y el estar en situación de predisponer un contrato para su celebración por adhesión. En ambos casos hay «una plataforma», desde la cual se facilita el abuso o aprovechamiento, de ahí que tales posibilidades enciendan una luz roja de advertencia⁷¹.

Como concreción de la competencia leal o no abusiva, en seguimiento del Tratado de Roma y de la ley española, se señala: «Es necesario que el acceso al mercado quede abierto; que las modificaciones de la oferta y la demanda se traduzcan en los precios; que la producción y la venta no sean limitadas artificialmente y que la libertad de acción y de elección de los proveedores, de los compradores y de los consumidores, no sean puestas en juego».

30.

Empero, volvemos a reiterar, este intervencionismo estatal en el mercado tiene sus defensores y, a la vez, sus enemigos o detractores. Entre estos últimos están quienes argumentan con que toda intervención es indiscreta e inoperante; arbitraria y contraproducente; que nada se logra, como no sea dejando a los personajes del mercado actuar libremente. Que las regulaciones traen el «mercado negro», el fraude comercial, los abusos y las simulaciones.

El combate alcanza por igual a la intervención administrativa y a la judicial.

«El juez del abuso se vuelve a poco andar en juez del uso, del ejercicio de los derechos». Y la doctrina del abuso juega aquí un papel muy importante. El abuso del derecho es descrito recurriendo a una serie de hipótesis referentes a cada

legislativa. La mayoría de los contratos son hoy de consumo o entre empresas de ahí la necesidad de incorporarlos al Código Civil. Lo han hecho, en buena medida, en Alemania y en Italia.

⁷⁰ Aludimos a ambos temas en un capítulo importante de nuestra obra. Véase MOSSET ITURRASPE (1998: 195 y ss.).

⁷¹ En Italia, la obra de BERNINI (1991), en Argentina la de SABATINI (1993).

fase contractual, desde el rechazo a contratar hasta la imposición de condiciones injustamente gravosas y la interrupción arbitraria de las relaciones⁷².

Frente a quienes alaban la posibilidad de construir un «nuevo orden contractual», sobre la base de una presencia fuerte del Estado, se encuentran quienes sostienen que estas nuevas reglas han inferido golpes decisivos a las convicciones del pasado y se alude a «ordenamientos graves», de fragmentación destructiva; de atribución al juez de un poder inquietante, de leyes caracterizadas por una intencional indeterminación, en lo que concierne al ámbito de aplicación, tanto como para determinar «la pérdida de la *fattispecie* en el delicado y crucial sector de los límites puestos a la autonomía contractual»⁷³.

Muchos de los avances relativos al control sobre el contenido del contrato se originan, de manera marcada en Europa y más tímidamente entre nosotros, en la «constitucionalización del derecho privado», en la tarea de relacionar la autonomía de la voluntad y sus consecuencias, con los derechos fundamentales consagrados en la constitución.

Los contratantes ignorantes, inexpertos, inexpertos, ligeros, débiles —que proliferan en el mundo latinoamericano— posibilitan aludir a «una estructura subordinada de una de las partes»⁷⁴.

31.

Observan los jueces humanitarios, sensibilizados frente a los contratantes en inferioridad, que «entre los deberes principales del derecho civil está el equilibrar las alteraciones de la paridad de los contratantes».

La autonomía privada, que está en la base de la contratación, se observa desde la visión constitucional, «como autodeterminación de cada individuo en la vida jurídica»⁷⁵. Y si esa posibilidad de autodeterminarse no existe, está ausente, por una «estructural subordinación» que afecta a una de las partes, y le lleva a negociar en condiciones de inferioridad, frente a la contraparte, se impone, ahora por razones constitucionales, la intervención judicial remediadora.

⁷² MOSSET ITURRASPE (1994: 97 y ss.).

⁷³ Es el paso de la tutela limitada, a casos contemplados, a una tutela amplia, que alcanza a casos tenidos en cuenta y también a los no mencionados o dejados de lado; se apunta a «operaciones económicas» y no a «tipos contractuales».

⁷⁴ En esta «estructura subordinada» radica el *quid*, la razón de la tutela; es una concepción realista, que deja de lado la utópica igualdad, libertad y fraternidad del Code Napoleón para atender a lo que acontece en la vida de los concretos negociantes, celebrantes de un contrato.

⁷⁵ Los que padecen situaciones de extrema necesidad, debilidad o inexperiencia, no están, obviamente, en condiciones de autodeterminarse.

Se impone entonces un «balance de los intereses contrapuestos» para concluir sobre si media o no un abuso que fuerza al juez a intervenir; en «contraste con la garantía constitucional de la autonomía privada», desde su nuevo rostro⁷⁶.

El macro sistema del Código Civil, en particular la «teoría general del contrato», mantenida casi inalterada desde el siglo XIX, recibe el «mensaje» de las «disposiciones especiales», sobre todo las relativas a la concurrencia libre y a la tutela de los consumidores, y se siente «conmover» con la apelación acerca del equilibrio del contrato y la búsqueda de una igualdad real para los contratantes⁷⁷.

Se admite una crisis en el principio de la «libertad de contratar» y de establecer sus cláusulas o contenido negocial.

32.

La cuestión es ahora establecer «que perturbaciones o perjuicios a la libertad de decisión» son tan relevantes como para incidir sobre la validez o la eficacia de la reglamentación contractual; es una realidad que las leyes especiales van destruyendo la coherencia de los principios generales⁷⁸. Por vía del ejemplo, los principios de derecho europeo prevén un control para todas las cláusulas no negociadas individualmente.

Es notable observar como los Principios de Unidroit, artículo 3.10, disciplinan expresamente el excesivo desequilibrio, previendo la posibilidad de anular el contrato o una cláusula que atribuya «injustificadamente a la otra parte una ventaja excesiva», en consideración del estado de dependencia, de las dificultades económicas, de las necesidades inmediatas o de la impericia, situaciones sufridas por la parte en desventaja.

Se concluye, de lo recordado, que el problema del contrato justo es objeto de una atención muy distinta de la que se le dio en el pasado. Y que ello trae un aumento de la discrecionalidad del juez, que no puede valerse de antiguas certezas.

Con toda razón concluye Vettori que para definir y actuar una justicia en el contrato, no constituye ayuda alguna un dato unificador, como ha sido en el

⁷⁶ De lo contrario, de no ser así, se estaría protegiendo la «heteronomía de la voluntad»; a las situaciones en las que la voluntad negocial es dirigida o gobernada desde afuera, por un tercero, que no es su titular.

⁷⁷ Ello acontece en los viejos códigos, en los decimonónicos, divorciados de la vida real de sus pueblos, de aquellos a quienes está destinado a servir. Afortunadamente la humanización de la relación contractual comenzó, entre nosotros, con la ley 17.711, en 1968.

⁷⁸ En la medida en que los códigos siguen aferrados a un derecho liberal-individualista, y las denominadas «leyes especiales» se inspiran en un derecho solidarista, humanizado.

pasado la voluntad o la capacidad de los sujetos; varía la constitución económica, el poder de negociación y el rol que es asignado a la autodeterminación de las partes y al contrato⁷⁹.

33.

Las nuevas figuras de desequilibrio comercial hacen que la atención al precedente no sea hoy suficiente; es necesaria una nueva actividad; sobre la base de nuevos recursos y de nuevas técnicas de protección⁸⁰. Se mencionan, entre ellas, las que refieren a la «disciplina de la actividad» que reacciona frente al contrato injusto⁸¹, cuyo objetivo es asegurar la cualidad o calidad de los contratos.

Para Irti se trata, en cambio, de «convertir la naturalidad del mercado en lo artificial de una institución jurídica»⁸². De tomar la conexión histórica y lógica entre una libertad de iniciativa económica y la disciplina de la competencia; de separar la tutela del poder de elección, asegurada por la disciplina de la competencia, de la tutela de la conciencia de la decisión, atribuida a la normativa sobre la publicidad; de distinguir entre acuerdos «negociados» e «intercambios sin acuerdo»; de plantearse el problema de los sujetos excluidos del mercado con políticas sociales que no alteren las reglas de la libre competencia.

Se solicita, por pluralidad de voces, que suenen en distintos continentes, la elaboración de una tutela «del consentimiento en los intercambios del mercado»; tutela que no puede ser atribuida solo a órganos administrativos y a magistraturas económicas.

Intervención poniendo límites a la autonomía privada con normas imperativas; y en lugar de configurar *fattispecie* bien delineadas, dictar disposiciones cuyo ámbito de aplicación sea indeterminado, con la esperanza de que nadie escape⁸³.

⁷⁹ SACCO (1997, III: 217).

⁸⁰ Las actuaciones administrativas, son un recurso novedoso; la nulidad y la integración por el juez, es otro de la misma índole; la defensa de la competencia y de la lealtad, etcétera.

⁸¹ JANNARELLI (1997), MENGONI (1997, II: 1 y ss.).

⁸² IRTI (1998: 549 y ss.).

⁸³ Todo lo expuesto y mucho más integra el denominado «nuevo derecho de los contratos», para el cual debemos trabajar.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNINI, Giogo
1991 *Un secolo di filosofia antitrust*. Bologna: Editrice Clueb.
- FACCHINI NETO, E.
2003 «Reflexoes histórico-evolutivas sobre a constitucionalizacao do direito privado», en WOLFGANG SARLET, I. (organizador). *Constituicao, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Ediciones Livraria do Advogado.
- FERRAZ DONNINI, R.
2001 *A Revisao dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Sao Paulo: Editorial Saraiva.
- FERREIRA DA SILVA, L.R
1999 *Revisao dos contratos. Do Codigo Civil a o Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Editorial Forense.
- GHESTIN, Jacques y Marc BILLIAU
1990 *Le prix dans les contrats de longue durée*. París: L.G.D.J.
- IRTI, NATALINO *et al.*
1998 «Persona e mercato» y «Scambi senza acordó». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffré.
1999 *Diritto e mercato*. Roma: Bari.
- JANNARELLI, L.
1997 «La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori», en *Diritto Privato europeo*. Padova: Dirección de Lipari.
- LECRERO, G.
1992 «Le bonne foi dans le execution des contrats». *Revue de Droit*. Montreal, Canadá.
- LIMA MARQUES, Claudia
2002 *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Sao Paulo: Editorial Revista dos Tribunais.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín
1969 *Estudio de la Reforma del Código Civil, Ley 17.711*. Buenos Aires: Ediciones Jurisprudencia Argentina.
- MENGONI, Luigi
1997 «Autonomia privata e Costituzione». En *Banca, Borsa e Titoli di Credito*.

MORILLO, Augusto Mario

1994 «Perfil actual y procedencia de la teoría de la imprevisión». *L.L. 152*. Buenos Aires.

MOSSET ITURRASPE, Jorge

1994 *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni.

1998 *Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni.

PERLINGIERI, Pietro

1997 *Perfis do Doreito Civile. Introducao ao Direito Civil Constitucional*. Río de Janeiro: Editorial Renovar.

PICOD, Yves

1989 *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrats*. París: LGDJ.

PINO, Augusto

1959 *La excesiva onerosidad de la prestación*. Barcelona: Editorial Bosch.

PORTO MACEDO, Ronaldo

1998 *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. Sao Paulo: Editorial Max Limonad.

RAYSER, Ludwig

1990 *Il compito del diritto privato*. Milano.

SABATINI, R.O.

1993 «La legislación antitrust y la actualidad argentina». *J. A.* IV, 805.

SACCO, L.

1997 «L'abuso della libertà contrattuale». *Diritto Privato*, III.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine

1997 «Transformación del contrato», en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, número 2.

VETTORI, Giuseppe

1996 *Persona e mercato*. Padova: Cedam.

1999 «Autonomía privada y contrato justo», reproducción de un informe desarrollado en marzo de 1999 en la Universidad Bocconi de Italia.

1999 *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*. Padova.

VIDELA ESCALADA, Federico

1968 *La causa final en el Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.