

REPARTO DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD
SOBREVINIENTE CON BASE EN LA EQUIDAD

1. El fallo anotado	57
2. La sentencia	91
3. El caso	91
4. El precio fijo, definitivo e inamovible	91
5. El modo subjetivista de concebir lo jurídico	92
6. Los fines del derecho	93
7. Función social del contrato	93
8. Imperatividad y usura	94
9. La lógica pura e iluminista	94
10. La petición de las partes	95
11. El reajuste como facultad judicial	96
12. La vuelta a la equidad	97

REPARTO DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE CON BASE EN LA EQUIDAD

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. La sentencia. 3. El caso. 4. El precio fijo, definitivo e inamovible. 5. El modo subjetivista de concebir lo jurídico. 6. Los fines del derecho. 7. Función social del contrato. 8. Imperatividad y usura. 9. La lógica pura e iluminista. 10. La petición de las partes. 11. El reajuste como facultad judicial. 12. La vuelta a la equidad.

1. EL FALLO ANOTADO

CNCiv., Sala A, agosto 11-978. Carozza de García, Ada F. y otro c. Edificio Centro Caballito y otro.

2ª instancia. Buenos Aires, agosto 11 de 1978.

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor *Vocos* dijo:

1º) La sentencia de 1ª instancia, por una parte, hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar opuesta por la codemandada "Pieniazek, S.A.", pero no obstante, le impuso las costas a la vencedora y, por la otra, hizo lugar a la demanda dirigida contra "Edificio Centro Caballito, S.R.L." cuya reconvencción fue desestimada. En consecuencia, se declaró válida la consignación efectuada al iniciar la demanda y sus respectivas ampliaciones, otorgándoseles fuerza cancelatoria. Las costas fueron impuestas a la vencedora.

El pronunciamiento fue apelado por ambas demandadas, quienes expresaron agravios a fojas 237/53, mereciendo la contestación de fojas 255/71.

2º) Desde que el eje fundamental del pleito gira en torno de la aplicación al caso de la teoría de la imprevisión, que la demandada invoca y los accionantes resisten, forzoso parece iniciar el examen estableciendo la naturaleza jurídica del contrato que vincula a las partes.

Al respecto, debo recordar ante todo que es materia de controversia —doctrina y jurisprudencia exhiben soluciones dispares— la solución al interrogante relativo a la naturaleza jurídica del contrato que tiene por objeto la adquisición del dominio de una unidad en un edificio a construir. Para una primera opinión, en tal supuesto se configura una hipótesis de compraventa de cosa futura, en tanto que otra corriente sostiene que se trata de una locación de obra con provisión por parte del locador de la materia principal, no faltando voces que sustentan una postura ecléctica.

Por mi parte, pienso que, en teoría, nada obsta a que el dominio de un inmueble pueda ser adquirido como consecuencia de un contrato de una u otra naturaleza, cuyo deslinde por lo demás, no siempre resulta claro en los hechos por la existencia de una no desdeñable *zona gris* que oscurece los límites de ambas figuras.

Y como en la especie no existen discrepancias sobre el punto, pues ambas partes coinciden en haber celebrado una compraventa, no voy a detenerme en el examen de la cuestión en la doctrina.

Acerca de la mentada coincidencia destaco que de “boleto de venta” titularon ellas al acuerdo instrumentado privadamente el 16 de enero de 1974 —reconocido como auténtico en esta causa— en el que se individua-

lizan como “vendedor” y “comprador” a todo lo largo del convenio, siendo corroborantes las demás expresiones utilizadas en las distintas cláusulas. Así, en la cláusula 1ª se declara que “el vendedor vende y el comprador adquiere” y después de individualizar el objeto se precisa “comprendiendo esta venta...”; al “precio de venta” alude la cláusula 3ª y a la “unidad que se vende”, la cláusula 5ª. Por lo demás, en toda la economía del contrato se advierte que lo regulado con precisión no es otra cosa que las obligaciones de pagar el precio, entregar la posesión y otorgar la escritura respectiva, sin que existan disposiciones específicas tendientes a regular el proceso de construcción, salvo las referencias de las cláusulas 2ª, que tiende sustancialmente a definir el objeto de la venta y 4ª cuya finalidad no es otra que autorizar modificaciones, menores, previsiones éstas que carecen de entidad para definir la naturaleza del contrato.

Y si a todo lo expuesto se agrega que tanto la actora como la reconviniendo, en sus respectivos escritos iniciales, no hacen referencia alguna a la locación de obra, e individualizan el contrato como “boleto de compraventa” y “operación de compraventa”, forzoso es concluir en que no es otra la naturaleza jurídica del convenio que vincula a ambas partes.

3º) Establecida la naturaleza jurídica de la relación contractual cuya subsistencia está aquí en tela de juicio, cuadra examinar si concurren los presupuestos que tornan aplicable la teoría de la imprevisión.

a) Por lo tanto, no es dudoso que por tratarse de un contrato bilateral, conmutativo y de ejecución diferida la compraventa que aquí se examina —idéntica es la conclusión si se la considera locación de obra— cae dentro del ámbito de actuación del remedio que consagra el art. 1198, 2ª parte del Código Civil.

La virtual uniformidad doctrinaria y la ausencia de cuestión al respecto torna inoficioso detenerse en este punto.

b) Como en la cláusula 3ª del boleto se estableció que el precio de venta sería “fijo, definitivo e inamovible”, el sentenciante declaró que “el empleo de tales expresiones ... es incompatible con la teoría de la imprevisión y, por el contrario, con ella se permite recuperar todo su vigor al principio *pacta sunt servanda*. En estos casos —agregó el juzgador— “la onerosidad sobreviniente entra en el área del negocio jurídico”.

Al insistir el recurrente en la procedencia de su planteo inicial, necesario resulta examinar el punto:

Acerca de la posibilidad de la renuncia anticipada a invocar la excesiva onerosidad sobreviniente, la doctrina se ha pronunciado en general por su validez, haciendo aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 513 del Código Civil. En tal sentido, Llambías sostiene que “no cabe duda alguna de la validez de los convenios que se hicieren sobre la teoría de la imprevisión, ya fuere para mantener aun en esa hipótesis la eficacia del contrato o para determinar su rescisión. Es una conclusión impuesta por el principio de analogía. Si se admite el pacto de asunción del caso fortuito (arg. art. 513), con mayor razón ha de admitirse el pacto similar relativo a la eficacia de la obligación pese a la ocurrencia de hechos contemplados por la teoría de la imprevisión” (conf. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 2ª ed., t. I, número 229, p. 284; asimismo Galli, E.V., sus adiciones a Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en General*, 6ª ed., t. I, N° 165 k, p. 192; Busso, R., *Doctrina de la Imprevisión*, Revista *La Ley*, t. 156, p. 1166; Bustamante Alsina, E.H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, N°

277, p. 113; Alterini, A. A., Ameal, López Cabana, *Curso de obligaciones*, vol. I, N° 866, p. 408; etcétera).

No existe, sin embargo, unanimidad en torno a la validez de la tal renuncia, cuya eficacia ha sido puesta en tela de juicio. Así, Borda ha sostenido que la cláusula por la que el deudor asume cualquier riesgo posible, es contraria a la moral y las buenas costumbres y por lo tanto inválida (conf. *La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 182, p. 264). Y para Mosset Iturraspe “lesión e imprevisión dan origen a un remedio en cuya vigencia está interesado el orden público económico, además de la moral social, y de ahí su imperatividad, incompatible con una renuncia anticipada” (conf. *Justicia Contractual*, p. 197, N° 1). Y el mismo autor destaca que, al declarar que “la revisión es un remedio que compromete al orden público y de allí su imperatividad”, la 3ª Recomendación de las Jornadas Sanrafaelinas de marzo de 1976 “apunta a la excesiva onerosidad sobreviniente” (conf. *loc. prec. cit.*, nota 4).

Por mi parte, sin emitir una opinión de carácter general y limitándome a la hipótesis que pudo tener gravitación en la decisión del caso, me inclino a creer, que, al menos cuando es formulada por la *parte fuerte* del contrato —caso de autos— la renuncia no es pasible de objeciones en cuanto a su validez.

Ahora bien, con referencia directa a la cláusula que estoy examinando —u otras de contenido similar— y su incidencia sobre el juego de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia presenta una evolución singular:

Hasta no hace mucho tiempo, la corriente mayoritaria sostenía que no es lícito utilizar fórmulas relativas a la inamovilidad del precio “para atraer compradores o asegurar operaciones inmobiliarias y luego am-

pararse en las variaciones de los costos para pedir la resolución del contrato cuyo cumplimiento resulta gravoso” (conf. CNCiv., Sala F, Revista *La Ley*, t. 118, p. 709) y se agregaba que “aquella cláusula importó para los vendedores asumir el riesgo derivado de la eventual alza de precios y jornales” destacándose además que “tal situación es incompatible con la teoría de la imprevisión” (conf. CNCiv., Sala D, Revista *La Ley*, t. 116, p. 1; E.D., t. 10, p. 726 y t. 114, p. 115).

Tal criterio, prevaleciente en los tribunales de esta Capital (conf. CNCiv., sala A, E, D., t. 29, p. 680, p. 680 y t. 67, p. 474; sala B, E. D., t. 40, p. 654 y J.A., t. 1978-I, p. 424; sala D, causas cit., y E.D., t. 38, p. 531; t. 58, p. 208 y t. 63, p. 467 Revista *La Ley*, t. 137, p. 276; t. 1976-B, p. 293; t. 1977-D, p. 186; t. 1975-A, p. 837; t. 1975-B, p. 316 sala E, Revista *La Ley*, t. 144, p. 537, fallo 21.120-S; Sala F, causa cit.; etc.) fue sin embargo objeto de críticas en la doctrina, especialmente cuando la inflación alcanzó proporciones desmesuradas (conf. Morello, A. M.; Tróccoli, A., *La revisión del contrato*, p. 60; Spota, A. G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Vol. III, N° 673, apart. j, p. 551; Ramírez, J. O., *La Teoría de la imprevisión y los mayores costos en la construcción*, *Sensus*, t. XV, 1975, sums. 7/8, p. 492; Alterini, A. A., *El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria: una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente*, Revista *La Ley*, suplemento diario del 23/6/78, p. 5, fallo 75.952).

Y ciertamente que bajo la influencia del verdadero huracán inflacionario que se desató a mediados de 1975 arrasando con la equivalencia de las prestaciones recíprocas, la jurisprudencia más reciente de este fuero, aunque sin exhibir una coincidencia total de fundamentos, se ha orientado firmemente en sentido contrario al de la que antes mencioné, admitiendo la pro-

cedencia de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente no obstante haberse establecido el carácter fijo e inamovible del precio fijado en el contrato (con. CNCiv., sala B, J.A., t. 1978-I, p. 418; Revista *La Ley*, t. 1977-C, ps. 536 y 553, E.D., t. 74 p. 237; sala C, E.D., t. 75 p. 336 y Revista *La Ley*, t. 1977-C, p. 538; Sala E, E.D., t. 76, 23-6-78, p. 5, fallo 75.952).

Comparto esta orientación que encuentra debido sustento legal en las previsiones del artículo 1633 del Código Civil, precepto cuya parte final deja a salvo la aplicación del remedio previsto por el artículo 1198, y que si bien está referido al sistema de ejecución por *ajuste alzada absoluto* en la locación de obra, resulta aplicable por analogía —artículo 16, Código Civil—, al supuesto de la compraventa de un departamento a construir (conf. CNCiv., sala C, Revista *La Ley*, t. 1977-C, p. 538; sala F, Revista *La Ley*, suplemento diario del 23/6/78, fallo 75.952).

Y debo destacar que ha gravitado decisivamente para inclinarme a aceptar el criterio aludido, el resultado de la referida interpretación, que permite obtener soluciones más valiosas desde el ángulo de la justicia conmutativa.

e) El siguiente punto a dilucidar está referido a la excesiva onerosidad sobreviniente respecto de la prestación a su cargo que invocó la reconviniente y el *a quo* desestimó, provocando la queja de la primera.

Por cierto que establecer si la onerosidad ha llegado a ser excesiva, tal como lo destacara Messineo, “es un punto librado al prudente arbitrio del juez del hecho” (conf. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 375).

Pero para determinarla es necesario partir del equilibrio inicial, del “equivalente querido” de que hablaba Maury al estudiar la causa en los contratos onerosos

(conf. Videla Escalada, F., *La causa final en el derecho civil*, ps. 92/6, nos. 213/25), cuyo mantenimiento ha de procurarse.

El remedio legal juega cuando “los efectos del contrato” a que alude el artículo 1198 en su parte final, “se han desquiciado con detrimento de la justicia conmutativa, que parte de considerar justa la proporción originaria” (conf. Mosset Iturraspe, J., *op. cit.*, p. 205, N° 3, apartado a).

La onerosidad excesiva de la prestación ha de medirse, pues, en relación a la prestación de la parte contraria, respecto de la cual, tanto la justicia conmutativa como los principios de la buena fe en la ejecución de los contratos (artículo 1198, 1ª parte) imponen mantener la inicial equivalencia.

Mas debo advertir —aquí juega un papel no desdeniable la naturaleza del contrato— que la comparación ha de efectuarse entre el valor pecuniario de las prestaciones sustanciales que derivan del contrato, representadas en la especie por la transmisión del dominio del inmueble y el precio de venta, respectivamente, ya que, según antes se estableció, las partes han celebrado un contrato de compraventa.

No es dable, pues, como lo exige el sentenciante, imponer la demostración de la incidencia, en los costos de la construcción del inmueble, del invocado —con razón como se verá— “acontecimiento extraordinario e imprevisible”, pues resulta suficiente demostrar su proyección sobre la relación de valores antes indicada.

Y bajo este enfoque, creo que la excesiva onerosidad que denuncia la reconviniente encuentra suficiente respaldo en la prueba aportada por ella.

En este sentido, la pericial rendida a fojas 192/6, que no ha sido objeto de objeción por las partes y de cuyas conclusiones no encuentro mérito para apartarme (ar-

título 476, Código Procesal), resulta más que elocuente al establecer que, al mes de noviembre de 1975, oportunidad en que la vendedora resistió extrajudicialmente el pago de una de las cuotas, el precio de la unidad ascendía a la suma aproximada de \$ 830.000. Incluso si se atiende a la fecha en que debió ser entregada la posesión del inmueble, esto es, al 30 de junio de 1975, y tomando los elementos proporcionados por el experto, se establece el valor de la unidad por el mismo procedimiento, se llega a la cantidad de \$ 585.900. Ni qué decir si se considera la relación a la época actual, donde el precio resulta poco menos que inexistente.

Y encuentro oportuno destacar que aun tomando el valor inicial que le fijara el experto y aplicando los índices oficiales del costo de la construcción —su exactitud durante el lapso que aquí se considera ha sido puesta en tela de juicio imputándosele no reflejar los precios reales— se llegaría al 30 de junio de 1975, a un valor de \$ 380.000, que ningún equilibrio guarda ya con el precio originariamente establecido.

Tales comprobaciones, por más que esta singular tarea de “actualizar” nos está quitando la capacidad de asombro y ya nada nos parece demasiado, tienen la entidad necesaria como para concluir en que es exacta la ruptura del equilibrio contractual denunciada por la vendedora.

d) He de examinar ahora si la señalada “excesiva onerosidad sobreviniente” ha sido consecuencia de “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”.

Hasta épocas recientes, una jurisprudencia sostenida había declarado en forma reiterada y, hasta podía decirse, virtualmente pacífica —algún precedente aislado no alcanzó a conmover la tónica general— que cuando el contrato se celebra en épocas de inflación, el

deterioro del precio no puede considerarse imprevisible y por ende no autoriza al remedio que contempla el artículo 1198, 2ª parte del Código Civil (conf. CS, E.D., t. 17, p. 690; CNCiv., sala A, t. 29, p. 628 y t. 42, p. 411; Revista *La Ley*, t. 118 p. 331; sala B, E.D., t. 23, p. 313 y t. 29, p. 626; sala C, E.D., t. 35, p. 735, Revista *La Ley*, t. 123, p. 485; sala D, E.D., t. 30, p. 747 y t. 53, p. 522, Revista *La Ley*, t. 116, p. 1; sala E, E.D., t. 64, p. 177; sala F, E.D., t. 12, p. 89 y t. 32, p. 356; Revista *La Ley*, t. 136, p. 385; t. 131, p. 875; t. 136, p. 398; t. 1975-B, p. 804; t. 118, p. 710; t. 140, p. 817, fallo 25.013-S, etc.).

Pero ya nuestra más autorizada doctrina había señalado que la teoría de la imprevisión resulta aplicable en relación con la depreciación monetaria, cuando de modo brusco y repentino se altera la natural evolución de la curva inflacionaria (conf. Llambías, J. J., *¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?*, E. D., t. 63, p. 881, cap. VII, apart. e; Borda, G. A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 175, p. 258, *La Reforma del Código Civil, Teoría de la Imprevisión*, E.D., t. 30, p. 831, N° 9; Spota, A.G., *Deudas dinerarias y teoría de la imprevisión contractual*, Revista *La Ley*, t. 116, p. 6, N° 9, y *Teoría de la imprevisión contractual: su aplicación en época de inflación monetaria*, Revista *La Ley*, t. 140, p. 452; Casiello, J. J., *La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código Civil*, Revista *La Ley*, t. 131, p. 1491, cap. V, b; Morello-Tróccoli, A. M., *op. cit.*, ps. 47/9; Alterini, A. A., *Improcedencia del reajuste de las deudas dinerarias*, J.A., t. 29-1975, p. 683, N° 28; Mosset Iturraspe, *Teoría General del Contrato*, p. 395, nota 34; Tejerina, W.; Cazeaux, P. N.; Moreno Dubois, E., *Obligaciones de dar sumas de dinero y depreciación monetaria. Indexación y teoría de la imprevisión*, Revista *La Ley*, t. 1956-B, p. 594, cap. IV; Piantoni, Ma-

rio A., *Desvalorización de la moneda como hecho extraordinario e imprevisible en la responsabilidad contractual*, Revista *La Ley*, t. 1976-C, p. 659; Trigo Represas, F.A., *Problemática jurídica en torno a la depreciación monetaria*, E.D., t. 71, p. 695, cap. II; Zannoni, E. A., *Revaluación de obligaciones dinerarias*, Buenos Aires, 1977, p. 40, N° 14; López Cabana, R. M., *La indexación de las deudas de dinero, estado actual y prospectiva*, J.A., t. 1976-III, p. 794, apartado VII, punto e).

Y en mi opinión, no es otra que la situación considerada por dicha doctrina la que autoriza el planteo de la reconviniente.

En efecto, como ya lo he destacado en otras oportunidades, con anterioridad a la fecha en que, de acuerdo con lo pactado, debió entregarse la posesión del inmueble, “se produjeron diversos hechos, fundamentalmente políticos, que tuvieron honda repercusión en la evolución del proceso económico nacional, traduciéndose en una aceleración del ritmo inflacionario que alcanzó niveles inimaginables al tiempo de celebrarse el contrato” (conf. mis votos en las causas de la sala registradas en E.D., t. 70, p. 312 y en Revista *La Ley*, suplemento diario del 23-6-78, p. 5, fallo 75.952).

El fenómeno aludido, que la jerga popular, con expresión burlesca no siempre del todo comprendida, denominó *el Rodrigazo* —hoy casi un vocablo jurídico, que campea en los repertorios de jurisprudencia— fue ante todo un hecho político.

Distintos sectores se disputaban la posesión del área de mayor influencia en el ámbito gubernamental. La actuación del ministro Rodrigo aparece como la expresión de uno de ellos; las convenciones colectivas, que demolieron sus esquemas, representan la respuesta del otro. No obstante sus proyecciones económicas, sobradamente conocidas, como disputa del poder que en

última instancia representaba, no puede dudarse que constituyó un fenómeno político.

Y en cuanto tal, un hecho contingente.

Pudo ocurrir así, o no. Pudo asumir estas formas, u otras, ni siquiera el detonante inmediato puede considerarse necesario. No descarto que algún analista político pudiera preverlo, aunque dudo que acertara demasiado, especialmente en cuanto a las proyecciones económicas de la disputa se refiere.

Tampoco excluye que algún economista profesional (o *amateur*) pudiera predecir —en su momento, claro está; no al modo de los *profetas retroactivos*, que luego aparecen por todos lados— el acaecimiento de alguna crisis.

Mas aunque así fuera —concesión que puede hacerse a quienes se han empeñado en ver un fenómeno puramente económico— no creo que dicha circunstancia, al margen de que es muy probable que se hubieran podido formular demasiadas precisiones, prive al fenómeno de su carácter de imprevisible, en el sentido que le otorga el artículo 1198, 2ª parte del Código Civil.

El citado texto legal, en su primera parte, al referirse al deber del contratante de obrar “con cuidado y previsión”, alude a la diligencia razonable que puede exigirse a todo individuo normal, y no va más allá.

Cierto es que el artículo 902 del mismo Código podría brindar sustento a exigencias mayores para quienes hacen de la construcción su profesión habitual. Tales exigencias, sin embargo —supuesto que alcanzaran a la vendedora—, en manera alguna podrían adquirir una dimensión tal como para imponerle que, en enero de 1974, pudiera predecir el *Rodrigazo* de junio de 1975.

Bien lo ha dicho Mosset Iturraspe, con expresiones cuya vehemencia comparto, que “resulta poco menos

que risueña la pretensión dirigida a considerar al Rodríguez como hecho ordinario y susceptible de ser anticipado con una diligencia media" (conf. *El reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente*, J.A., t. 1977-III, p. 546, apartado III).

Concluyo, pues, que el hecho político mencionado, en razón de sus proyecciones económicas, esto es, como determinante de la *hiperinflación*, configura, en la especie, el supuesto fáctico que justifica la aplicación del remedio que contempla el artículo 1198 del Código Civil.

Tal ha sido, por lo demás, el criterio sustentado por esta sala, con voto del doctor Jorge Escuti Pizarro, al que adherí, en la causa registrada en Revista *La Ley*, t. 1978-A, p. 451.

Y es esta, también, la tendencia en la que aparece firmemente orientada la jurisprudencia más reciente (conf. CNCiv., sala B, J.A., t. 1978-I, p. 418, Revista *La Ley*, t. 1977-C, ps. 536 y 553; E.D., t. 74, p. 237; sala C, E.D., t. 75, p. 336 y Revista *La Ley*, t. 1977-C, p. 438; sala E, E.D., t. 76, p. 322; sala F, Revista *La Ley*, suplemento diario del 23-6-78, fallo 75.952) posición que, con referencia específica al proceso de junio de 1975, ha sido compartida por una muy calificada doctrina (conf. Llambías, J. J., *nota cit.*, E.D., t. 63, p. 881 cap. VII, apartado e; Spota, A. G., *Compraventa de cosa futura o locación de obra e imprevisión contractual*, Revista *La Ley*, t. 1977-C, p. 543, punto 5; Mosset Iturraspe, J., *Justicia Contractual*, p. 222, N° 7 y *El reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente*, J.A., t. 1977-III, p. 545; Morello, A. M.; Tróccoli, A., *op. cit.* p. 58; Bianchi, E. T., *Sobre inflación e imprevisión*, J.A., t. 1977-III, p. 619; Alterini, A. A., *nota cit.*, Revista *La Ley*, suplemento diario del 23-6-78, p. 5; Casiello, J. J., *Reajuste de saldos de precio en las compraventas de lotes pagaderos en mensualidades. Teoría de la im-*

previsión, Revista *La Ley*, suplemento diario del 15-6-78; Ramírez, J. O., *La empresa constructora y la teoría de la imprevisión*, J. A., N° 5050 del 14-6-78; las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, a su vez, en marzo de 1976, declararon sobre el tema: “La inflación actual, desencadenada a partir de junio de 1975, es para los contratos anteriores a esa fecha un hecho extraordinario e imprevisible”).

e) Si bien declarando hacerlo sólo a mayor abundamiento, al enunciar los motivos que lo inducían a desestimar los planteos de la reconviniente, el juzgador sostuvo que aquélla había incurrido en mora al no haber entregado la posesión del inmueble vendido dentro del plazo contractualmente fijado al efecto.

Acerca de este punto, no obstante que la argumentación de la apelante contiene en este aspecto más énfasis que precisión, creo que, en definitiva, le asiste la razón también en este punto.

En efecto, como ya lo he señalado en el apartado e) de este considerando, al 30 de junio de 1975, esto es, al tiempo en que la posesión debió ser entregada —no es convincente la invocación de la vendedora de la inexistencia de un plazo cierto, argumentación que no resiste la confrontación con la lectura del boleto— el llamado *Rodrigazo* se había proyectado ya en el valor del inmueble en medida suficiente como para justificar el remedio legal que se examina.

En consecuencia, al haberse producido el hecho extraordinario e imprevisible cuando aún la vendedora se hallaba *in bonis*, el *factum* operó como un factor impositivo de la mora que frustró los efectos del vencimiento del plazo. Al respecto, no parece ocioso recordar que, conforme lo sostiene mayoritariamente la doctrina nacional, la imputabilidad constituye un presupuesto de la mora, sin cuya presencia carece de rele-

vancia el mero incumplimiento material, esto es, la simple disconformidad entre la conducta obrada y la debida.

f) Y aunque las partes no han planteado cuestión alguna sobre el punto, encuentro adecuado señalar que la recepción de los pagos de las cuotas números 17, 18 —juntamente con una cuota anual de \$ 4.650— 19, 20 y 21, hechos que tuvieron lugar los días 14 de julio, 5 de agosto, 2 de setiembre, 6 de octubre y 10 de noviembre, todos de 1975, no constituyen obstáculo para invocar ulteriormente la teoría de la imprevisión, especialmente si se tiene en cuenta que el proceso de *hiperinflación* prosiguió su marcha ininterrumpida hasta el momento en que la vendedora resistió el pago que le ofrecían los adquirentes.

No se advierte, pues, que exista una tácita manifestación de voluntad que obste a sus ulteriores planteamientos, desde que la recepción de los pagos aludidos bien pudo responder a otras razones. Incluso las vacilaciones que, máxime ante las conclusiones de la jurisprudencia entonces imperante, pudo haber tenido la vendedora, tampoco podrían constituirse en obstáculo para la admisión de su reclamo, habida cuenta que el proceso de *hiperinflación* continuó con posterioridad al rechazo del pago de las cuotas.

g) En suma, por tratarse de un contrato bilateral conmutativo de ejecución diferida, en el cual por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la prestación a cargo de la vendedora se tornó excesivamente onerosa, sin que dicha parte hubiera actuado culposamente incurriendo en mora, forzoso es concluir, no habiendo mediado renuncia anticipada ni ulterior a efectuar el planteamiento, que su invocación al remedio que contempla el artículo 1198, 2ª parte del Código Civil resulta procedente.

4º) Debo abordar ahora la cuestión relativa a los modos como puede operar el remedio legal de que se trata.

Para una corriente, tal vez todavía predominante, que formula una interpretación más ceñida a la literalidad del texto legal, el artículo 1198, 2ª parte del Código Civil sólo acuerda a la parte perjudicada el derecho de demandar la resolución del contrato, siendo del resorte exclusivo de la otra parte “impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato” (conf. Llabrás, J. J., *Tratado . . . Obligaciones*, 2ª ed., t. I, Nº 224, ps. 277/9 y *Estudio de la Reforma del Código Civil*, ps. 323/4; Borda, G.A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*, números 177 y siguientes, ps. 260/4, Molina, J. C., *Abuso del derecho, lesión, imprevisión*, p. 245; Bustamante Alsina, J., *op. cit.*, Nº 280, p. 114; López de Zavalía, F. I., *Teoría de los Contratos. Parte General*, p. 420; Cazeaux, P. N. —Trigo Represas F. A., *Derecho de las Obligaciones*, t. I, ps. 392/3; Alterini, A. A. - Ameal-López Cabana, *Curso . . .*, cit., t. I, Nº 868, p. 409; Masnatta, H., *La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato*, E.D., t. 23, ps. 886/7, números 18 y siguientes, etcétera).

Para otra tendencia, la excesiva onerosidad sobreviniente acuerda al perjudicado tanto la posibilidad de obtener la resolución del contrato como la de lograr su modificación mediante el ejercicio de la acción de revisión o reajuste.

En tal sentido, ha señalado Mosset Iturraspe: “No creemos que el artículo 1198 acuerde al perjudicado de manera exclusiva una acción o excepción por resolución del contrato y que, por el contrario, la revisión sea un derecho que sólo puede ejercer el contratante beneficiado”.

“Los argumentos vertidos para negar la opción al perjudicado —agrega el mismo autor— no nos parecen suficientes. Si bien es cierto que la ley habla de ‘resolución’ solamente, no niega la ‘revisión o modificación’ y más aun, se la concede al ‘beneficiado’. La extinción del contrato, por la vía de la resolución, importa un remedio mayor que debe, por lógica, encerrar otro menor, como la modificación. En un supuesto similar, como es el de lesión —artículo 954— se le concede al perjudicado la opción entre demandar la ‘nulidad o la modificación’. Conceder la ‘resolución’ y negar la ‘modificación’ contradice el principio superior de conservación del contrato. Y finalmente, no es razonable colocar al ‘beneficiado’ como árbitro de la subsistencia o extinción del contrato y negar igual derecho al ‘perjudicado’, puede este último tener interés en que el contrato vuelva a la equidad y no en que se extinga” (conf. *Teoría General del Contrato*, ps. 396/7; véase además, *Justicia Contractual*, ps. 226/8, N° 11).

Por mi parte, sin desconocer la autoridad de quienes integran la corriente doctrinaria que sostiene la posición opuesta, adhiero sin vacilaciones al criterio enunciado en último término, el cual, sin hacer violencia alguna en la letra de la ley, formula una interpretación integradora más acorde con el fundamento y finalidad del remedio legal examinado, al tiempo que ofrece un espectro más amplio de posibilidades para solucionar con equidad la compleja gama de conflictos que, en estos tiempos, genera la excesiva onerosidad sobreviniente.

Tal criterio, que tiene consagración legal en la legislación comparada más moderna (conf. artículo 437, Código Civil Portugués de 1967), ha recibido también la adhesión de un calificado sector doctrinario, particularmente sensible a los problemas que la inflación ha

provocado en las relaciones de la justicia y el contrato (conf. además de los ya citados trabajos de Mosset Iturraspe; Morello, A. M., *Ineficacia y frustración del contrato*, p. 267 y *La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato*, J. A., t. 1976-I, p. 678; Morello, A. M.-Tróccoli, A., *La revisión del contrato*, ps. 89 y siguientes, y 224/5; Spota, A. G., *Imprevisión contractual, lesión subjetiva, ofensa a la regla moral e indexación*, Revista *La Ley*, t. 1976-D, p. 198, N° 4; Casiello, J. J., *nota cit.*, Revista *La Ley*, t. 1978-B, p. 1006; debiendo mencionarse asimismo la declaración sobre *La imprevisión contractual* de las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil).

5°) En la especie, la litis quedó inicialmente trabada en términos que pueden ser calificados de rígidos sin incurrir en exageración. Pareciera como que ambos contratantes hubieran jugado a *todo o nada* la suerte de sus intereses comprometidos en el contrato.

Limitada la demanda a la consignación de una de las cuotas que integraron el saldo de precio, el pago fue resistido por la demandada, quien, invocando la excesiva onerosidad sobreviniente, pretendió por vía reconvenzional la resolución del contrato. Esta última pretensión fue, a su vez, resistida por la compradora, la cual, sin ofrecer en momento alguno "mejorar equitativamente los efectos del contrato", se limitó a sostener la improcedencia del planteo de la contraria. Sin embargo, dictado el pronunciamiento de 1ª instancia con el alcance que recordé en el considerando 1° y traída la causa al conocimiento del tribunal, en tanto la parte actora mantuvo su posición inicial en toda su rigidez, la reconviniente exhibió una postura más flexible. En efecto, al mantener el recurso, si bien insistió sobre la resolución del contrato, ofreció en primer término la restitución de las cuotas del precio pagadas por el comprador "in-

dexadas desde la fecha de cada pago hasta la del depósito efectivo". Además, para la hipótesis de confirmarse el pronunciamiento apelado, solicitó eventualmente que "se adecúen las cuotas de compra de la unidad objeto de este juicio, hasta la total cancelación de las mismas, indexándoselas tomando como base los índices de la fecha de firma del contrato y comparándolos con los de las fechas de cada pago". Acerca de esta última petición la accionante se pronunció al contestar los agravios solicitando su rechazo fundándose en la cláusula que estableció un "precio fijo, definitivo e inamovible".

6º) Y bien, sobre la base de dichos antecedentes es necesario establecer con qué alcances ha de operar en el caso la teoría de la imprevisión, para el pronunciamiento, consultando las exigencias de la equidad, satisfaga adecuadamente los legítimos intereses de ambas partes.

a) Al respecto, debo señalar ante todo —carácter previo reviste definir los poderes del tribunal— que la oportunidad en que han sido introducidos los nuevos planteos por la reconviniente no constituye óbice decisivo para su admisión.

En tal sentido, destaco que, en mi opinión, en todos los supuestos en que una de las partes pretende el cumplimiento literal del contrato y la otra persigue su resolución, deben considerarse, en principio, sometidas a la potestad jurisdiccional todas las hipótesis en que, como en el caso del reajuste equitativo del precio, desde el punto de vista de su incidencia en el patrimonio de las contratantes en conflicto, pueden ser consideradas intermedias (advierto que esta solución es moneda corriente en materia de responsabilidad extracontractual cuando ambas partes se la atribuyen mutuamente y la sentencia declara la existencia de culpa concurrente y distribuye el daño).

Pero además parece preciso remarcar que, en el presente caso, las modificaciones de su pretensión inicial que introdujo la reconviniente, plantean supuestos que —admitida la teoría de la imprevisión— resultan menos gravosos para la contraparte que la resolución lisa y llana del contrato.

Y como, por otra parte, el derecho de defensa ha quedado a salvo mediante la pertinente sustanciación, no advierto obstáculo, según ya lo anticipé, para su admisión en esta instancia.

b) Definir el modo y los alcances con que la teoría de la imprevisión, cuya procedencia ya ha sido demostrada, debe operar sobre la relación contractual que aquí se examina, requiere volver, siquiera someramente, sobre los fines que la ley tuvo en miras al reconocer el derecho —del caso encuentro usar la fórmula del artículo 1071— e invocar la excesiva onerosidad sobreviniente.

Fundamentalmente, la teoría de la imprevisión constituye un arbitrio cuya finalidad no es otra, en primer término, que procurar el restablecimiento del equilibrio inicial —el “equivalente querido” al que antes hice referencia— desquiciado por la excesiva onerosidad sobreviniente.

Tal finalidad, como lo destaca Morello, “se puede obtener mediante diversos procedimientos. Así, por medio de la reducción o potenciación de las prestaciones o también cuando no sea posible restablecer aquel equilibrio, desembocar en la resolución del contrato” (conf. *Ineficacia y frustración del contrato*, p. 274).

Mas bueno es precisar, con López de Zavalía, que “ante el caso imprevisible, lo que la ley quiere es evitar el perjuicio, y en manera alguna convertir al ‘perjudicado’ en un beneficiado” (conf. *op. cit.*, p. 419; asimismo, Mosset Iturraspe, J., *Justicia Contractual*, p. 229).

Así se pronunciaron, además, las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, al aprobar la siguiente recomendación: La vuelta a la equidad no debe significar la inversión de los roles, el castigo para el beneficiado y el premio para el perjudicado, sino el retorno, en lo posible, al contrato originario.

Y si la indicada constituye una de las barreras que delimitan el juego del remedio en examen, otra la representa la necesidad de adecuar la protección legal a la tutela del legítimo interés contractual del perjudicado y no ir más allá, máxime cuando existe el riesgo de lesionar los intereses de la contraparte, que es merecedora de una no menor protección.

Finalmente, en consecuencia con el principio de conservación del contrato, parece aconsejable el criterio que propicia el reajuste o revisión del contrato en todos los casos que sea posible, limitando el remedio de la resolución o rescisión a los supuestos que no toleran la revisión o el reajuste no conduce a una solución satisfactoria (conf. Morello, A. M., *Ineficacia...*, p. 275).

En la especie, donde la vendedora demandada es la sociedad "Edificio Centro Caballito, S.R.L.", constituida con el objeto principal de construir un edificio —allí se encuentra el departamento vendido a los actores— para su venta en unidades por el régimen de la propiedad horizontal, no es dudoso que su legítimo interés contractual está representado por la utilidad que, de haberse mantenido el equilibrio inicial del contrato, debió representarle el precio de venta.

Y como del acta de la audiencia a la que convocara el juzgador resulta, por el propio reconocimiento de la vendedora, que el edificio se encuentra terminado, de lo cual es dable inferir que el desequilibrio de las prestaciones que aún subsiste está determinado por el envilecimiento del precio, producto de la depreciación mone-

taria, necesario es concluir en que el remedio legal de que se trata debe operar en el caso por la vía de la revisión del contrato.

Es cierto que el reajuste pretendido por la vendedora, lo ha sido en forma subsidiaria en su reclamo resolutorio, pero tal circunstancia no me disuade de la solución indicada. El *aguamiento* de la moneda, según la gráfica expresión de Morello y Tróccoli (conf. *La revisión...*, p. 24) que ocasionó el deterioro del precio, encuentra su remedio adecuado en el prudente reajuste del saldo impago, sin que sea necesario recurrir al drástico remedio de la resolución del contrato. Claro está que esta última solución le resultaría mucho más beneficiosa a la vendedora, pero de lo que se trata es de preservarla de los efectos nocivos del *factum* imprevisible —finalidad legal que satisface el reajuste— y no de liberarla de su compromiso para permitirle —ya terminado el edificio (en parte con los fondos que adelantaron los accionantes)— lanzarse a la realización de una venta más ventajosa para ella.

Y si todavía se tienen en cuenta, ya desde el ángulo de los compradores, que éstos son verosíblemente personas de recursos modestos —la superficie de la unidad y la forma de pago inducen a presumirlo— la conclusión anterior se ve robustecida. En efecto, aun cuando se dispusiera el reajuste de las sumas que, de admitirse la resolución del contrato, deberían serles restituidas a los adquirentes, ellas no alcanzarían a equiparar el porcentaje del precio oportunamente pagado y, por lo demás, ni siquiera les permitiría —otras son en la actualidad las condiciones de financiación— la adquisición de otra unidad más pequeña.

Como fácilmente se advierte, estos perjuicios, de marcado contraste con los presumibles beneficios aludidos en el párrafo precedente, resultan inconciliables

—unos y otros— con la finalidad que, según se ha visto, persigue la teoría de la imprevisión, por donde debe concluirse que la resolución pretendida resulta repugnante a la norma contenida en el artículo 1071 del Código Civil, que veda el ejercicio abusivo de los derechos.

e) Se impone, pues, el remedio de la revisión del contrato.

Y la cuestión que de inmediato aparece no es otra que la relativa a la función del juez, y al criterio que, a falta de acuerdo de las partes, debe presidir la revisión del convenio.

Acerca de la denominada *reductio ad equitatem*, ya entre los primeros comentaristas de la reforma de 1968 quedó planteada la discrepancia. Así, para Llam-bías, “el fin que debe guiar al magistrado, en la revisión de que se trata, ha de ser expurgar el viejo contrato de la flagrante injusticia sobreviniente, de manera de restablecer el convenio en condiciones tales que, manteniéndose en lo posible la ecuación de las prestaciones, se elimina la ‘estridencia’ de la desproporción entre ellas, que es lo que ha hecho necesario recurrir al remedio heroico de la teoría de la imprevisión”. Y su pensamiento queda fijado con la mayor precisión cuando señala que “el resultado será que el evento acontecido seguirá actuando a favor del acreedor y contra el deudor, aunque no con la brutal intensidad de los hechos ocurridos, y a la postre el acreedor habrá realizado un buen negocio, como el deudor un mal negocio, pero en términos aceptables”, como también cuando concluye que “la teoría de la imprevisión no es un dispositivo que le permita a alguien desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia” (conf. *Ley 17.711: Reforma del Código Civil*, J.A. doctrina, 1969, N° 16,

apartado IV, b, p. 67; también *Estudio...*, cit., ps. 325 y siguientes; y *Tratado... Obligaciones*, 2ª ed., t. I, N° 225, p. 281).

Borda, por su parte, sin desconocer la lógica del desarrollo precedente, manifiesta su disidencia con dicho criterio. “Es verdad —señala este prestigioso autor, de tan gravitante intervención en la reforma— que no cualquier desequilibrio de las prestaciones permite la intervención del juez para restablecer la equidad; pero cuando se han dado las condiciones para que intervenga, su decisión no puede ser otra que hacer reinar la equidad en la medida de lo posible. El papel del juez no puede limitarse a procurar una ‘razonable injusticia’; desde que la ley le da derecho a intervenir, su fallo debe consagrar una justicia, una equidad sin calificativos ni restricciones; hacerlas reinar en todo su esplendor. Claro está que esa equidad se logra a través de una reducción del ‘quantum’ de las prestaciones excesivas; y si la directriz esencial debe ser establecerla conforme a una rigurosa equidad, el juez no puede dejar de obrar con prudencia, lo que significa que en la duda de cuál es el monto verdaderamente equitativo, debe inclinarse por el que más se acerque a las condiciones pactadas” (conf. *La Reforma del Código Civil - Teoría de la Imprevisión*, E.D., t. 30, p. 833, N° 14; y también en *La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 180, p. 263).

Dentro de estos carriles se ha movido en general nuestra doctrina, ya presentando su adhesión a una de dichas posiciones, ya acuñando nuevas fórmulas con matices diversos.

No voy a detenerme, sin embargo, en el examen pormenorizado del matizado espectro doctrinario, porque ello obligaría a un extenso desarrollo, que aquí no parece necesario.

Por lo demás, advierto que las divergencias, en la mayoría de los casos, son más aparentes que reales y tienen proyecciones prácticas muy limitadas. En buena medida obedecen a la dificultad que presenta la elaboración de una fórmula conceptual que pretenda abarcar una realidad infinitamente compleja. Me atrevo a decir incluso que los dos criterios antes expuestos, tan distantes en el plano conceptual, han de acercarse notablemente frente a la decisión del caso concreto.

Y no puede ser de otra manera. Se trata de una “vuelta a la equidad”, según bien se ha dicho, y la equidad —no, en sí misma, sino en relación a un género determinado de realidades humanas— es sumamente rebelde frente a las elaboraciones conceptuales.

Sucede con la equidad algo semejante a lo que ocurre con el amor, que a los ojos del científico aparece como un laberinto inextricable, mientras que es clara y simple evidencia para el enamorado.

Y frente al caso sometido a su decisión que demanda un remedio de equidad, el camino del juzgador hacia el encuentro de la solución, habrá de pasar mucho más cerca de la intuición del enamorado, que del riguroso método del científico. Como repetía insistentemente, en esta misma sala, el doctor Rodolfo de Abelleyra, “la sentencia es una intuición de justicia”. Y tal expresión, que involucraba una reacción contra alguna jurisprudencia de conceptos que no siempre exhibió hacia los resultados de su interpretación una preocupación análoga a la que tuvo por la pureza de sus construcciones científicas, cobra en estos tiempos especial actualidad.

Claro está que no se trata de una intuición totalmente inocente pues la propia cultura jurídica del juzgador opera como un condicionante no desdeñable.

Pero dicha circunstancia, que sin duda influye especialmente en la apreciación de las circunstancias de personas, lugar y tiempo, no extraña la cuestión del ámbito antes señalado.

d) Con este enfoque, que en modo alguno desdeña las pautas enunciadas por la doctrina, debo ponderar las particularidades del caso para proceder a la revisión del contrato.

Al respecto, destaco ante todo que el propio texto del boleto es suficientemente revelador de que la vendedora ha sido la *parte fuerte* del contrato.

Por otra parte, si bien la cláusula que establece el precio "fijo, definitivo e inamovible" no impide el juego de la teoría de la imprevisión, dicha estipulación aporta indudablemente un elemento del que no cabe prescindir para la revisión.

Es igualmente computable el hecho de haberse constituido la sociedad, tal como surge del contrato social cuya copia obra a fojas 130/3, para la construcción y venta del edificio en el que se encuentra la unidad a que se refiere el presente juicio, lo cual torna verosímil que, más allá de la unidad que, desde el punto de vista jurídico, representa cada contrato, el negocio, en su aspecto económico, haya sido concebido por la vendedora como una totalidad única.

Desde otro ángulo, debo advertir que, con anterioridad al rechazo de la vendedora, los adquirentes habían pagado prácticamente la tercera parte del precio (\$ 5.347,50 a la firma del boleto; 21 cuotas mensuales de \$ 697,50 y 2 cuotas anuales de \$ 4.650), sin haber recibido la posesión; y que, luego, han consignado en autos, diversas cuotas hasta alcanzar un importe total de \$ 53.545 que representa el 57,58 % del precio originariamente convenido.

Además, como antes lo señalé, las dimensiones de la unidad y las condiciones de pago hacen presumir que los compradores son personas de modestos recursos, y no es dable desatender al hecho del empobrecimiento —la comparación entre el índice del salario del peón industrial y el de los precios al consumidor no deja lugar a dudas— que, en los últimos años, han sufrido las personas de dicha condición económica.

Tales son los principales elementos que, unidos a la consideración del tiempo transcurrido y al desarrollo del proceso de depreciación de nuestra moneda, deben ser tomados en cuenta para disponer la revisión del contrato.

e) Por cierto que un contrato de la naturaleza del que aquí se considera, que es una compraventa de cosa futura, pero cierta —ya existente, por lo demás al tiempo de este pronunciamiento— no tolera otra modificación que la que pueda recaer en la obligación a cargo del comprador. Y en relación al saldo de precio, que es la obligación del adquirente aún no satisfecha, la “vuelta a la equidad” solamente puede tener lugar por vía del incremento del precio, de la reducción de los plazos o de la combinación de ambos.

En la especie, la incidencia del proceso de depreciación monetaria y la evolución de la capacidad de pago de los actores de modestos recursos económicos, me persuade de la necesidad de desechar las dos soluciones indicadas en último término, esto es, la reducción de los plazos y la combinación de ésta con el incremento del precio.

Dicha exclusión, que reduce en el caso la posibilidad de la revisión al incremento del saldo de precio, solución que, al limitar la modificación al mínimo indispensable, es la que mejor satisface el principio de conservación del contrato.

f) Acerca del *quantum* del reajuste del saldo de precio, habida cuenta de las modalidades de pago establecidas en el contrato, que propicio respetar, encuentro adecuado dejar sentado aquí sus bases y diferir para la etapa de ejecución de sentencia la determinación del monto resultante.

Y sin que ello signifique adhesión alguna a un criterio matematizante en la aplicación de las soluciones de equidad, de la cual es propia la consideración de las circunstancias del caso, creo que en esta causa es prudente partir de la evolución de los costos de la construcción que registra el índice respectivo del Instituto Nacional de Estadística y Censos.

Pero dicha aplicación no puede efectuarse en forma lisa y llana pues ello importaría tanto como desplazar sobre los adquirentes el peso de la “hiperinflación” contradiciendo las pautas antes indicadas.

Las características del negocio e incluso la limitada finalidad de la sociedad vendedora, hacen presumir que en el precio establecido que se pagaba en 6 años, ha sido incluida la pérdida verosímil del valor de la moneda estimada para ese lapso. Por lo demás, es lo que la enajenante debió hacer obrando con cuidado y previsión según se lo imponía el artículo 1198, 1^a parte del Código Civil.

En consecuencia, el reajuste que debe hacerse sobre las cuotas posteriores a la negativa a recibir los pagos —la aceptación sin reservas de las anteriores constituye un obstáculo para su revisión— sólo puede comprender el incremento de tales valores en la medida que exceda los porcentuales que, en función de la curva *natural* —válgame la expresión— de la inflación, deben considerarse que fueron previstos o que debieron preverse al fijar el precio “fijo e inamovible”.

Y teniendo en cuenta la evolución que, según las informaciones suministradas por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, han tenido los costos de la construcción —directa en su incidencia sobre el valor de la propiedad inmueble urbana— durante los últimos años, considero que el incremento previsto o, en todo caso, previsible, puede establecerse en el orden del 75 % anual, por lo que el reajuste de las cuotas deberá efectuarse en tanto los aumentos superen dichos porcentajes.

Pero como ya lo he señalado con anterioridad, la revisión del contrato no puede traducirse en una inversión de papeles, lo cual impone computar la capacidad de pago de los adquirentes, considero equitativo que el reajuste no supere en ningún caso los importes que resulten de aplicar al monto de las cuotas el índice del salario del peón industrial, incrementado en un 5 %.

g) En suma, a partir de la cuota de noviembre de 1975, las cuotas que integran el saldo impago del precio —incluida la que debe abonarse contra la entrega de la posesión— deberán ser reajustadas de acuerdo con el índice del costo de la construcción en la medida que exceda el porcentaje del 75 % anual y hasta un máximo que no supere en más del 50 % el incremento por aplicación del índice del salario del peón industrial.

Con ese alcance, en cuanto a la revisión del contrato, han de acogerse las pretensiones de la codemandada “Edificio Centro Caballito, S.R.L.”, debiendo declararse las costas de 1ª instancia en el orden causado por estar en juego cuestiones dudosas de derecho que han provocado discrepancias jurisprudenciales y porque la solución que propicia está equidistante de las posiciones sostenidas por ambas partes (artículo 68 y arg. artículo 71, Código Procesal).

7º) Las precedentes conclusiones se proyectan sobre la pretensión de imponer el pago de las cuotas que persigue la demanda por consignación y sus sucesivas ampliaciones.

Y para apreciar la situación resultante parece apropiado destacar ante todo que, admitida la existencia de la excesiva onerosidad sobreviniente invocada por la vendedora, no era dable exigirle que aceptara sin más los pagos que le ofrecían los adquirentes, pues su aceptación cancelaría su derecho al reajuste de las cuotas ya percibidas.

Pero la mentada onerosidad, sobrevinida fundamentalmente cuando la unidad vendida debió estar virtualmente terminada, tampoco lo autorizaba a rechazar el pago pretendiendo la resolución del contrato, cuando su legítimo interés quedaba satisfecho mediante un razonable incremento del precio, como el que aquí se establece.

No se vea, en los expuestos, sin embargo, una crítica a la actuación de ninguna de las partes; tanto la vendedora al pretender la resolución, como los adquirentes al ampararse en la cláusula de precio fijo e inamovible, se atuvieron a la jurisprudencia entonces prevaleciente.

Pero lo cierto es que, promovida la demanda por consignación, a la vendedora le bastaba con aceptar el pago con la reserva de reclamar el reajuste, que pudo pretender por vía de reconvencción. De tal manera al tiempo que, evitaba la posibilidad de un perjuicio, innecesario pero que fatalmente se produciría por la pérdida de valor de los depósitos durante el transcurso del pleito, protegía suficientemente su legítimo interés contractual.

En realidad, no obstante que la circunstancia de haberse dispuesto el reajuste en este pronunciamiento

una cierta atipicidad le confiere, la situación resultante guarda resaltante analogía y debe, por ende, decidirse de acuerdo a los mismos principios, con la hipótesis en que la deuda es en parte líquida y en parte ilíquida. En tal supuesto, que contempla el artículo 743 del Código Civil, “podrá exigirse por el acreedor, y deberá hacerse el pago por el deudor de la parte líquida, antes de que pueda tener lugar el pago de la que no lo sea”. Y si bien el precepto aludido se refiere a la facultad del acreedor y al correlativo deber del deudor, la doctrina y jurisprudencia han interpretado que si el deudor o un tercero (artículos 727, 728 y 729, Código Civil) depositan en calidad de pago la totalidad de la parte líquida de la deuda, el acreedor está obligado a aceptarlo, sin que pueda argüir que se trata de un pago parcial (conf. CNCiv., sala A, causas 16.947 del 7/9/71, y E.D., t. 42, p. 394 y t. 50, p. 422; sala C, E.D., t. 44, p. 332; t. 48 p. 485 y t. 71, p. 172 Revista *La Ley*, t. 1977-A, p. 509; sala D, causas 77.304 del 8/11/61 y 82.190 del 1/10/62; Busso, E., *Código Civil anotado*, t. V, p. 484, N° 58; Llambías, J.J., *Tratado... Obligaciones*, t. II, N° 1472, ps. 804/5; Colmo, A., *De las Obligaciones en General*, 3ª ed., N° 586, p. 408; Rezzónico, L. M., *Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*, 9ª ed., t. I, p. 760; Cazeaux, P. N.-Trigo Represas, F. A., *op. cit.*, t. II, volumen 2, ps. 106/7; etcétera).

Con ese alcance, esto es, con la salvedad de que los depósitos importan la realización de pagos que solamente alcanzan a la parte líquida de cada una de las fracciones de la deuda que representaban las distintas cuotas, corresponde mantener lo decidido por el sentenciante.

Ahora bien, como la sentencia que admite la validez de la consignación que reúne las condiciones debi-

das opera retroactivamente a la fecha de los respectivos depósitos (conf. Llambías, J. J., *op. y t. prec. cit.*, 1570, ps. 897/8) se impone que el reajuste de cada cuota, según el criterio que antes indiqué, sea efectuado a la fecha en que surte efecto el pago de la parte líquida que a ella corresponde. Entonces, homogeneizada la moneda, deberá deducirse la parte pagada, para recién luego, reajustar nuevamente el saldo resultante, según el mismo criterio, hasta el momento en que se lo liquide en forma definitiva.

8º) Resta sólo considerar el agravio de la code mandada "Pieniazek, S.A.", respecto de la cual el juzgador admitió la defensa de falta de legitimación pasiva para obrar, opuesta por la nombrada, pero le impuso las costas por considerar que "ha sido nada más que ella quien con su conducta o, mejor dicho la de sus integrantes, obligó al actor a demandar en la forma que lo hace".

No dudo que, en cuanto pretende ser eximida de las costas de la contraria, la queja de la demandada es procedente.

En efecto, como ya he tenido ocasión de destacarlo, la imposición de costas al vencedor tiene carácter excepcional (conf. esta sala, causas 209.286 del 30/8/76; 216.792 del 6/6/77 y 218.661 del 30/8/77; Palacio, L., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., t. I, N° 116, p. 267) y siendo, por ende, de interpretación restrictiva, requiere la cabal demostración de la concurrencia de los extremos que contempla el artículo 76 del Código Procesal, norma que, en sustancia, prohíbe el abuso del derecho a requerir el amparo jurisdiccional (conf. esta sala, causas 21.633 del 7-3-78 y 216.753 del 6-5-78).

Y encuentro claro que, en la especie, donde la recurrente fue demandada por los actores, ninguna rela-

ción existe con los supuestos que contempla la norma referida.

Me inclino, en cambio, por declarar las costas en el orden causado, habida cuenta que las circunstancias que han rodeado el desenvolvimiento de la relación jurídica que dio origen al pleito han podido inducir a los actores a estimar procedente dirigir su reclamo contra ambas sociedades (artículo 68, Código Procesal).

En tal sentido, oportuno resulta destacar la estrecha vinculación existente entre ambas, tal como surge tanto de la audiencia convocada por el juzgador, como de la documentación emanada de la vendedora que atribuye alternativamente a “Edificio Centro Caballito, S.R.L.” o “Pieniazek, S.A.” (plano adjunto al boleto, también suscripto por vendedora y comprador) el carácter de constructor del inmueble, e incluso de los documentos (recibos) otorgados por la propia apelante, que aparece percibiendo a nombre propio la totalidad de los pagos, todo lo cual, unido al hecho de que las dos sociedades tienen el mismo domicilio, ha podido crear una razonable duda acerca de la independencia de ambas firmas.

9º) En definitiva, por las razones expuestas, voto por que se confirme la sentencia apelada en cuanto admite la validez de las consignaciones pero modificándola en el sentido de que ellas cubren únicamente la parte líquida de las cuotas a que se refieren los distintos depósitos; por que se la confirme igualmente en cuanto desestima la reconvenición por resolución de contrato, pero ampliándosela con el alcance de admitir su revisión mediante el reajuste del saldo de precio con la extensión indicada en los considerandos 6º apartado g) y 7º *in fine*; y por que se la revoque con lo referente

a las costas de 1ª instancia, que propicio declarar por su orden.

En cuanto a las costas de la alzada, habida cuenta del resultado de los recursos y máxime teniendo en cuenta la existencia de orientaciones jurisprudenciales diversas, considero que también deben ser impuestas en el orden causado

La regulación de los honorarios deberá efectuarse una vez fijadas las retribuciones por los trabajos cumplidos en 1ª instancia.

El doctor *Escuti Pizarro* votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Vocos*.

Por lo que resulta de la votación del acuerdo que instruye el acta precedente se resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto admite la validez de las consignaciones, pero modificándola en el sentido de que ellas cubren únicamente la parte líquida de las cuotas a que se refieren los distintos depósitos; 2) confirmarla igualmente en cuanto desestima la reconvenición por resolución del contrato, pero ampliándosela con el alcance de admitir su revisión mediante el reajuste del saldo de precio en la extensión indicada en los considerandos 6º, apartado y 7º *in fine*; 3) revocarla en lo referente a las costas de primera instancia que se declaran por su orden; 4) imponer las costas de alzada también en el orden causado. La regulación de los honorarios deberá efectuarse una vez fijadas las retribuciones por los trabajos cumplidos en 1ª instancia.

El doctor de Igarzábal no interviene por encontrarse en uso de licencia (artículo 109, Reglamento para la justicia nacional). *Francisco A. Vocos*. *Jorge Escuti Pizarro* (sec.: Jorge Noro Villagra).

2. LA SENTENCIA

La sentencia de la sala A, que comentamos con sumo agrado, es un ejemplo de la flexibilidad que el Derecho puede adquirir ⁽¹⁾, en manos de jueces preocupados por llegar a la justicia del caso o para el caso sometido a su decisión; disposición de ánimo que opera con base en la experiencia jurídica y en el logos de lo razonable ⁽²⁾ más que en la exégesis fría, el silogismo matemático o la subsunción descarnada.

3. EL CASO

Se parte del caso, una compraventa de cosa futura en la cual el vendedor aparece perjudicado grandemente por los efectos de la agudización del proceso inflacionario, en junio de 1975, con la reducción del poder adquisitivo de las cuotas en dinero que como precio de compra se abonan; y a través de un proceso dialéctico arduo pero diáfano, que tiene muy en cuenta las circunstancias que rodearon al negocio, su atmósfera, y la situación de las partes. Luego de ocurrido el hecho extraordinario e imprevisible, se llega a un reajuste de la prestación del comprador inspirado en la equidad ⁽³⁾.

4. EL PRECIO FIJO, DEFINITIVO E INAMOVIBLE

En el contrato se había pactado la inamovilidad del precio, frente a cualquier evento. El erudito voto

⁽¹⁾ CARBONNIER, J., *Derecho flexible*. Ed. Tecnos, Madrid.

⁽²⁾ RECASÉNS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Unam, México, 1971.

⁽³⁾ No en una equidad-benevolencia o pietista, extraída de fuera del Derecho, sino en una equidad con raíces aristotélicas, plenamente jurídica, dichosa correctora de la justicia. Remitimos a nuestra obra *Justicia contractual*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1977.

del juez Vocos discurre sobre los alcances de una cláusula semejante: Si configura renuncia a la facultad de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente; si, en su caso, tal renuncia es admisible; la asimilación de una contratación sujeta a dicho álea con la asunción del caso fortuito...

El recurso a la analogía, entre los institutos de los artículos 515 y 1198, 2ª parte, como argumento para admitir la renuncia a la revisión por excesiva onerosidad o desequilibrio sobreviniente, merece algunas consideraciones.

5. EL MODO SUBJETIVISTA DE CONCEBIR LO JURIDICO

Cuando se piensa en el contrato como mero acuerdo de intereses contrapuestos, como negocio destinado a reglar derechos subjetivos, se asume una óptica que, además de nominalista y voluntarista, prescinde del modo objetivista de concebir las relaciones sociales, que ve en ellas un ordenamiento para el bien común, para rendir culto al individualismo subjetivista (4). Para esta concepción el negocio jurídico es el ámbito adecuado para los derechos egoístas, que sólo atienden al interés particular (5). Las normas que regulan la materia sólo son imperativas en lo estructural o sea en la determinación de los requisitos o elementos sustanciales, genéricos y de cada figura típica en particular. Todo lo demás puede ser objeto del acuerdo. De ahí que no haya límites para la renuncia, abandono o abdi-

(4) VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, ediciones universitarias de Valparaíso, Santiago, 1976. DE FRAY Ph. I. André VINCENT, O. P., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Ed. Gherzi, Buenos Aires, 1978.

(5) DABIN, J., *El derecho subjetivo*, trad. de F. J. Usset, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1955.

cación de meros derechos subjetivos, en cuya vigencia está sólo interesado su titular.

6. LOS FINES DEL DERECHO

El modo objetivista si bien no desconoce las prerrogativas o facultades de las personas, piensa que sobre ellas no existe una titularidad absoluta, que permita un ejercicio librado a la propia iniciativa, o al inmoderado y excesivo amor que uno tiene a sí mismo, con olvido del interés de los demás y del de la comunidad en la cual estamos insertos. Ello conduce a poner barreras al ejercicio de los derechos, a destacar los standars de regularidad, razonabilidad, funcionalidad, que tienen muy presentes los fines que el legislador tuvo en mira al acordarlos, la política legislativa perseguida.

7. FUNCION SOCIAL DEL CONTRATO

Es innegable que en el Código de Vélez, contrato y caso fortuito ponían en juego meros intereses particulares. Orden público, moral social, armonía, paz, eran valores extraños a una y otra institución. Renunciando a la invocación del eximente de responsabilidad, como renunciando a una prerrogativa negocial, no se conmovían tales valores.

Empero, con la reforma de 1968 la función social del contrato hace su aparición en el añoso cuerpo legislativo, como también, aunque tibiamente, aparece la resonancia social de la responsabilidad (artículo 1646, última parte).

De donde, la comparación es ahora entre un contrato puesto en función social y una figura que todavía

no muestra esa connotación. Si el legislador de hace doce años quiso asegurar que los contratos onerosos nacieran en equilibrio, acordando el remedio por lesión, y vivieran en equilibrio, autorizando la revisión por imprevisión, fue con la finalidad de combatir la usura, sea la originaria o la sobreviniente, la provocada o la casual. Y tal propósito sólo puede conseguirse con normas imperativas, inderogables por quienes actúan con egoísmo.

8. IMPERATIVIDAD Y USURA

La lucha contra la usura es inconcebible sobre la base de normas dispositivas, cuya vigencia queda librada a las partes. La imperatividad es la regla en el actuar del legislador moderno; es la regla cuando se trata de remediar situaciones de abuso o desequilibrio. Y no es cuestión de argumentar con el libre ejercicio de los derechos individuales porque éstos han sido limitados proscribiéndose su abuso, como lo recuerda el juez opinante; ni con el egoísmo en la contratación, porque éste es incompatible con esta nueva *soberanía*, que redime al negocio de sus crisis individualistas y destaca su papel fundamental en la búsqueda del bien común.

9. LA LOGICA PURA E ILUMINISTA

La analogía es entonces forzada; se comparan instituciones que tienen fundamentos y fines diversos. Empero, debemos destacarlo, la comparación indiscriminada, no valorista, es propia de una lógica formal, iluminista, que pretende servir al Derecho con olvido de su propia axiología, de la justicia y la equidad que el Derecho trata de consolidar.

Repugna a la lógica jurídica que se sostenga la renunciabilidad a la petición de reajuste por un desequilibrio cuyas causas y cuya incidencia en el contrato se desconoce; como repugna también, aunque se desprenda de la norma legal (⁶), que se pueda asumir la responsabilidad por un evento cuya extraordinariedad y exterioridad hacen imprevisible.

10. LA PETICION DE LAS PARTES

Tal vez lo más importante de esta sentencia valiosa finca en la postura que asume el juzgador ante la actitud de las partes. El actor-comprador demanda cumplimiento, consignando las cuotas adecuadas en su nominalidad; el demandado-vendedor reconviene por resolución, única posibilidad que se desprende de la letra del artículo 1198, 2ª parte; el actor contesta el traslado negando esa posibilidad mayor o drástica, e insistiendo en el respeto a la palabra empeñada.

Es innegable, como lo sostiene el doctor Vocos, que las partes juegan a “todo o nada”. Empero no lo hacen, a nuestro parecer, por un puro afán lúdico, tozudez o cerrazón mental. Llegan a un petitorio semejante impulsados por una jurisprudencia prevaleciente; una corriente que haciendo exégesis, como en el siglo decimonónico, minimiza la norma y sus propósitos, a la vez que impide al juez cumplir con el papel que la misma norma le tiene reservado.

La norma del artículo 1198, como la del 954, parte de un intervencionismo o dirigismo contractual, que es, en síntesis, la presencia del Estado, por su poder jurisdiccional, en la celebración y vida del contrato. Esa pre-

(⁶) Ello conduce, a un importante sector de la doctrina nacional, a negar la posibilidad de asumir el caso fortuito, o bien de renunciar a su invocación, cuando éste es verdaderamente extraordinario e imprevisible.

sencia apunta al equilibrio de las prestaciones, a una contratación que salvaguarde un cambio razonable. Como exigencia de la moral y la equidad (7). Y el juez, en el cumplimiento de ese quehacer no puede limitarse a escuchar a las partes —en la defensa de su interés egoísta—, y a seguir sus proposiciones. Tiene que disponer, como lo quería Vélez en el tema de la culpa (8), de un amplio margen; la sola ley no es su conciencia; podrá ser la formal, pero no es la conciencia jurídica material (9) o sea aquella con la cual él debe quedar tranquilo.

11. EL REAJUSTE COMO FACULTAD JUDICIAL

El juez que tiene la palabra del tribunal ejercita toda su prudencia en el examen de la causa y ello le lleva a afirmar que la potestad jurisdiccional le posibilita, frente a las posiciones extremas de las partes, tener en cuenta posturas intermedias.

Una modificación en su posición originaria, que introduce la reconviniente en 2ª instancia, al ofrecer la restitución indexada de las cuotas percibidas o la indexación de las a percibir, le da pie para decidir en equidad. Pensamos que la solución a que se arriba era ju-

(7) ARNAUD, André J., en su obra sobre *Les origines doctrinales du code civil français*, Bibliothèque de Philosophie du droit, Paris, expresa: "El advenimiento de la conciencia burguesa hace necesario revisar la concepción medieval de la teoría general de las obligaciones con una base exclusivamente moral y regulada por el concepto de equidad... este derecho engendrado bajo el imperio de ideas cristianas y comunitarias, asaz opuesto al espíritu del comercio, no convenía ya a la época post-medieval".

(8) Nota al artículo 512; en la cual se habla de la necesidad de "... tener siempre presente el hecho y seguir los datos positivos del negocio... y entonces las divisiones teóricas son más bien un embarazo que un socorro...".

(9) BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1975.

rídicamente factible, sin colocar al juez en una posición de arbitrariedad o discrecionalismo, aunque la demandada no hubiera tenido tan feliz ocurrencia.

12. LA VUELTA A LA EQUIDAD

La sentencia opera la vuelta a la equidad del contrato desquiciado no con un "criterio matematizante", como en ella se pone de resalto, sino con pautas que toman muy en cuenta la situación inflacionaria y sus efectos en la economía de las partes.

En primer lugar, se toma en cuenta el índice de la construcción; empero, como contratar es prever y cada uno debe soportar las consecuencias anticipables, obrando con cuidado y diligencia, la vendedora soporta los aumentos de las cuotas hasta un 75% anual y sólo en la medida del exceso respecto de ese porcentaje, carga con los aumentos la parte compradora.

Pero como el juzgador es consciente del desajuste entre aumentos en los costos de construcción, índice tomado en cuenta, y los aumentos recibidos por el peón industrial, limita la incidencia de aquel índice sobre la deuda pendiente. Alude para ello a la "capacidad de pago de los sectores de modestos recursos", a los cuales pertenecen los actores y concluye fijando como tope del reajuste los que resultan de aplicar al monto de las cuotas "el índice del salario del peón industrial, incrementado en un 50 %".

En el caso sometido a juzgamiento, por sus particulares circunstancias, la vuelta a la equidad significa *un reparto* de la incidencia de la inflación. El respeto a la palabra empeñada, *pacta sunt servanda*, ha debido ceder ante el cambio de las circunstancias tenidas en vista al contratar, *rebus sic stantibus*; empero, ello no con-

duce a una alteración de los papeles que, en virtud de esa alteración, les toca vivir a las partes; simplemente, se trata de moderar los efectos obrando con circunspección y, de este modo, arribar a la justicia buena para el caso.

Creemos que la sentencia examinada logra tan anhelado propósito. Si bien no inicia un nuevo camino, importa la reafirmación de una orientación que de seguirse mucho ha de contribuir al prestigio de nuestra magistratura.