COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

LOS ALQUILERES EN DÓLARES, LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE Y EL PRESUPUESTO NACIONAL

(Publicado originalmente en Microjuris.com, el 17 de septiembre de 2019. Cita: MJ-DOC-15046-AR | MJD15046)

por Jorge Oscar Rossi[1]

SUMARIO: I. Introducción. II. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente. III. El instituto en el Código derogado y en el CCC. IV. El caso. IV.1. Los hechos. IV.2. La demanda. IV.3. La solución de primera instancia. IV.4. La solución de segunda instancia. IV.4.1. Agravios. IV.4.2. Argumentos de la Alzada en torno a la eficacia normativa y la prevención de daños. IV.4.3. La decisión. V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

La previsibilidad contractual resulta especialmente problemática en economías inflacionarias y sujetas a históricos vaivenes, como la nuestra.

Por "previsibilidad contractual" nos referimos a la probabilidad de prever la distribución de riesgos y costos en contratos de duración, cuando la misma es prolongada.

Con la expresión “contratos de duración”, nos referimos a aquellos cuyas obligaciones no son de cumplimiento inmediato, es decir, hablamos de contratos con obligaciones de cumplimiento diferido, o de ejecución continuada y/o de cumplimiento periódico.

[1] Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón), Abogado (U.B.A.) Profesor Titular de las materias “Teoría General de las Obligaciones”, y “Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios”. Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana.

El Código Civil y Comercial (CCC), se ocupa de los mismos en el art. 1011 agregándole el adjetivo “larga”. Así, busca regular en el citado artículo un aspecto de los "contratos de larga duración" y parece definirlos como aquellos donde "*el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar"*.

Pensamos que, a esos fines, carece de relevancia que la duración sea "larga" o "corta", además de introducir innecesariamente un término de indudable vaguedad. En efecto, si una persona necesita una bicicleta por una hora y la alquila por ese tiempo, dicho tiempo "es esencial para el cumplimiento del objeto", porque lo que se buscaba era usar y gozar de la bicicleta por una hora, sea ese tiempo "corto" o "largo".

Dicho de otra manera, los contratos de “larga duración” no son los únicos donde "el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto".

En cambio, una nota distintiva de los “contratos de larga duración” es la menor previsibilidad. Podría decirse que, a mayor duración del contrato, menor probabilidad de prever en el momento de su celebración las variaciones en el escenario económico que sobrevendrán a lo largo de su duración. De eso parecen ocuparse los siguientes párrafos del art. 1011 y decimos “parecen” porque, en definitiva, no hacen más que establecer que las partes deben comportarse de buena fe y no ejercer abusivamente sus derechos[2], con lo que bastaban los arts. 9, 10 y 961 CCC, entre otros.

Como veremos, en el tema del que nos ocuparemos, el tiempo de duración del contrato es relevante porque, en principio, es más probable anticipar las condiciones económicas imperantes en los próximos siete días que en los próximos siete años.

Decíamos que la previsibilidad contractual resulta especialmente problemática en economías inflacionarias y sujetas a históricos vaivenes, como la nuestra y el "remedio" jurídico para este problema es la posibilidad de resolver o adecuar el contrato en razón de una excesiva onerosidad sobreviviente producida por acontecimientos extraordinarios y ajenos a las partes.

---

[2] "...Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos."

Sin embargo, paradójicamente, en economías sumamente cambiantes como la nuestra, resulta difícil predicar la "extraordinariedad" de un acontecimiento o, lo que es lo mismo, su carácter de imprevisible.

Inflación, devaluación, recesión, control de cambios, retenciones a las exportaciones, restricciones a las importaciones, suba de tasas bancarias, etc., ¿pueden considerarse acontecimientos “extraordinarios” en la República Argentina? O, mejor dicho, ¿cuándo pueden considerarse como acontecimientos extraordinarios?

No se nos escapa la diferencia entre “posibilidad” y “probabilidad”. La previsibilidad está relacionada con la probabilidad, es decir, con la frecuencia con la que se produce un suceso. Cuanto más frecuente, más probable y, por ende, más previsible, más “ordinario”. Cuanto menos frecuente, más improbable y, por ende, más imprevisible, más “extraordinario”.

¿Es posible que una persona gane a la lotería? Si, pero es poco probable porque los ganadores de la lotería son una muy pequeña fracción de los que compran los números. ¿Es posible una devaluación en la Argentina? Si, lo es (y podríamos decir lo mismo de cualquier país). Pero la pregunta que nos desvela es otra: ¿Es probable una devaluación del 1000% del valor del peso, con relación al dólar en la Argentina, en los próximos cinco años? Esa pregunta es más compleja porque lo que en realidad queremos saber, en ese ejemplo, es "cuan probable" es una devaluación en la Argentina del 1000% del valor del peso. ¿Hay un 80% de probabilidades, o un 10% de que eso se produzca?

El caso que motiva el presente comentario constituye un muy interesante ejemplo de esta cuestión, al par que nos permite explorar una "nueva" herramienta destinada a atenuar los efectos de la excesiva onerosidad sobreviviente en el transcurso del proceso judicial: la medida preventiva.

II. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente

Recordemos, en primer lugar, que la excesiva onerosidad sobreviniente no estaba contemplada en la versión original del Código Civil, sino que fue incorporada por la reforma de la ley 17.711, al modificarse el artículo 1198.

Es que, para Vélez Sarsfield, el principio capital en la materia era que *"El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos",* (parte final de la nota al artículo 943 Código Civil)

La reforma de la ley 17.711 incorporó la posibilidad de extinguir y/o modificar el contrato por excesiva onerosidad sobreviniente a nuestro Código Civil, a través de la modificación del artículo 1198.

De esta manera, se adopta en plenitud el antiguo principio "*pacta sunt servanda rebus sic stantibus"* (los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así, es decir, deben cumplirse los contratos mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no cambien).

III. El instituto en el Código derogado y en el CCC

A continuación, vamos a comparar la regulación de este instituto en el Código derogado y en el CCC:

Art. 1.198 del Código Civil: *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.*

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato."

Art. 1091 del CCC: ***Imprevisión.*** *Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.*

En los fundamentos del Anteproyecto, solo se expresa que *"En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones.*[3]*"*.

Sin perjuicio de que el tratamiento es similar en el Código Civil y en el CCC, pueden observarse las siguientes diferencias:

1) Método: En cuanto al método, se ubica el artículo, adecuadamente, dentro del LIBRO TERCERO - DERECHOS PERSONALES, en el Título II (Contratos en general), en un capitulo especifico (CAPÍTULO 13), titulado "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

2) Denominación: Se le da expresamente a este instituto el nombre de "imprevisión".

3) Supuesto fáctico: Mientras que el artículo 1198 expresa que el supuesto fáctico se configura cuando "*la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles* ", el art. 1091 del CCC declara que este tendrá lugar cuando "*la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada".*

En realidad, pensamos que simplemente se mejora la redacción al resaltarse, como ya lo venía haciendo la doctrina y jurisprudencia que

a) Debe tratarse de una "*alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración"*, es decir, un cambio imprevisible en las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar.

[3] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 129. Disponible en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

b) que sea producida *por causas ajenas* a las partes.

c) También *debe ser ajeno al riesgo asumido por la parte que es afectada*. Al respecto, entendemos que este concepto se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el CCC en relación al caso fortuito, en cuanto exime de responsabilidad.

En efecto, el art. 1733 del CCC, referido a la responsabilidad por caso fortuito, dispone que

"Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:… …e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;" (el subrayado es nuestro)

Si bien la redacción no es la mejor, aquí se recalca que para que algo sea considerado caso fortuito, *debe ser un suceso ajeno al riesgo propio de la cosa o la actividad***.** Lo mismo ocurre con la excesiva onerosidad sobreviniente. Sin embargo, la expresión "*riesgo asumido por la parte que es afectada*" puede ser objeto de distintas interpretaciones. Por ejemplo:

* Por "*riesgo asumido por la parte que es afectada"* se puede entender que la parte puede haber renunciado expresamente a invocar la imprevisión por excesiva onerosidad, respecto del probable acaecimiento de un riesgo concreto, como ser una devaluación. Al respecto, entendemos que tal renuncia, siempre que no sea genérica y se refiera, como dijimos, al acaecimiento de un riesgo concreto, es válida, siempre y cuando estemos en el campo de los contratos paritarios. En cambio, tratándose de contratos por adhesión o de consumo, la renuncia del adherente o del consumidor se tendrá por no escrita, a tenor de lo dispuesto en el inc. b del art. 988 CCC (aplicable también a contratos de consumo, por remisión del art. 1117 CCC)

* También, y esto nos preocupa mucho más, por "*riesgo asumido por la parte que es afectada",* se puede entender, en forma amplia, que cada parte asume *implícitamente* todos los riesgos emergentes de las obligaciones a su cargo. Con este razonamiento, quien se comprometió a pagar un precio en moneda extranjera, asume cualquier variación en el tipo de cambio, sin importar el motivo. Creemos que esta interpretación termina haciendo inoperante al art. 1091 porque implicaría volver al principio Velezano: *"El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos".*

4) Modo de ejercicio y tipo de pretensión: Por otro lado, queda claro, despejándose dudas que plantea la actual redacción, que este remedio puede ejercerse extrajudicialmente, o por la vía judicial y, en este último caso, tanto como acción o como excepción y que, en cualquier caso, puede solicitarse la extinción del contrato o de alguna de sus partes o *solamente* la modificación (adecuación) del mismo, a las actuales circunstancias.

5) Contratos incluidos: Con detalles de redacción, en ambos textos el instituto está previsto para contratos conmutativos y aleatorios, siempre que contengan obligaciones de ejecución diferida (vgr.: a plazo) o cuya ejecución no sea instantánea (vgr.: obligaciones "de duración")

6) Legitimación activa: Expresamente se legitima a un tercero para invocar este instituto, *cuando "le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato".*

IV. El caso

Nos ocuparemos a continuación de los autos **"AMERICA T.V. S.A. c/ PRACTIPLUS S.A. s/ORDINARIO.**

En ellos, el 9 de abril de 2019 la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a una medida cautelar innovativa y resolvió a fijar provisionalmente el precio del canon locativo a un tipo de cambio de $35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018.

El Tribunal ponderó que las pautas macroeconómicas que el Poder Ejecutivo Nacional empleó para elaborar los presupuestos de los años 2017 y 2018 consideraban un tipo de cambio que no hacía suponer que a los nueve meses de la firma del contrato, el valor del dólar pasaría de $18,436 a estar en torno a los $40.

IV.1. Los hechos

El 27 de diciembre de 2017 las partes celebraron un contrato de locación inmobiliario por cinco años. El precio del alquiler se pactó en dólares y al momento de celebración del contrato el precio del dólar se encontraba en $18,436 por unidad.

Al cabo de nueve meses, como consecuencia de la devaluación que tuvo lugar en nuestro país, el valor en pesos del canon locativo pactado pasó de $17.697.600 en total por cinco años a $34.107.847 por los cuatro años y tres meses restantes.

IV.2. La demanda

La actora – locataria invoca excesiva onerosidad sobreviniente, en los términos del art. 1091 CCC ya citado y pretende que, mientras dure el proceso instado en pos de reajustar el contrato de locación, se establezca provisionalmente su precio en el valor promedio entre el tipo de cambio del dólar estadounidense al momento de celebración del contrato ($18,436) y el que publique el Banco Central de la República Argentina para el día en que se emita la factura por cada canon locativo mensual.

IV.3. La solución de primera instancia

En primera instancia se denegó la cautelar innovativa pretendida por entender que existía coincidencia entre la cautelar y el objeto del litigio, además de *considerar faltos de acreditación -en los términos del art. 195 CPCC- los presupuestos que justificarían la aplicación del art. 1091 CCC*.

En este sentido, la jueza interviniente precisó que no ignoraba la devaluación sufrida por la moneda nacional como tampoco el impacto que ello aparejaría para los contratantes, pero señaló que *no era factible determinar en este estadio inicial que tal posibilidad no hubiera sido deliberadamente prevista o contemplada por las partes al haber sido estipulado el precio del canon locativo en dólares*. En otras palabras, no surge en forma palmaria la verosimilitud en el derecho que exigen las medidas cautelares, pues solo se puede invocar una excesiva onerosidad sobreviniente si esta no fue incluida entre los “riesgos asumidos” por la parte que ahora se presenta como perjudicada.

IV.4. La solución de segunda instancia

IV.4.1. Agravios

Apelada la resolución, la actora planteó primeramente que la pretensión no se limitaba a una mera modificación del tipo de cambio, sino que la adecuación del contrato podía realizarse ajustando cualquiera de las variantes relevantes para la determinación de las prestaciones a cargo de las partes. Por ello, consideró que no existe identidad entre los objetos de la cautelar y la acción principal.

En segundo término afirmó que no era previsible para las partes un desequilibrio tan severo en las prestaciones a su cargo ya que, como se dijo, en algunos meses, un contrato por cinco años que tenía un valor de $17.697.600 pasó a costar por los cuatro años y tres meses restantes la suma de $34.107.847.

Explicó que las partes no pudieron prever más que las pautas macroeconómicas que el Poder Ejecutivo Nacional empleó para elaborar los presupuestos de los años 2017 y 2018 que fijaron: (i) un tipo de cambio de $17,92 por cada dólar estadounidense para el año 2017; $21,21 por cada dólar para el año 2018 y $23,53 para el año 2019 en el caso de la Ley 27.341[4] y (ii) un tipo de cambio de $19,30 por cada dólar estadounidense para el año 2018; $20,40 por cada dólar para el año 2019, $21,20 para el año 2020 y $21,90 para el año 2021 según Ley 27.431[5].

Derivó de allí que *no podía suponerse para ninguna de las partes, a los nueve meses de la firma del contrato, la suba del dólar en torno a los $40.*

Por ello, a su juicio *se encontraba acreditada la verosimilitud de su derecho* en tanto habían quedado probadas las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato y que la alteración sobrevino por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido (art. 1091 CCC).

IV.4.2. Argumentos de la Alzada en torno a la eficacia normativa y la prevención de daños

En la Alzada se compartieron estos argumentos, por considerar que "*dentro de la órbita cautelar, se ha enfatizado que la moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia"*[6] de la función jurisdiccional y en el carácter

[4] Presupuesto Ejercicio 2017 (Boletín Oficial del 21 de diciembre de 2016)
[5] Presupuesto Ejercicio 2018 (Boletín Oficial del 2 de enero de 2018)
[6] Entendemos que se utiliza el término "eficacia" de una ley en el sentido de "logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron". Al respecto, es ilustrativo el artículo de Antoine Jeammaud, "En torno al problema de la efectividad del derecho", en Revista Crítica Jurídica, N° 1, 1984.

instrumental de las normas procesales, en el sentido de que *su finalidad radica en hacer efectivos* los derechos sustanciales cuya protección se requiere. Así, las *tutelas anticipatorias* se presentaron como una de las vías aptas para asegurar el servicio de justicia y evitar el
riesgo de una *sentencia favorable, pero ineficaz por tardía*..." (la cursiva es nuestra)

En ese sentido, "cabe resaltar la importante reforma que trajo el Código Civil y Comercial *en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1708 y 1710),* consagratoria del deber de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido.

Las "acciones preventivas" -en rigor, "pretensiones preventivas"- de los arts. 1711 a 1713 cód. cit. llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese. Y es dable conjeturar que *mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio -v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc***…"** (la cursiva es nuestra)

En cuanto a la verosimilitud del derecho, "en el *escenario propuesto por el propio Estado en las Leyes Presupuestarias para los años 2017 y 2018, queda prima facie demostrado que el incremento de la cotización de la moneda extranjera estadounidense en relación a nuestro peso superó las expectativas que una persona con diligencia razonable habría tenido al momento de contratar***.** Y es lógica la inferencia de su impacto en el incremento de la prestación a cargo de la locataria; todo lo que podría configurar la situación de excesiva onerosidad a la que alude el art. 1091 CCYCN." (la cursiva es nuestra)

IV.4.3. La decisión

En virtud de lo anterior, "ponderando que en el inmueble en cuestión trabaja el personal de "Red Celeste y Blanca SA" (empresa del Grupo América desde la que se emite la señal de radiodifusión "La Red AM950", "FM Blue 100.7" y la redacción del portal digital "Primicias YA") que mancomuna alrededor de 120

empleados…entiéndese conducente otorgar la medida innovativa solicitada tendiente a *fijar provisionalmente el precio del canon locativo a un tipo de cambio de $35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018.*
La forma en la que se ha dispuesto la tutela jurisdiccional -acotando sus alcances temporales hasta julio de este año- *pretende servir al propósito de que sean las propias partes quienes en ese lapso autocompongan sus diferencias y puedan acordar consensuadamente el reajuste equitativo* del contrato de locación." (la cursiva es nuestra)

V. Algunas conclusiones

Aprovechamos para señalar que en el caso no se analizó, en esta etapa preliminar del proceso, si se estaba en presencia de un contrato por adhesión o de consumo por lo que, en la práctica, se lo trató como un contrato paritario. Tampoco se menciona la existencia de una cláusula de renuncia a invocar la excesiva onerosidad sobreviniente.

Dicho lo anterior, esbozaremos algunas conclusiones:

a) El Presupuesto Nacional como "pauta objetiva de normalidad": La fundamentación de la sentencia de Alzada, que acoge el argumento de la actora, nos parece excelente.

En efecto, al interrogante de cómo acreditar que la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración es "extraordinaria" en un país como el nuestro, donde terminamos "naturalizando" lo extraordinario; a la pregunta acerca de qué pauta objetiva utilizar para prever el futuro de las variables económicas, se contesta: el Presupuesto Nacional.

A través del Presupuesto Nacional, los poderes públicos informan a la ciudadanía su plan de asignación de recursos y su previsión respecto de la evolución de las variables económicas.

Dada la índole del emisor, cabe presumir:

1) La profesionalidad del informe, es decir, que quienes lo hicieron, saben de lo que están hablando.

2) La sinceridad del mismo, es decir, que quienes lo hicieron, no están mintiendo. Dicho de otra manera y aplicado al caso concreto, no están poniendo, a sabiendas, un

tipo de cambio y/o un porcentaje de inflación proyectada falsos.

Este tipo de cambio y esta inflación proyectada en el presupuesto nacional configurarían el escenario económico previsto para los próximos años.

No se nos escapa un argumento en el que debe estar pensando más de un lector y que, expresado en forma coloquial sería:

“En la Argentina, "sabemos" que los números del presupuesto nacional están "dibujados".

Es decir, la experiencia nos enseña que las cifras del presupuesto son irreales y que las estimaciones que en él se encuentran casi nunca se cumplen.

Al respecto, pensamos que más allá de la certeza histórica de estas afirmaciones, convalidarlas implicaría:

1) aceptar la incapacidad del Estado para prever las variables económicas que se producirán al cabo de un año, lo que es equivalente a "naturalizar" la inutilidad del presupuesto nacional.

2) o, peor aún, aceptar que el Estado engaña a sus ciudadanos, pues a sabiendas proyecta un presupuesto con cifras que sabe que son ilusorias.

3) sea por lo expresado en 1) o en 2), se termina aceptando que el Estado cambie discrecionalmente las reglas de juego en materia económica, sea por vía de aumentos de impuestos no previstos, devaluaciones sorpresivas, emisiones monetarias y/o medidas excepcionales justificadas por la emergencia.

4) La consecuencia de todo lo anterior es que *el Estado se encuentra siempre "legitimado" para variar las reglas del juego,* decidiendo a su gusto cuando nos encontramos ante una "emergencia" producto de una "situación extraordinaria" que el mismo Estado califica como tal[7], mientras que los particulares se encuentran

[7] Por ejemplo, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 566/2019, (BO 16/08/19), dispuso el congelamiento del precio de los combustibles durante los próximos 90 días teniendo como base los valores vigentes al 9 de agosto pasado.
En sus fundamentos, el Poder Ejecutivo expresó que "(a)nte la magnitud de los recientes acontecimientos económico financieros desencadenados, de público conocimiento, es obligación del Poder Ejecutivo

sumamente dificultados para demostrar la existencia de esos acontecimientos extraordinarios por carecer de parámetros confiables de "normalidad", dado que, si dejan de lado la información oficial, por no “creer” en ella, no disponen de ningún marco objetivo que les permita diferenciar la “normalidad” de la “anormalidad”.

b) El precedente de la Corte Suprema: Otro argumento de la Alzada que resaltamos es la aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Rinaldi Francisco A. y otro c/Guzmán Toledo, Ronal C. y ot. s/ejecutivo ” donde, aun existiendo una cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y del abuso de derecho, el Máximo Tribunal consideró que esta cláusula "debe ser examinada en el sentido de que dicha estipulación no acuerda derechos tan absolutos o que puedan jugar en menoscabo de uno de los contratantes cuando el cambio radical producido con relación al peso destruyó el equilibrio de las prestaciones y resultó impuesto a ambas partes por un acto de autoridad con miras a proteger el interés general (conf. art. 21 del Código Civil)”.

En “Rinaldi”, el “acto de autoridad con miras a proteger el interés general” fue la denominada “pesificación” de las obligaciones en dólares. En el caso que estamos analizando, la devaluación no se produjo por un “acto de autoridad” sino por una serie de “corridas cambiarias” originadas principal, pero no exclusivamente, por factores exógenos y endógenos, tales como la suba de tipos de interés decidida por la Reserva Federal de Estados Unidos a finales de abril de 2018 y un alto nivel de endeudamiento externo. Factores estos que tienen una característica en común: Son “inevitables” para el común de los integrantes de la sociedad, en el sentido de que se trata de acontecimientos “irresistibles” y ajenos al actuar de las partes y al riesgo asumido por ellas.

c) El campo de aplicación futuro: Por otro lado el supuesto factico de aplicación de una solución como la propuesta en el fallo en análisis, no se agota en el caso de contratos con obligaciones de entregar dólares u otra moneda extranjera, sino en todas las obligaciones de valor, por ejemplo, los casos donde el precio se fije con relación al valor de una cosa cierta[8], o aquellos donde el porcentaje de inflación difiera

---

Nacional utilizar los instrumentos a su alcance y adoptar las medidas específicas necesarias para proteger a los consumidores".

[8] Lo que puede ocurrir en el caso de una compraventa (art. 1133) o una locación (art. 1187), entre otros contratos.

notablemente del proyectado en el Presupuesto Nacional[9].

d) La vía procesal: También nos parece adecuada procesalmente la vía de una medida cautelar innovativa para lograr la tutela preventiva solicitada pues, como señala el fallo, mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales, las acciones o pretensiones preventivas *"podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio -v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc***…"**

En el caso concreto, se trata de una medida preventiva provisoria, hasta dando se dirima el fondo de la cuestión, dictada a pedido de parte y con la finalidad de evitar un daño o su agravamiento, *producido por una acción antijurídica*.

Efectivamente, no debemos olvidar que el art. 1711 CCC impone, como uno de los requisitos de procedencia de la acción preventiva, que en el caso nos encontremos ante una *acción u omisión antijurídica* que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Al hablar de *"*una acción u omisión antijurídica", nos referimos, en el lenguaje del CCC, a una acción u omisión que previsiblemente cause un "daño no justificado" (conf. art. 1710 inc. a). Más allá de la redacción legal, que juzgamos confusa[10], entendemos que se trata de una acción u omisión que *no constituya el ejercicio de buena fe de un derecho* (arg. a contrario art. 9 CCC) Por lo tanto, podría tratarse del ejercicio abusivo de un derecho (art. 10 CCC, y una de sus especies, las cláusulas abusivas, vgr. arts. 988 y 1119 CCC), o de una situación jurídica abusiva (arts. 10 y 1120 CCC), o del abuso de una posición dominante en el mercado (art. 11 CCC), o de una concreta infracción a una norma jurídica (vgr. incumplimiento del deber de información consagrado en los arts. 42 de la Constitución Nacional, 1100 CCC y 4 de la ley 24.240).

---

[9] Desde ya, la referencia al Presupuesto Nacional no excluye otras comunicaciones oficiales donde se proyecten variables económicas a futuro, como pueden ser documentos del Banco Central y/o del Ministerio de Economía.

[10] En nuestra opinión, o hay daño o no lo hay. El daño "justificado" no es resarcible, en rigor, no es daño. Si lo hay, debe repararse. El agresor que resulta herido o muerto en virtud de la legitima defensa del agredido no tiene derecho a ninguna reparación, pues su conducta agresiva exime de responsabilidad al agredido (conf. art. 1719, primer párrafo y 1729 CCC) o, dicho de otra forma, el agredido se limitó a ejercer su derecho a defenderse (conf. art. 1718 inc. b). El tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre perjuicios puede reclamar indemnización, porqué él si sufre una afectación en un derecho.

En este caso en concreto, la pretensión del acreedor de cumplir a rajatabla el contrato, constituye, prima facie, un ejercicio abusivo de su derecho a recibir el pago, habida cuenta del cambio originado en circunstancias extraordinarias.

Decimos “prima facie”, porque no debemos olvidarnos que estamos en el marco de una medida cautelar donde se analizó con cierto detenimiento el tema de la “extraordinariedad” del acontecimiento que modificó la ecuación económica.

En cambio, poco se dijo sobre la “excesiva onerosidad” que este acontecimiento produjo en la prestación a cargo de una de las partes. Por esa razón, en el fallo se destaca que “en el *escenario propuesto por el propio Estado en las Leyes Presupuestarias para los años 2017 y 2018, queda prima facie demostrado que el incremento de la cotización de la moneda extranjera estadounidense en relación a nuestro peso superó las expectativas que una persona con diligencia razonable habría tenido al momento de contratar***.** Y es lógica la inferencia de su impacto en el incremento de la prestación a cargo de la locataria; *todo lo que podría configurar* la situación de excesiva onerosidad a la que alude el art. 1091 CCYCN.” (la cursiva es nuestra)

En otras palabras, dada la urgencia y el carácter provisorio propio de las medidas cautelares, en esta etapa de proceso la excesiva onerosidad es presumida por los jueces.

En definitiva, si las partes no logran ponerse de acuerdo en una adecuación del contrato, la cuestión de la acreditación y evaluación de la excesiva onerosidad sobreviniente queda como tema de fondo, a ser resuelto en la sentencia.

e) La resolución de la Alzada: En lo que discrepamos es en la solución dispuesta por el Tribunal. Nos parece que la fijación de un monto fijo ($35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018), en lugar de un porcentaje (vgr. 60% de valor a cargo del locatario, 40% a cargo del locador), impide que la cautelar se adecue a las contingencias que pueden sobrevenir hasta el dictado de la

sentencia definitiva[11], lo que puede generar pedidos de modificación de cualquiera de las partes del proceso.

d) Por último, y de lege ferenda, pensamos que en un país como el nuestro, la resolución o adecuación del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente no debe regularse exclusivamente en función de lo “extraordinario” del acontecimiento que altere las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sino de lo “inevitable” de dicho acontecimiento, en forma similar al caso fortuito.

Así como se considera caso fortuito o fuerza mayor “al hecho que no ha podido ser previsto *o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado*" (art. 1730 CCC), la resolución o adecuación del contrato debe proceder cuando “la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria *o inevitable* de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”.

Utilizamos el término “inevitable”, en el sentido de “irresistible” y ajeno al actuar de las partes y al riesgo asumido por ellas[12]. En última instancia, lo relevante, en nuestra opinión, no es tanto el determinar si nos encontramos ante "circunstancias extraordinarias e inesperadas", cuanto a si nos hallamos frente a situaciones ajenas a la voluntad de las partes[13] y que producen un importante desequilibrio prestacional.

****

[11] De hecho, al momento de escribir estas líneas (20 de agosto de 2019), el dólar experimentó otro salto, pasando de $46 a $58.
[12] Al respecto, nos remitimos a lo expresado, supra, en el desarrollo del punto III.
[13] Un trabajo pionero en nuestro país es el de la Dra. Teodora Zamudio, en el artículo "La doctrina de la “social force majeure” y la protección del consumidor", donde estudia este concepto, desarrollado por parte de la doctrina europea, y destaca que "(l)a noción tradicional de “fuerza mayor” está referida,...a circunstancias extraordinarias e inesperadas ajenas a las personas o sujetos a los que afecta, generalmente los llamados “hechos del príncipe”. En la doctrina de la “social force majeure” el concepto es adoptado para situaciones ordinarias pero ajenas a la voluntad del deudor." Disponible en Internet, en https://studylib.es/doc/543741/la-doctrina-de-la-%E2%80%9Csocial-force-majeure%E2%80%9D-y. Consultado: 20/08/19.