

ENRICO GABRIELLI, *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, I-XX, 1-187.

Con particular afecto, presento a Ustedes el libro de publicación más reciente en Latinoamérica del insigne profesor italiano Enrico Gabrielli. Se trata de una obra de síntesis, resultado de diversos trabajos previos del autor, particularmente de su *Doctrina general del contrato* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009), a través de los cuales fue desarrollando y forjando buena parte de las ideas que en este libro se plasman. De ahí que la obra se presente necesariamente como un conjunto macizo de conceptos, con un alto grado de madurez, coherentes y, en varios pasajes, de afilada agudeza. Dignos en todo caso de la pluma de su escritor.

El libro centra fundamentalmente su atención en el tratamiento que el Código civil italiano de 1942 da a la excesiva onerosidad contractual sobreviniente. Desde esta perspectiva, el término de su lectura importa para el lector contar con un buen acervo informativo acerca de las intenciones originales perseguidas por su legislador a través de los arts. 1467, 1468 y 1469; las principales dificultades interpretativas que sus textos han provocado; y las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que han tenido lugar a su respecto. En otras palabras, el trabajo del maestro italiano proporciona una excelente exposición resumida del estado actual de la teoría de la imprevisión en Italia.

No obstante lo anterior, y la circunstancia que la *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual* ha visto editorialmente la luz en Argentina, se trata de un relevante aporte en la materia para estudiosos, abogados y legisladores de toda Latinoamérica. Ello, porque la teoría de la imprevisión no sólo es una institución conocida y de interés en este continente, sino porque además la excesiva onerosidad sobreviniente y los mecanismos de solución a ésta han sido recepcionados paulatinamente por varios códigos civiles de la región.

Así, Argentina introdujo efectivamente el instituto en el art. 1198 del Código de Vélez Sarsfield, en virtud de la reforma operada en 1968 por la ley n. Ley 17.711, y actualmente se encuentra consagrado en el art. 1091 del Código civil y comercial de 2014; el Código civil de Bolivia de 1976 lo reguló en los arts. 581 al 583; el Código civil peruano de 1984 le ha dedicado una detallada regulación entre los arts. 1440 al 1446; Paraguay acogió la figura en el art. 672 del Código civil de 1985; y, el Código civil brasileño de 2002, siguiendo con la tendencia, dedica sus arts. 478 a 480. De manera que una obra como la de Gabrielli, con la profundidad de que da cuenta de la regulación civil italiana sobre la excesiva onerosidad, así como de las distintas aristas discutidas y de las interpretaciones a ellas dadas por los doctrinarios peninsulares, permitirá la confrontación y el aporte dogmático necesario para la superación de algunos nudos conceptuales que pudieran existir en estos países que recepcionaron la institución, coadyuvando a la continuación de su evolución americana.

Hay otros países en cambio en que el problema de la imprevisión contractual no se ha traducido en una reglamentación positiva, ya sea porque el convencimiento de la doctrina acerca de las supuestas bondades de los modernos remedios para su superación no han conseguido una expresión legislativa, ya sea porque la doctrina y la jurisprudencia no han logrado el convencimiento de que estemos en presencia de una institución coherente con el sistema que pueda contribuir eficazmente a la solución de los conflictos contractuales. Este último es el caso de mi país (Chile), donde hemos tenido autores que han propugnado su acogimiento¹, doctrinarios contrarios a

¹ L. DE LA MAZA, *La teoría de la imprevisión* (en relación con el Derecho Civil Chileno), Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1933; R. MOMBERG URIBE, *Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile*, en

su recepción², una jurisprudencia que ha sido vacilante³, y un legislador que no ha logrado finalizar con éxito las iniciativas legales que han existido⁴. No tengo dudas que el trabajo de Gabrielli constituirá un nuevo y enriquecido impulso al debate interno en estos países que no cuentan con disposiciones legales expresas en la materia.

La *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual* se nos presenta dividida en cinco capítulos. El primero, y más extenso, tiene por finalidad según su título la teorización del riesgo y de la imprevisión contractual. Empero, resulta bastante más rico conceptualmente de lo aquél explícita, pues aborda conceptos de la mayor relevancia para la teoría del contrato en general, como son las nociones de tipo y subtipo contractual; sus funciones; la causa de los contratos; la relación de ésta con el tipo; y los intereses merecedores de tutela; entre otros. Por lo mismo, este primer capítulo, en el contexto de la obra, presenta cierta autonomía, que lo convierten en un sub tratado sobre teoría de contratos; una especie de libro contenido en otro libro, de valor singular, que el autor, convertido en gran compositor, une armoniosa y sustantivamente con el derecho particular sobre imprevisión.

Y el vínculo entre las citadas nociones resultará precisamente esencial para dar vida a sólidas bases dogmáticas sobre las cuales construir la teoría objeto de la obra. La intervención o no en un contrato por parte de los tribunales y, en caso de intervenir, en qué términos, producto de hechos sobrevinientes que habrían generado la excesiva onerosidad en la prestación de una de las partes, no dependerá de una abstracta distribución de los riesgos determinada por una también causa abstracta, sino de la operación económica querida por los contratantes, como categoría jurídica, unitaria y ordenadora en las distintas etapas de la vida de un contrato. Dicha operación, como causa concreta, es la noción que permitirá la selección de los intereses relevantes, así como de los criterios de administración y distribución de los riesgos que deben aplicarse en cada caso, de

Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, 2010, 29-64; I. DE LA MAZA GASMURI, *La concurrencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias*, en *Estudios de Derecho Civil*, Jornadas de Derecho Civil VI, Olmué, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010, 297-320, PEÑAILILLO ARÉVALO, *La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código civil (la lesión y la imprevisión)*, en *Revista de Derecho*, n. 208, Concepción, julio-diciembre 2000, 209-237; B. CAPRILE BIERMANN, *La imprevisión*, en *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, n. 15, enero 2007, 141-159.

² Véase nota (6). Asimismo, P. RODRÍGUEZ GREZ, *La teoría de la imprevisión o una sobredimensión de la doctrina*, en *Gaceta Jurídica*, vol. 153, n. 153, 1993, 7-17, LegalPublishing CL/DOC/501/2011.

³ La teoría de la imprevisión fue rechazada por no estar expresamente contemplada en nuestra legislación por la Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009, '*South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso EVP*', Rol n. 2651-2008, Legal Publishing, CL/JUR/8480/2009. Respecto de un fallo que parecía acoger la imprevisión, puede verse E. ALCALDE RODRÍGUEZ, *Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia*, *Revista chilena de derecho*, vol. 34, n. 2, 2007, 361-372. Cfr. C. PIZARRO WILSON, *¿Hay espacio para la revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida? Los vaivenes de la imprevisión en la judicatura*, en *Gaceta Jurídica*, vol. 369, n. 369, 2011, 16-20, LegalPublishing CL/DOC/2326/2011

⁴ El año 2007, el Senador Carlos Bianchi presentó un proyecto que modificaba el Código civil, introduciendo un nuevo artículo 1545 (bis). El contenido era bastante particular pues sujetaba a las partes a una conciliación a fin de que adecuaran de común acuerdo las cláusulas contractuales a las nuevas circunstancias imperantes, o en su defecto, convinieran la terminación o resciliación del contrato. El proyecto estaba contenido en el Boletín 5290-07. El año 2014 fue archivado.

En 1999, un grupo de Diputados presentó un proyecto de ley para introducir la revisión y resolución por excesiva onerosidad. Fue aprobado en la Cámara de Diputado y luego de pasar al siguiente trámite legislativo al Senado no se continuó con el proceso y fue archivado. El proyecto estaba contenido en el Boletín n. 309-07.

modo que balancear los intereses contrapuestos frente a la imprevisibilidad del evento negativo, de modo que ninguno resulte injustificadamente perjudicado ni injustificadamente favorecido.

Se debe tener en cuenta sí que el análisis necesariamente tiene a la vista las particularidades que presenta el texto del art. 1322 del Código civil italiano. Éste, junto con reconocer la autonomía contractual, permite a las partes concluir contratos que no pertenezcan a los 'tipos' que tienen una disciplina particular, siempre que se dirijan a la realización de intereses que ameritan tutela según el ordenamiento jurídico. Se trata por tanto de nociones centrales con alta incidencia en la interpretación y aplicación del principio de la libertad contractual en Italia. Ello, sin embargo, no le quita en ningún caso interés, pues en definitiva lo sustancial (y que es bastante) resulta proyectable sin duda a la normativa de nuestros propios códigos. Piénsese por ejemplo en el art. 958 del nuevo Código civil y comercial argentino, referido a la libertad de contratación, cuya referencia a «dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres», no hace más que establecer una demarcación entre intereses que en el ejercicio de la libertad contractual serán tutelados y otros intereses que no lo serán.

El segundo capítulo se denomina *Alea y contratos aleatorios*. En él, se realizan primeramente las distinciones conceptuales requeridas que permitan la identificación del 'alea normal' del contrato, lo cual importa reconocer la existencia de un 'alea anormal'. La cuestión es importante pues en Italia sólo pueden reclamarse los mecanismos de solución a la excesiva onerosidad sobrevenida (resolución para los contratos bilaterales y reducción o modificación para los contratos unilaterales), cuando aquélla no entra en al alea normal de los contratos onerosos (arts. 1467 y 1468). Igualmente, la conceptualización de los contratos aleatorios, especialmente cuando tienen este carácter por voluntad de las partes, conlleva consecuencias importantes pues, a esta categoría de contratos, no le es aplicable ninguno de los remedios que contempla la ley civil para la excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1469).

El estudio de esta parte del trabajo nos parece crítico para la doctrina. Estamos frente a materias que presentan variados matices, relevantes a la hora de legislar y, una vez acogida la institución, para su aplicación. Nótese en este sentido que el criterio italiano en orden a excluir a los contratos aleatorios, sólo es seguido expresamente por Bolivia (art. 583). Los códigos de Argentina (art. 1091) y Perú (art. 1441) admiten por el contrario la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios, siempre que la prestación se torne excesiva por causa extrañas a su alea propia o riesgo propio; o sea, han aplicado como criterio para la inclusión, la concurrencia de un alea o riesgo anormal. Y dado que los códigos de Paraguay y de Brasil sólo distinguen entre contratos unilaterales y bilaterales, omitiendo toda referencia a la conmutatividad o aleatoriedad del contrato, habría que entender que en ellos es aplicable la institución a la excesiva onerosidad también a los contratos aleatorios. Estamos así frente a una resolución del contrato o reducción de las prestaciones por una aparente 'excesiva aleatoriedad'.

Al final del capítulo en examen, el autor apunta algunas notas sobre la resolubilidad de los contratos aleatorios, descartando más bien los argumentos de los autores italianos que pretenden esta posibilidad contra el texto expreso del art. 1469. Una profundización sustantiva, es quizás una tarea a encomendarle al maestro.

La excesiva onerosidad sobrevenida como noción es abordada en el capítulo tercero. Nos parece de particular utilidad para los investigadores del continente la nota (5) en la p. 94, en que se cita abundante bibliografía actualizada sobre esta materia. En esta parte se exponen las concepciones objetivas y subjetivas de la resolución, como asimismo los criterios que el intérprete debe utilizar para decidir acerca de la resolución del contrato. En particular, el alea normal representa un criterio cualitativo y cuantitativo, pues reconstruido el programa original contractual y la distribución de los riesgos efectuada por las partes (aspecto cualitativo), el intérprete debe confron-

tar tal reconstrucción con la actual realidad y determinar si el alea normal fue superado (aspecto cuantitativo). La excesiva onerosidad es por el contrario un criterio exclusivamente cuantitativo, que da cuenta de un exceso en la asunción de los riesgos contractuales incompatible con la función económica del contrato.

En el capítulo cuarto se asume la tarea de describir y profundizar diversas reglas a las cuales se sujeta la imprevisión. Así, el autor se da a la tarea de tratar cuestiones como la incidencia del comportamiento del deudor afectado; las situaciones en que resulta deferido el cumplimiento de la prestación u obligación (que denomina 'instrumentales'); las características de las prestaciones que se convierten en excesivamente onerosas; el problema de la onerosidad invertida, es decir, el envilecimiento sobrevenido de la contraprestación esperada por el acreedor que ya ha cumplido; los criterios para la determinación de los hechos que pueden catalogarse de extraordinarios e imprevisibles; y la incidencia de contingencias particulares como son las modificaciones legales sobrevinientes.

Punto aparte, y muy recomendable de revisar, por influir en la teoría misma de la imprevisión, son las explicaciones sobre la aplicación de la institución a los contratos unilaterales y la búsqueda de un fundamento común con los contratos bilaterales; y, contrariamente, a la búsqueda de la razón por la cual sólo se admite la modificación o reducción en el derecho italiano y no la resolución (pp. 119 ss.). La cuestión es del todo interesante frente a la existencia de legislaciones que no distinguen remedios según sea la categoría de contrato de que se trate (v.gr., art. 1091 Código civil y comercial argentino). Incluso más, con miras al futuro de la institución, al existir propuestas legislativas en el mismo sentido (el art. 526-5 de la propuesta española de reforma al Código civil, acoge la revisión o resolución sin distinción⁵).

Particularmente interesante es la distinción inicial entre excesiva onerosidad sobreviniente e imposibilidad sobrevinida, en el entendido que ésta puede derivar de un excesivo sacrificio económico del deudor pero únicamente si éste es tal que supere el esfuerzo de diligencia debido, en cuanto sea del todo anormal respecto al resultado debido. Quizás por considerarlo demasiado claro, el autor no profundiza la diferencia en la clasificación.

Esta involuntaria omisión desde luego, resulta especialmente sentida para Chile, pues uno de los motivos más relevantes por los cuales la teoría de la imprevisión se rechaza, es precisamente porque si hay objetiva y verdaderamente excesiva onerosidad, significaría que al deudor está liberado de toda responsabilidad a su respecto, pues de lo contrario se le estaría exigiendo desplegar un esfuerzo superior al debido. La conducta exigida resulta fundamentalmente determinada por la existencia de grados de la culpa (art. 44 del Código civil chileno); la relación entre estos grados y la utilidad o interés de los contratantes (art. 1547); y los sacrificios que la buena fe impone (art. 1546). Por el contrario, si del conjunto de estos elementos se determina que no hay ningún cobro excesivo respecto de lo debido, entonces no puede ni modificarse ni dejarse sin efecto el contrato, pues este es una ley para las partes (art. 1545). «En consecuencia, el efecto obligatorio del contrato y el principio de la inmutabilidad del mismo, se oponen a toda posibilidad de introducir en nuestro derecho la llamada tradicionalmente "teoría de la imprevisión"»⁶.

Y si bien sustancialmente esta postura siempre me ha parecido atendible, destaco la ventaja práctica de la recepción de la imprevisión que Gabrielli pone de manifiesto como es, produ-

⁵ *Propuesta de Código civil*, libros quinto y sexto, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant Lo Blanche, Valencia, 2016.

⁶ P. RODRÍGUEZ GREZ, *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1992, 216.

cido el hecho sobreviniente que hace excesivamente onerosa la prestación, que el deudor pueda accionar, en vez de omitir la prestación sin título judicial que lo legitime en su actitud (p. 118).

El libro finaliza con un capítulo quinto dedicado a los remedios frente a la imprevisión. La discusión acerca de si puede alegar la excesiva onerosidad sólo como acción o también como excepción, resultando la primera la postura mayoritaria en Italia, es desde luego un problema de la máxima relevancia para el deudor aquejado con los hechos imprevistos acaecidos. La exposición de la problemática y la situación italiana es inspiradora, lo que queda demostrado con las legislaciones que han solucionado expresamente el dilema, admitiendo su alegación por cualquiera de las vías procesales (v.gr. art. 1091 Código civil y comercial argentino).

El capítulo también aborda la problemática de la devaluación monetaria y la recuperación de la economía del contrato. Desde luego, para los latinoamericanos, una materia de extrema sensibilidad dados los cambios constantes en sus economías en algunos de los países de la región. El autor estudia el problema de la compatibilidad de la resolución por excesiva onerosidad con el principio del nominalismo. Es evidente que si es éste el que rige, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda puede importar una verdadera injusticia para el contratante perjudicado con ella, desdibujándose totalmente la función económica inicial del contrato. Por el contrario, el realismo monetario, principio que rige en Chile, evita las dificultades que se plantean. Ello claro está mientras exista efectivamente estabilidad. Una inestabilidad imprevista de la economía, puede provocar que la prestación dineraria de una parte se reajuste conforme a la inflación, mientras que contraprestaciones en especies de otra naturaleza (por ejemplo a propósito de un contrato de suministro), vean reducido su valor por una caída brusca en la demanda. Luego, se pagan altos valores en virtud de la inflación por una parte, a cambio de bienes de reducido valor debido a una baja de su precio en el mercado por la otra.

Por último, señalamos que el capítulo quinto también contiene e informa a los investigadores de esta parte del continente acerca de la discusión que ha tenido lugar en Italia respecto de la naturaleza de la oferta de modificación del contrato (negocial o procesal), conforme la posibilidad que da el art. 1467 al contratante demandado de evitar la resolución del contrato; así como un análisis sobre el contenido que debiera tener esta oferta y la intervención limitada que le cabe al juez en el proceso. Igualmente, se revisa la reducción de la prestación que el art. 1468 establece como posibilidad para los contratos unilaterales; la adecuación del contrato bajo el principio de la conservación de los contratos y la renegociación que ello supondría.

En resumen, una efectiva y sustantiva contribución de Gabrielli a la teoría de la imprevisión en general y, un real aporte a la doctrina latinoamericana. El esfuerzo y preocupación por publicar la obra en español y en América se deben agradecer al maestro, y doblemente leyendo vivamente su libro.

[GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA]