

Título: **Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino**
Autor: Grasso, Manuel
País:  Argentina
Publicación: Revista de Derecho Privado - Número 36 (2019)
Fecha: 10-01-2019 Cita: IJ-DVL-702

Sumarios

Este trabajo problematiza el requisito de la imprevisibilidad como condición de aplicación de los remedios de adecuación o resolución del contrato previstos por el nuevo código civil y comercial argentino de 2014 para el supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida. Pese a que el reciente texto normativo, a diferencia del sustituido, lo omite, la doctrina argentina y una incipiente jurisprudencia lo dan por existente. Tras un análisis del dispositivo legal y de las distintas interpretaciones, se propone una solución diversificada: la imprevisibilidad será un requisito cuando la onerosidad sobrevenida sea “excesiva”, pero no habrá de exigirse cuando, además de excesiva, sea manifiestamente “irrazonable o inicua”.

The present article has as main goal to problematise the requirement of the unpredictability as a condition for the application of the adjustment remedies or to provoke the resolution of the contract, which is established by the recent Civil and Commercial Code of Argentina (2014) for those cases in which the performance of the contract becomes excessively onerous. Despite the lack in the previous named legal code, unlike the former one, most of the Argentinian authors, as well as an incipient jurisprudence, its recognize its existence. After dealing with the regulatory text, as well as its many different interpretations, we will propose a “diversified” solution: the unpredictability should be a requirement when the performance of the contract becomes excessively onerous; on the contrary, it shouldn’t be such a requirement when, as well as an excessively onerous, the performance of the contract becomes also unreasonable or iniquitous.

Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino*

Manuel Grasso**

I. Introducción

Este trabajo aborda un problema atinente al régimen jurídico de la imprevisión en el derecho contractual argentino vigente. En pocas palabras, podríamos delimitar tal problema del siguiente modo: ¿es la imprevisibilidad del acontecimiento sobrevenido un requisito de aplicación de los remedios predispuestos por el código civil y comercial de la Nación Argentina (CccArg/2014)?

El interrogante y la consiguiente necesidad de esclarecimiento se hallan motivados por el texto del artículo 1091 del nuevo código aprobado en octubre de 2014 y vigente desde agosto de 2015. Bajo el rótulo “imprevisión”, el dispositivo legal regula la figura omitiendo toda referencia a la “imprevisibilidad” o, como quiera que sea, al carácter “imprevisible” del acontecimiento sobrevenido como elemento descriptivo del supuesto de hecho captado por la norma.

La ausencia es bastante visible, sobre todo si se coteja la formulación de la norma vigente con la de su precedente. En efecto, la segunda parte del artículo 1198 (según reforma del año 1968 [Ley 17.711] del código civil sustituido [CcArg/1869]) describía el supuesto de hecho productor de la “excesiva onerosidad” empleando la expresión “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”. Durante décadas, doctrina y jurisprudencia se habían esforzado en la afinación del concepto de imprevisibilidad, que actuaba como verdadero “filtro” y que servía de fundamento para excluir la aplicación de los remedios a algunos supuestos de acontecimientos inflacionarios y de fuerte devaluación, problema estructural que aquejó a la República Argentina durante prácticamente toda la segunda mitad del siglo xx y que motivó la frecuente aplicación práctica de la figura. Con relación a este punto, los autores habían llegado a un consenso: había una inflación “previsible” y una “imprevisible”; frente a los contratos “estropeados” por la primera, no había nada que

hacer; si el desequilibrio era causado por la segunda, se echaba mano de los remedios regulados por el artículo 1198 (CcArg/1869). Lo que de momento importa destacar es que durante la vigencia de aquella norma era difícil sostener que el requisito de la “imprevisibilidad” representaba un detalle menor, meramente decorativo; al contrario, en un número importante de casos la concreta aplicación o no de los remedios predispuestos por la norma se resolvía a partir de ese criterio. Asimismo, hay que recordar que la doctrina consideraba que “extraordinarios e imprevisibles” eran dos requisitos distintos que debían presentarse simultáneamente, y a nadie se le había ocurrido proponer que se trataba de una hendíadis, es decir, un concepto único expresado mediante dos términos combinados.

Ahora bien, el marco normativo ha cambiado y el texto del código vigente, como hecho lingüístico, difiere en este punto de su precedente. Falta, pues, un soporte textual que habilite una inequívoca inclusión de la imprevisibilidad del hecho sobrevenido entre las condiciones de aplicación del artículo 1091 del CccArg/2014. En términos claros: la ausencia de mención expresa no puede ser superada a la ligera. Sin embargo, la doctrina argentina no lo entiende así: por el contrario, juzga indudable que la imprevisibilidad sigue integrando el supuesto de hecho captado por la norma. Es más, esta ha sido la línea interpretativa aplicada en un reciente fallo.

En suma, la primera hipótesis que sustenta este trabajo es la siguiente: esta interpretación doctrinaria y jurisprudencial no puede adoptarse sin antes ser sometida a un riguroso análisis, pues carece de un soporte lingüístico que la haga evidente.

¿Por qué razón el legislador de 2014 omitió integrar la imprevisibilidad del hecho sobrevenido como condición de aplicación de los remedios?; ¿acaso tomó, y efectivamente concretó, otro modelo de gestión de las superveniencias que no exige la imprevisibilidad como requisito?; ¿quiso excluir el requisito y, por ende, lo omitió conscientemente?; ¿acaso lo omitió por descuido?; ¿lo habrá considerado inherente a la figura y, por ende, juzgó innecesario incluirlo expresamente? No se nos escapa que es bastante difícil, o incluso quizás inútil, indagar la verdadera voluntad del legislador. Con todo, el dato objetivo de la omisión nos invita a iniciar una búsqueda, a seguir un rastro.

Ahora bien, de ese dato objetivo emergen algunas posibilidades hermenéuticas. La primera consiste en interpretar que la figura no ha cambiado en lo relativo a la descripción del supuesto fáctico: el pasaje del viejo al nuevo derecho no habría comportado solución de continuidad. A esta conclusión puede llegarse: a) restándole importancia a la falta de mención expresa de la imprevisibilidad (la mayoría de la doctrina nacional -como se verá- así lo considera), o b) advirtiendo la omisión, pero saneándola con base en distintos argumentos.

La segunda consiste en advertir que el legislador de 2014 ha producido un verdadero cambio. El régimen actual de la figura de la imprevisión en el ordenamiento jurídico argentino exige que el hecho sea extraordinario, pero no imprevisible. Tendremos así una “imprevisión sin imprevisibilidad”. Una variante de esta hipótesis sería la siguiente: en determinados supuestos la imprevisibilidad es un requisito y en otros no.

Esta última posibilidad interpretativa es la que consideramos más plausible: he aquí nuestra segunda hipótesis.

La cuestión acarrea serias implicaciones prácticas. Las normas describen supuestos fácticos que, para usar una metáfora, hacen las veces de “filtro”. En el caso de la “imprevisión”, un contratante puede exigir la resolución o adaptación si demuestra que su caso ha superado ese “filtro”. Ahora bien, si la “imprevisibilidad” ya no forma parte del “filtro”, ello quiere decir que este se ha vuelto más poroso, lo que comporta una significativa ampliación del número de casos que caen dentro de las reglas de la imprevisión. A esto hay que añadir que en la historia argentina reciente son muchos los casos a los que se les ha negado la aplicación de las reglas de la imprevisión precisamente por no reunir el requisito de la imprevisibilidad (no obstante ser extraordinarios). En suma: desde el punto de vista práctico, la cuestión no es para nada menor y ello permite -al menos a priori- aguardar un rendimiento práctico de nuestra investigación.

Este es un trabajo de dogmática jurídica. El método de esta disciplina nos obliga a analizar el problema que hemos presentado a la luz de las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias. Empero, el objetivo que nos proponemos no se limita a describir, pues también pretendemos arrimar una propuesta interpretativa original, habilitando su discusión crítica.

De ahí que nuestro primer paso consistirá en dejar bien en claro qué dice (y -fundamentalmente- qué no dice) el artículo 1091 del CccArg/2014 y qué han interpretado al respecto la doctrina y la jurisprudencia (i); habrá de marcarse, luego, el contraste con el régimen jurídico anterior (ii), y convendrá repasar los sucesivos

proyectos de reforma anteriores al que finalmente prevaleció (iii). A esta etapa meramente descriptiva le seguirá una fase de construcción teórica de nuestra posición doctrinaria: contrato, buena fe, contratante previsor y tutela del sinalagma (iv) son las bases sobre las que construiremos nuestra propuesta interpretativa final (v).

II. ¿Imprevisión sin imprevisibilidad? El problema en el derecho argentino vigente

A. El texto del artículo 1091 del nuevo código civil y comercial

En un solo artículo el CccArg/2014 regula la institución:

Art. 1091: 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, sobrevinida 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 álea propia.

La interpretación que aquí proponemos se ciñe al supuesto de hecho captado por la disposición jurídica¹. Es posible identificar allí la presencia de una serie de elementos unidos en una secuencia causal: un hecho ajeno a las partes, y cuyas consecuencias no han sido asumidas por la parte afectada, causa una alteración extraordinaria de las circunstancias y esta alteración causa, a su vez, una excesiva onerosidad a cargo de una de las partes. Esa secuencia causal se verifica en la fase de cumplimiento de un contrato conmutativo y de ejecución diferida o permanente.

La rúbrica “imprevisión”, fuertemente arraigada en la doctrina argentina, deriva de la tradición francesa (théorie de l'imprévision²). Empero, ¿qué es lo imprevisible? La cuestión admite dos enfoques: a) desde la óptica del presente (fase de ejecución del contrato), lo que las partes no previeron en el pasado (fase de celebración) fue la ocurrencia del hecho que desencadenó luego la alteración que, a su vez, provocó la excesiva onerosidad; b) bajo el mismo esquema, lo que las partes no previeron fue una regla que pudiera resolver esa situación. En cualquier caso, la norma viene a resolver esa falta concreta de “previsión”.

Última constatación, ya varias veces enunciada: ni el término “imprevisible” ni “imprevisibilidad” aparecen en el texto.

B. La interpretación: doctrina y jurisprudencia

Pese a esa última constatación objetiva, la doctrina argentina está convencida de que el artículo 1091 incluye el carácter imprevisible en la descripción del supuesto fáctico. Claro que su ausencia en el texto no habilita a descartar automáticamente su presencia en la regla jurídica. Empero, a juzgar por la acentuada similitud entre los comentarios exegéticos al texto actual (art. 1091 del CccArg/2014) y los que se consagraban al texto derogado (art. 1198 del CcArg/1869), se sospecha que -en muchos casos- tal posición hermenéutica obedece a una suerte de inercia irreflexiva.

En efecto, el dispositivo legal derogado incluía expresamente el elemento de la imprevisibilidad como condición de aplicación de la norma:

Art. 1198 (CcArg/1869): Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

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.

La doctrina argentina -salvo contadas excepciones- no da mucha importancia a las evidentes diferencias entre ambas formulaciones. De hecho, hay autores que ni siquiera señalan expresamente haber advertido la ausencia del requisito de imprevisibilidad, descontando que se halla presente. Otros estiman que los mecanismos fijados en el artículo 1091 (CccArg/2014) se aplican en caso de hecho imprevisible y extraordinario³; y un sector no comenta nada y prefiere enfatizar solamente el carácter sobrevenido del evento, esto es, posterior a la celebración del contrato⁴, o bien mencionar la extraordinariedad sin siquiera aludir a la “imprevisibilidad”⁵.

Sin embargo, una parte de la doctrina advierte efectivamente la ausencia, aunque considera que la imprevisibilidad es un requisito y argumenta en ese sentido. Pizarro fue uno de los primeros en advertir la omisión:

¿Debe ese hecho generador ser, además [de extraordinario], imprevisible? El art. 1091 nada dice al respecto. Nosotros creemos que la respuesta es afirmativa. El hecho generador de la alteración extraordinaria debe ser imprevisible pues de lo contrario integraría el riesgo asumido por la parte afectada al tiempo de contratar. En nuestra opinión, debe reunir todos los requisitos propios del *casus*, esto es imprevisible, extraordinario, inevitable, actual, sobreviniente al nacimiento de la obligación y ajeno a las partes⁶.

Empero, hay otros argumentos. Según Aparicio, “está implícita la exigencia de que la alteración de las circunstancias, amén de ser extraordinaria, debe ser imprevisible, rasgo tradicionalmente característico del instituto”⁷. Hernández⁸ considera que “[a]unque no se aluda al hecho imprevisible, la exigencia surge del propio título de la norma, calificada como imprevisión”⁹. Por último, también Sánchez Herrero advirtió la falta de inclusión expresa del requisito¹⁰. Sin embargo, según el autor, se trataría de nociones intercambiables, esto es, “la alteración extraordinaria es imprevisible y la alteración imprevisible es extraordinaria; la alteración ordinaria es previsible y la alteración previsible es ordinaria”¹¹. De allí que la cuestión de decidir si la imprevisibilidad es o no un requisito carezca, a su modo de ver, de relevancia práctica: “Tanto si consideramos que la imprevisibilidad es un requisito del régimen de la imprevisión como si no, este régimen será aplicable a los mismos casos: las alteraciones que se descartarían por ser previsible también serían descartables por no ser extraordinarias; las alteraciones que se incluirían por ser imprevisible también se incluirían por ser extraordinarias”¹². El argumento de Sánchez Herrero es correcto si se consideran válidas sus premisas, a saber, que extraordinario e imprevisible “definen el mismo fenómeno desde ángulos diferentes: lo extraordinario se predica respecto del objeto en sí, mientras que lo imprevisible es imprevisible para alguien, para un sujeto *cognoscente*”¹³. Sin embargo, resulta difícil aceptar plenamente esas premisas¹⁴.

Al fin y al cabo, para todos estos autores (es decir, aquellos que son conscientes de la omisión en el art. 1091 del CccArg/2014) la imprevisibilidad es un elemento que integra el supuesto de hecho captado por la norma, y sus argumentos son:

- a) debe ser imprevisible, pues el hecho que provoca la excesiva onerosidad sobrevenida debe reunir las características del *casus* (Pizarro; Abatti, Rocca y Guzmán);
- b) debe ser imprevisible, pues de lo contrario integraría el riesgo asumido por la parte afectada (Pizarro; Sánchez Herrero);
- c) debe ser imprevisible, pues todo lo extraordinario lo es (Sánchez Herrero);
- d) debe ser imprevisible, pues así lo indica el nombre de la institución (imprevisión) (Hernández; Sánchez Herrero);
- e) debe ser imprevisible, pues tradicionalmente así se lo ha considerado (Aparicio).

Por último, vale la pena mencionar una posición aislada, aunque valiosa. Gherzi describe el supuesto fáctico poniendo el eje en el aspecto objetivo: “equilibrio que se rompe en virtud de las alteraciones de las bases objetivas económicas que se tuvieron en vista al contratar”¹⁵. La perspectiva es la del efecto de la alteración, no la de las características de esta. Esta postura encuentra alguna sintonía con la que aquí proponemos (cfr. *infra*, especialmente, *iv.D*).

En cuanto a la interpretación jurisprudencial, hay un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, que da por hecho que la “imprevisibilidad” constituye un requisito. El fallo, de fecha 10 de noviembre de 2015^[16], señala que “aunque el actual *c.c.com.* 1091 no contenga expresamente el requisito de la imprevisibilidad, comparto la doctrina de los autores que proporciona una respuesta afirmativa a su

necesidad, puesto que en caso contrario integraría el riesgo asumido por la parte afectada al contratar”17. La Cámara siguió, con expresa mención, el trabajo de Pizarro que aquí se ha comentado.

En suma, las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales consideran que la imprevisibilidad del evento sobrevenido es un requisito de aplicación de los remedios previstos por el artículo 1091 del código vigente. Por nuestra parte, opinamos que esa postura es, cuando menos, dudosa. De hecho, si se pretendiera considerar incluida en la *fattispecie* el elemento imprevisibilidad, toda vez que en la norma no está (habiendo estado en el régimen legal inmediatamente precedente), por más nombre de la teoría, por más tradición que tenga, la “carga argumentativa” pesaría sobre quien así lo postulara. Y ello es así aun cuando la aplicación de los mecanismos que activa la imprevisión sea excepcional18.

III. “Acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” en el código derogado. Interpretación doctrinaria y jurisprudencial (1968-2015)

Al comentar el dispositivo legal del artículo 1198 (CcArg/1869, reformado por Ley 17.711 de 1968[19]), los autores coincidían en una idea fundamental: ambos caracteres, extraordinario e imprevisible, debían estar simultáneamente presentes en el caso para habilitar el pedido de resolución del contrato. En otros términos, no era suficiente que se presentara una de las dos condiciones: era indispensable que el evento las reuniera ambas “a la vez”, “conjuntamente”20.

Se trataba, pues, de conceptos o caracteres autónomos que podían presentarse de manera aislada: un hecho podría ser extraordinario, pero previsible, o bien imprevisible, pero ordinario21. Sin embargo, había dificultades para identificar una separación conceptual clara; sobre todo, los autores titubeaban al intentar “aislar” la imprevisibilidad, la que solía quedar absorbida en el carácter extraordinario del evento22.

En esta línea, pero intentando distinguir con mayor claridad los conceptos, Mosset Iturraspe indicaba que “[u]n hecho será extraordinario cuando se aparta del curso natural y normal de las cosas, cuando no acostumbre a suceder”, mientras que “[u]n hecho será imprevisible cuando las partes no lo han podido prever, aun empleando la debida diligencia”23. El autor englobaba la idea en la expresión “riesgo imprevisible”: “extraordinariedad e imprevisibilidad, es decir, deben escapar al acontecer común u ordinario, y no haber podido anticiparse su ocurrencia, cubrirse de sus consecuencias dañosas”24.

Por otra parte, algunas interpretaciones colocaban en la imprevisibilidad la característica fundamental de la figura: el “carácter extraordinario del acontecimiento está asociado de manera tan indisoluble con lo imprevisible y termina por ser absorbido por éste”25. No faltaban tampoco interpretaciones algo imprecisas: “imprevisible es lo que no puede preverse o previsto no puede evitarse”26.

Está a la vista, pues, que solo de manera aproximada la doctrina nacional había logrado establecer una distinción clara y neta entre los calificativos extraordinario e imprevisible presentes en el artículo 1198 del CcArg/1869. Los autores señalaban que se trataba de requisitos distintos que debían concurrir simultáneamente, pero vacilaban a la hora de establecer el criterio distintivo. En efecto, las hipótesis interpretativas pueden agruparse del siguiente modo: a) lo extraordinario es per se imprevisible, pues al colocarse fuera de lo que “normalmente” sucede, un hecho de tales características escapa, por definición, a las posibilidades razonables de previsión; b) lo imprevisible es per se extraordinario, ya que lo imposible de prever es, por definición, extraordinario. Es evidente que ninguna de estas interpretaciones se condice con la idea central de la doctrina de este período, a saber: que no es suficiente que el evento sobrevenido presente una de las dos condiciones, pues es indispensable que reúna ambas “a la vez”, “conjuntamente”27. En otras palabras: primero se dice que al elemento a habrá de sumarse b; pero luego se establece que dentro de a ya se aloja b, o bien que dentro de b está incluido a, por lo que ante la presencia de uno nada ha de sumarse.

Empero, hay que agregar que, además de las interpretaciones de la expresión “extraordinarios e imprevisibles”, un sector importante de la doctrina argentina consideraba que el hecho debía reunir caracteres semejantes a los del caso fortuito: imprevisibilidad, irresistibilidad, extraneidad, actualidad y sobreveniencia28. Así, a los establecidos por el artículo 1198 (extraordinario e imprevisible), los autores añadían otros requisitos, puntualmente los elaborados en relación con el artículo 514[29] del CcArg/1869.

Por último, y para concluir el breve repaso de las posiciones doctrinarias de este período, hay que mencionar la original tesis de Prieto Molinero. En un artículo publicado en 2010[30], el autor consideraba que la exigencia del artículo 1198 (“acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”) no solo era innecesaria sino que, y esto es peor aún, se trataba de un requisito que “en la práctica, termina obstando a la posibilidad de que la parte que sufre las consecuencias negativas de un desequilibrio inculpable en las prestaciones pueda remediar en forma equitativa su situación”31. Prieto Molinero dirige su reproche al modelo italiano, responsable directo

del error argentino, por haber dado la espalda a toda la tradición jurídica precedente. Durante siglos, según el autor, los juristas razonaron tomando como eje una idea básica que nada tiene que ver con

... el carácter de extraordinario e imprevisible de la situación de la que se deriva la excesiva onerosidad, sino [con...] algo aún más básico: que resulta contrario a la equidad que una de las partes pretenda continuar con el contrato como si nada hubiera sucedido no obstante la carga exagerada que ahora tiene que soportar la otra

[...] pese a que la causa del desequilibrio en las prestaciones es completamente ajena a las posibilidades de actuación de ambas³².

¿Cómo se justifica esta ruptura? Para la doctrina y, sobre todo, para los jueces italianos era más fácil asimilar la excesiva onerosidad sobrevenida a la teoría de la “fuerza mayor”, sustituyendo simplemente la idea de “imposibilidad material” por la de “dificultad material”³³, como efecto del evento irresistible. Alemania, en cambio, “la gran especialista en la materia”³⁴, jamás había tenido en cuenta el carácter extraordinario e imprevisible del evento. El desarrollo de la teoría de la presuposición y de la base del negocio jurídico nunca había tenido en cuenta aquella exigencia codificada en Italia y -lamentablemente- tomada por el artículo 1198 del CcArg/1869. Sin embargo, y esto es lo curioso a juicio del autor, son esas elaboraciones alemanas las que la doctrina suele mencionar como fundamento del régimen de la imprevisión en Argentina (al menos en relación con el régimen derogado).

La conclusión de Prieto Molinero es la siguiente:

[E]l requisito del carácter extraordinario e imprevisible importa el haber privilegiado la forma sobre la esencia. ¿Cuál es la esencia en la teoría de la imprevisión? La desproporción inculpable en las prestaciones del contrato como consecuencia de un hecho externo que trasciende las posibilidades de actuación de las partes, así como la injusticia que supone que alguna de ellas pretenda seguir obrando como si nada hubiera sucedido no obstante la carga injusta que ahora pesa sobre la otra. Lo importante es entonces la inequidad de la situación y el carácter ajeno e inculpable de la causa que la origina, no la “originalidad” de la misma³⁵.

Pasemos ahora a la interpretación jurisprudencial³⁶ de la expresión “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” del dispositivo legal derogado.

Desde su regulación en 1968, la teoría de la imprevisión tuvo enorme importancia práctica en Argentina. Su difusa aplicación estuvo ligada al grave cuadro de decadencia económica y política que sufrió la República Argentina durante la segunda mitad del siglo xx y principios del xxi, y particularmente al problema de la inestabilidad monetaria³⁷.

El requisito de la “imprevisibilidad” fue decisivo en muchos casos. Del enorme material de fallos puede extraerse el siguiente criterio: la inflación histórica-estructural era un fenómeno previsible, descartándose entonces la aplicación de la teoría de la imprevisión³⁸; la “hiperinflación”, el súbito y anormal golpe inflacionario, es un fenómeno imprevisible que habilitaba la aplicación de remedios³⁹.

Sin embargo, algunos autores lamentaban que fuera “un lugar común en nuestra jurisprudencia que cuando en una época de inflación se celebra un contrato de duración prolongada, las partes pueden y deben prever las repercusiones que sobre sus obligaciones ha de tener la inflación. O lo que es igual, cuando el cumplimiento deviene excesivamente oneroso no puede invocarse la teoría de la imprevisión”⁴⁰.

Por otra parte, en cuanto a la distinción conceptual entre extraordinario e imprevisible, resulta muy interesante lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C (en Yacub, Enrique c. Mar Caribe S.R.L.⁴¹) y, especialmente, las reflexiones de Spota⁴² al respecto. El autor cuestiona al tribunal el haber dejado de lado una cuestión decisiva, a saber, determinar si ese hecho (devaluación del año 1981) “extraordinario” resultaba también “imprevisible”, como exigía el artículo 1198 del CcArg/1869, pues “no se trata de una insistencia del texto legal en cuanto a que lo ‘extraordinario’ comprendería lo ‘imprevisible’”⁴³. En efecto, “lo extraordinario es lo que no acaece ‘según el curso natural y ordinario de las cosas’ (art. 901 Cód. Civil). Lo imprevisible es aquel evento que no tiene un ‘nexo adecuado de causalidad’ con el hecho que motiva la excesiva onerosidad (art. 906, Cód. Civil)”⁴⁴.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también afirmaba la relevancia del requisito de la imprevisibilidad: “Resulta imprescindible que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que ellas sean además significativas, es decir que posean una especial importancia”⁴⁵.

Por último, algunos criterios jurisprudenciales sobre el carácter extraordinario ya habían anticipado la idea, sostenida por cierto sector de la doctrina, de que en tal carácter se comprende lo imprevisible: “Acontecimiento extraordinario es el que no es normal que se verifique y, especialmente, el que las partes no pueden haber pensado porque está fuera de su imaginación”⁴⁶. También hay fallos que parecen colocar el eje en lo objetivo: “Un hecho es extraordinario, cuando sale de lo común, de lo normal, de lo habitual”⁴⁷.

A modo de recapitulación, del inmenso material jurisprudencial de este período pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) Al menos en Argentina, el área de casos alcanzados por la teoría de la imprevisión está trazada fundamentalmente por contratos afectados por inflación y devaluación;
- b) Para resolver esos casos, los tribunales emplearon un filtro decisivo: el carácter previsible o imprevisible del fenómeno;
- c) Al igual que en doctrina, también los jueces titubeaban al momento de identificar un criterio distintivo entre “extraordinario” e “imprevisible”, pese a exigir la presencia de ambos.

IV. La descripción del supuesto de hecho en los proyectos de reforma al derecho privado argentino

Todos los proyectos de actualización y/o reforma del derecho privado argentino posteriores a la sanción de la Ley 17.711 mantuvieron la figura, aunque con algunas variantes⁴⁸. El Proyecto de código único de 1987^[49] [P1987], el Proyecto de reforma al código civil y unificación de la legislación civil y comercial de 1993 elaborado por la Comisión Federal creada por la Cámara de Diputados [P1993CF]⁵⁰ y el Proyecto de reformas al código civil, también de 1993, pero elaborado por una comisión creada por el Poder Ejecutivo Nacional [P1993pen]⁵¹, contenían en sus respectivos textos la expresión “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”.

En cambio, el Proyecto de código civil de la República Argentina unificado con el código de comercio de 1998⁵² [P1998], redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, establecía en el artículo 1060:

Imprevisión. Si, en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, en términos que resultan irrazonables o inicuos, 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 tribunal, por acción o como excepción, la rescisión total o parcial del contrato, o su adecuación [...].

En el fundamento 181 de este Proyecto, nada se dice sobre la eliminación del término “imprevisible”⁵³. De este Proyecto se habrían tomado los cambios introducidos al artículo 1091 del CccArg/2014, respecto a la redacción del artículo 1198 del CcArg/1869^[54]. Este punto es muy importante para la construcción de nuestra propia propuesta interpretativa (lo retomaremos oportunamente infra iv.B).

V. Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el ordenamiento jurídico argentino vigente: las bases de nuestra propuesta interpretativa

Hasta aquí hemos cumplido una labor prevalentemente descriptiva: repaso de las fuentes legales y de las interpretaciones doctrinas y jurisprudenciales, tanto del derecho vigente como del derogado, en relación con la problemática de la imprevisibilidad del evento sobrevenido como condición de aplicación de los remedios frente a la excesiva onerosidad. Ahora, y como lo hemos anticipado, pasamos a establecer algunos postulados dogmáticos sobre los que construiremos nuestra propia interpretación respecto del problema planteado inicialmente en el ámbito del derecho argentino vigente.

A. El contrato y su inmutabilidad

Según Lecuyer, todo contrato es un acto de previsión que permite a las partes apropiarse del futuro, y de allí deriva su fuerza obligatoria⁵⁵. En realidad, a esa idea convendría agregar que los extremos de tal proposición se necesitan mutuamente: es cierto que la eficacia previsor (o sea, el hecho de que se pueda confiar en la virtualidad futura del programa prestacional previsto al momento de celebrar el contrato) depende de la obligatoriedad que de él emana; sin embargo, también es cierto que la fuerza vinculante futura recibe su eficacia de una previsión originaria, la del momento de la manifestación de voluntad. Voluntad originaria que mediante un acto de previsión anticipa el futuro; cumplimiento futuro asegurado por el efecto vinculante que

deriva de aquel acto voluntario; e imposibilidad de arrepentirse unilateralmente: estas son las piezas de un aparato, el contractual, capaz de satisfacer exigencias humanas.

Con todo, esto no significa que el contrato sea per se intangible e inmutable. En primer lugar, porque las partes pueden, de común acuerdo, modificar lo inicialmente previsto: se trata de la adaptación convencional del contrato⁵⁶ que, con el evidente límite de no afectar a terceros, las partes pueden realizar libremente. En segundo lugar, porque muchos ordenamientos jurídicos modernos hacen jugar un rol relevante a la estabilidad de las circunstancias presentes al momento de la asunción del vínculo (modelo de la cláusula rebus sic stantibus), o a la conservación del fundamento negocial (modelo del Geschäftsgrundlage), o bien a la conservación de la equivalencia de las prestaciones (modelo de la eccessiva onerosità sopravvenuta)⁵⁷. Este último modelo (el adoptado -aunque con matices- en Argentina) tiende a proteger el sinalagma funcional frente a situaciones que provocan su deterioro excesivo y, en consecuencia, facultan a la parte perjudicada a solicitar la intervención del juez a fin de disolver el vínculo o adaptarlo.

Con distintos fundamentos, equidad contractual, justicia conmutativa, principio de buena fe, abuso del derecho⁵⁸, se disciplinan figuras cuyo propósito principal es gobernar el equilibrio contractual a lo largo de la vida del contrato⁵⁹. Esas figuras no deben colocarse en inefable contraposición con el principio de inmutabilidad del contrato; es más, gracias a esas reglas el contrato se adecúa a las nuevas circunstancias para que siga siendo lo que fue al momento de celebrarlo. En otros términos, se adapta el contrato para mantener el equilibrio económico establecido originariamente y hacer frente a las alteraciones extraordinarias que lo han desequilibrado. Desde esta óptica, “inmutabilidad” (fuerza obligatoria) y “modificación” (“imprevisión”, para tomar el rótulo argentino) -pese a la tensión aparente- son caras de una misma moneda: se modifica la “letra” original del contrato para que permanezca inmutable el “equilibrio” original, es decir, para que la realidad sustancialmente alterada no termine alterando sustancialmente el contrato.

B. El texto del artículo 1060 del Proyecto de 1998 como clave de lectura del artículo 1091 del código civil y comercial

En esa lógica parece inspirarse el modelo que sirvió como fuente para la elaboración del artículo 1091 del código vigente, es decir, el artículo 1060 del P1998[60]:

Art. 1060 (P1998): Si [...] la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, en términos que resultan irrazonables o inicuos, 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 [...].	Art. 1091 (CccArg/2014): Si [...] 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 [...].
--	---

El artículo 1091 omite la expresión “en términos que resultan irrazonables o inicuos”, presente en el modelo tomado, al que sigue al pie de la letra, a excepción -justamente- de la frase apenas aludida. La diferencia

entre el modelo tomado (art. 1060 del P1998) y el resultado obtenido (art. 1091 del CccArg/2014) echa luz sobre la cuestión fundamental de este trabajo, o sea, determinar si la imprevisibilidad es o no un requisito de procedencia de los remedios de la imprevisión.

El P1998 proponía un balanceado modelo de “gestión de las superveniencias”, capaz de expresar un compromiso entre los dos elementos que componen el contrato: la voluntad (elemento subjetivo) y, en los contratos con prestaciones recíprocas, el sinalagma (elemento objetivo). La norma proyectada no exigía la “imprevisibilidad”, siendo suficiente una alteración “extraordinaria” de las circunstancias. Sin embargo, habilitaba los remedios a condición de que la mayor onerosidad provocada por esa alteración, además de “excesiva”, fuera irrazonable o inicua.

Una esquemática comparación de los supuestos de hecho captados por los artículos 1198 (CcArg/1869), 1060 (P1998) y 1091 (CccArg/2014) permite evidenciar las diferencias:

Art. 1198 (CcArg/1869)	Art. 1060 (P1998)	Art. 1091 (CccArg/2014)
1) Acontecimientos extraordinarios;	1) Alteración extraordinaria.	1) Alteración extraordinaria.
2) e imprevisibles.	2) Excesiva onerosidad.	2) Excesiva onerosidad.
3) Excesiva onerosidad	3) Irrazonable o inicua.	

La imprevisibilidad es requisito expreso en el primero, pero no lo es en los dos restantes⁶¹. Para compensar esa ausencia, el artículo 1060 proyectado había agregado un requisito que calificaba la excesiva onerosidad en términos de “irrazonable o inicua”, exigencia ausente en los dos restantes. El artículo 1091 carece de uno y otro requisito. En fin, consideramos que al artículo 1091 hay que agregarle necesariamente al menos uno de los dos requisitos que expresamente no prevé.

Retomemos el interrogante que guía nuestro trabajo: ¿es o no la imprevisibilidad de la alteración sobrevenida de las circunstancias un requisito de procedencia de los remedios que dispone la figura de la imprevisión en el ordenamiento argentino vigente?

1) Sí lo es, cuando la “mayor” onerosidad no llegara a ser irrazonable o inicua.

2) No lo es, cuando la excesiva onerosidad fuera irrazonable o inicua.

Para mantener la coherencia, por “excesiva” deberá entenderse simplemente ‘mayor’ a la inicial y relevante, o sea, significativa. La doctrina ha interpretado que el carácter excesivo “supone que la ventaja supere en mucho el sacrificio o a la inversa”⁶². Empero, hace además coincidir la expresión “onerosidad excesiva” con una onerosidad “desmesurada, exorbitante, intolerable”⁶³.

En suma, nuestra tesis diversifica la respuesta al interrogante:

1) Si la ruptura del equilibrio contractual produjo una situación irrazonable o inicua, mantener el cumplimiento del contrato en sus términos originarios, es decir, sin adaptarlo, generaría una tremenda injusticia, sin importar que el hecho productor de la misma haya sido o no previsible. En estos supuestos la imprevisibilidad no es un requisito.

2) Si el evento sobrevenido produjo una ruptura del equilibrio, pero no es manifiestamente irrazonable o inicuo mantener el contrato, entonces sí que hay que indagar el carácter previsible o no de tal evento. En estos supuestos la imprevisibilidad es un requisito⁶⁴. Solo en casos en los cuales era razonable prever lo efectivamente imprevisto, la “mayor” onerosidad sobrevenida debe pesar sobre la parte afectada; solo en esos casos habrá que suponer que se trató de un riesgo asumido por ella⁶⁵.

Tanto la mayor onerosidad como la imprevisibilidad admiten grados. No es posible enunciar a priori fórmulas abstractas. Le corresponderá al juez, frente a cada caso, determinarlo según un criterio prudencial. En resumidas cuentas, la propuesta hermenéutica que aquí postulamos se apoya en una regla inversamente proporcional: a mayor onerosidad sobrevenida, menor relevancia tiene el requisito de la imprevisibilidad; mientras que, a menor onerosidad sobrevenida, mayor será la imprevisibilidad requerida.

Está claro que interpretar que el artículo 1091 del CccArg/2014 no exige, a veces, la imprevisibilidad implica ensanchar significativamente su ámbito de aplicación. En un artículo publicado en 1991, Alterini y López Cabana⁶⁶ proponían ampliar la base de aplicación de la “renegociación en los contratos de duración”. Los autores ponían el eje en la teoría de las “bases negociales” y señalaban que “[l]a ruptura del sinalagma funcional, conforme a la regla de buena fe, debe permitir al contratante afectado desligarse de los términos del contrato, o pretender su revisión, como lo autoriza la teoría de la imprevisión”⁶⁷. Sin embargo, se apuraban en especificar que ... esta teoría abre una ventana pequeña, a través de la exigencia de requisitos de aplicación muy puntuales, que, de no cumplirse adecuadamente, hacen generar el riesgo de mantener en pie el contrato, no obstante haber sido quebrada la esencia de la voluntad negocial. Por ello es adecuada a la buena fe la estipulación según la cual, en caso de que tales bases negociales desaparezcan, el contrato sea rescindible o reajutable⁶⁸.

Se apoyaban para ello en las conclusiones de las iv Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1990), donde se consideró “de aplicación general” la teoría de las bases del negocio jurídico, mientras que se calificó la doctrina de la imprevisión solo como “una hipótesis en singular”⁶⁹.

Años más tarde, Alterini desempeñaría un rol decisivo en la redacción del Proyecto de código civil de 1998^[70] [P1998], precisamente el texto que estamos examinando y que ha servido de base para la redacción del artículo 1091 del CccArg/2014. De ahí que lo consideremos una clave de lectura para interpretar el texto vigente.

C. Buena fe y contratante previsor

La buena fe gobierna todas las fases del contrato y determina el contenido del reglamento contractual que no puede definirse solamente a partir de lo que las partes han expresado formalmente.

Art. 961: Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Destacamos la figura del “contratante cuidadoso y previsor”. Pues bien, no es razonable exigir a los contratantes que se esfuercen en imaginar todas y cada una de las situaciones imaginables, y que las regulen de manera puntual a fin de evitar que el “riesgo de la realidad” estropee de manera absurda el equilibrio de intereses alcanzado al momento de celebrar el contrato⁷¹.

La tesis que proponemos coincide parcialmente con la doctrina mayoritaria que afirma la vigencia del requisito de la imprevisibilidad en esta materia; pero se aparta de ella, pues no consideramos que se deba mantener un contrato cuyo equilibrio ha sido estropeado de modo irrazonable o inicuo.

Admitir lo contrario supondría que todos los contratos de ejecución diferida o permanente quedan sometidos a la suerte o son una apuesta de puro azar. Es posible tolerar, aunque de manera restringida⁷², que alguien acepte expresamente que la medida de su sacrificio dependa totalmente del puro azar (distinto es el caso del contrato aleatorio, donde el esfuerzo depende de un acontecimiento incierto); lo que no es posible tolerar es que deba hacerlo si no lo ha hecho expreso, o si ello no surge de modo claro e inequívoco de elementos que provienen del propio contrato (p. ej., que ello se refleje en el menor o mayor valor de mercado).

Podría argumentarse que los contratantes deben, en todo caso, introducir una cláusula de revisión que los obligue a “reajustar” el negocio frente a una alteración relevante en las circunstancias tenidas en vista al celebrarlo, por una u otra de las partes⁷³. Sin embargo, podría también sostenerse que no hay necesidad de pactarlo de manera expresa, ya que funcionaría como una suerte de “elemento natural”, sobre todo en los contratos de duración. En esta clase de contratos, si hechos extraordinarios (no necesariamente imprevisibles) tornaran excesiva e irrazonablemente onerosa la prestación de una de las partes, la perjudicada podría pedir la adecuación, sin necesidad de cláusula expresa de reajuste. Por tratarse de un elemento natural, las partes podrían dejarlo sin efecto, pero se exigiría una exclusión expresa⁷⁴.

En todo caso, la renuncia a las reglas de imprevisión y el carácter aleatorio⁷⁵ de un contrato deben ser interpretados de manera muy restrictiva.

D. Buena fe y tutela del sinalagma

El interrogante que guía este trabajo impone, en última instancia, reflexionar sobre el fundamento de la imprevisión⁷⁶. Nuestra propuesta interpretativa se inspira, principalmente, en las reflexiones de Mario Bessone en torno a los fundamentos de la excesiva onerosidad⁷⁷. El civilista italiano considera que el problema de las “supervenencias” debe ser interpretado a la luz de una concepción plenamente “objetiva” del contrato. A partir de la década 1860 cobra fuerza esta concepción que se contrapone a otra que pretendía resolver el problema de los acontecimientos sobrevenidos no previstos o no previsibles por los contratantes basándose en la voluntad de las partes. En cambio, según la concepción “objetiva”, sería “artificial”⁷⁸ poner el eje en la voluntad, es decir, en el elemento subjetivo del contrato. A nuestro modo de ver, la doctrina argentina, al hacer hincapié en el carácter “imprevisible” del evento como condición categórica del ejercicio de las acciones de resolución o adecuación, se mueve completamente dentro de esta concepción que debe ser superada.

Asimismo, según Bessone, no puede predicarse la irrelevancia de las circunstancias sobrevenidas imprevisibles. Todo deudor se halla vinculado a cumplir dentro de los límites de la buena fe, la cual –en este aspecto– cumple una función de “integración” del contrato determinando los deberes contractuales y sus modalidades de ejecución. No solo encuentra un límite en la “imposibilidad sobrevenida”, sino también a partir de lo que la buena fe exige: en sustancia, aun siendo posible en términos absolutos, una prestación que excede los límites de lo que la buena fe impone sería inexigible.

Ahora bien, para desarrollar su función a “integradora” la buena fe se vale de dos parámetros: el tipo contractual, evaluado en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de la relación contractual específica, y el valor económico de las prestaciones, cotejado con el precio de mercado. El tipo es en sí mismo un modelo de distribución de riesgo que las partes aceptan al adoptar el esquema de referencia; el valor de mercado sirve como parámetro para identificar la ecuación económica que las partes le han dado al negocio.

Así, el juicio de buena fe permite extraer de la economía del negocio el margen de sacrificio hasta el cual los respectivos contratantes están obligados a cumplir, lo que –en definitiva– permite determinar si, producida la alteración de las circunstancias y la consiguiente mayor onerosidad, la prestación de las partes puede ser exigida o constituye más bien un abuso del derecho exigir su cumplimiento⁷⁹.

Recapitulando: hay un límite de exigibilidad que la buena fe (con todos esos parámetros) tolera, y en estos casos el deudor no puede excusarse en la mayor onerosidad sobrevenida para no cumplir; fuera de este límite, operarían las reglas de resolución (y en Argentina, también de adecuación), aun frente a circunstancias previsibles⁸⁰.

También las reflexiones de Neme Villarreal han servido de base para elaborar la propuesta interpretativa que aquí se presenta. La jurista colombiana⁸¹ critica la insistente (y moderna) referencia al carácter “extraordinario e imprevisible” para restringir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando en realidad el eje debería ser el de la “irresistibilidad” del evento que genera el desequilibrio económico de la relación negocial. De manera puntual, advierte que “la razón de ser de la regla no está ciertamente en la imprevisibilidad de los hechos sobrevenidos, sino en los efectos de estos hechos no imputables al afectado”, prefiriendo así la noción de “desequilibrio no imputable” causado por hechos sobrevenidos. Se exige, así, “un razonamiento de subordinación de la previsibilidad en favor de los valores que contiene el principio de buena fe: el leal equilibrio de las prestaciones y del principio de equidad: la equitativa distribución de riesgos que, como se dijo, no desaparecen por el hecho de no haber sido previstos por las partes pudiendo haberlo sido”⁸².

La clave es, pues, la buena fe como principio que señala el límite de exigibilidad y –a la vez– como principio que tutela el equilibrio concreto de la economía del contrato, frente a un desequilibrio “irresistible”, aunque –en concreto– previsible.

De nuevo: al celebrar un contrato las partes deben obrar con cuidado y previsión. Esto quiere decir que cada contratante debe tutelar sus propios intereses e intentar cristalizar su posición en el reglamento que surge del acuerdo, especialmente en lo que se refiere a la ecuación económica. También debe actuar de manera leal en relación con la contraparte, por ejemplo, brindándole información veraz y completa a fin de que también ella pueda tutelar sus propios intereses. El principio de buena fe en sentido objetivo juega aquí un rol relevante en

la fase de constitución de la relación obligatoria. En síntesis: si estas condiciones se respetan, el contrato obliga y debe ser cumplido íntegramente, incluso si en el futuro se convierte en un “mal negocio”.

Empero, también en la fase de cumplimiento de las obligaciones contractuales el principio de buena fe objetiva asume un rol relevante. Las reglas que tienden a tutelar el equilibrio de las prestaciones durante la dinámica del contrato derivan de la buena fe, y en ella encuentran su fundamento⁸³. Así, si el sinalagma funcional se rompe de manera excesiva, insoportable, poco importa que ello haya sido previsible o no al momento de celebrar el contrato. Es cierto que una parte puede haber asumido el riesgo; sin embargo, para determinar si ha asumido los riesgos es necesario indagar en cada caso, y en esta tarea asumirá un rol relevante la comparación entre el precio pactado y los valores de mercado⁸⁴, y la distribución de riesgos que surge del tipo contractual.

Lo importante, en definitiva, es identificar, tomando como base la fides bona, el equilibrio de las prestaciones que las partes han querido plasmar al momento de la conclusión del contrato, asegurando así una tutela dinámica de la relación⁸⁵.

Claro que una inadecuada e imprudente aplicación de la teoría de la imprevisión podría desvirtuarla, pues se sabe que -como advertía Bustamante Alsina- las partes “con mucha frecuencia y bastante ligereza buscan escapar a los efectos de los contratos que los obligan más allá de sus intereses y conveniencias”⁸⁶.

Hay una evidente tensión entre principios y reglas que gobiernan el contrato y que -al interactuar- hacen de él un valioso instrumento para satisfacer exigencias humanas. Esa tensión -en cierta medida aparente, pero también real- entre fuerza previsor y vinculante del contrato, por un lado, y tutela del equilibrio económico frente al “riesgo de la realidad”, por el otro, debe ser gestionada de manera muy cuidadosa. En concreto, la mejor manera de salvaguardar en el tiempo la proporción entre las prestaciones establecidas por las partes (no una proporción ideal, sino la concretamente querida), sin que ello comporte un menoscabo de su fuerza vinculante, es habilitando una adecuada gestión del reequilibrio en sede judicial y, a la vez, generando un fuerte y celoso control de los juristas sobre los jueces⁸⁷. Además, hay que reconocerle mayor valor a la -así denominada- *reductio ad aequitatem*, con relación a la drástica resolución del vínculo jurídico que nace del contrato⁸⁸.

VI. Conclusiones y propuesta interpretativa

A modo de síntesis y recapitulación, con relación al interrogante que ha guiado este trabajo se realizan las siguientes propuestas finales:

a) El artículo 1091 del CccArg/2014 no exige expresamente el carácter imprevisible del evento sobrevenido como condición de aplicación de las reglas que establece. Esta constatación objetiva impone asumir alguna de estas posiciones: a1) considerar que la imprevisibilidad no es un requisito; a2) estimar que siempre es un requisito, en cuyo caso se exige un esfuerzo argumentativo sólido e incuestionable (no veo que la doctrina lo haya logrado); a3) ser muy prudentes a la hora de exigirlo como requisito, minimizando su ámbito de actuación (esta es la posición que entiendo haber asumido y que intento sintetizar nuevamente en los puntos que siguen).

b) El artículo 1060 del P1998, en particular la frase “en términos que resultan irrazonables o inicuos”, constituye una valiosa clave de lectura para interpretar la omisión del requisito de la imprevisibilidad de la alteración de las circunstancias en el texto del artículo 1091 del CccArg/2014.

c) El carácter imprevisible será un requisito en la medida en que la onerosidad sobrevenida sea “excesiva” (en el sentido de “mayor” a la inicial y significativa), pero no lo será cuando, además de excesiva, la prestación se torne “irrazonable o inicua”. En otros términos: el desequilibrio contractual sobrevenido -siempre que derive de una alteración “extraordinaria”- habilita los remedios del artículo 1091 del CccArg/2014; empero, nuestra propuesta interpretativa es matizada o -si se prefiere- diversificada y exige que el intérprete opere con la siguiente regla: a mayor onerosidad sobrevenida, menor relevancia tiene el requisito de la imprevisibilidad; mientras que, a menor onerosidad sobrevenida, mayor será la imprevisibilidad requerida. Aun cuando el carácter imprevisible deba estar presente en el caso, el mismo debe interpretarse según un criterio concreto, atendiendo a las circunstancias del caso, y ante la duda deberá privilegiarse el “reequilibrio de las prestaciones”.

d) La buena fe, como fundamento de la figura del contratante previsor y de la tutela del sinalagma, es un principio ordenante del derecho contractual argentino que da plausibilidad a la tesis interpretativa que proponemos.

d) En cualquier caso, deberá darse preeminencia a la adecuación, respecto a la resolución. A su vez, el criterio-guía más adecuado para la revisión judicial del contrato parece ser el que encuentra fundamento en el “sacrificio compartido”, que tiende a repartir de manera equitativa los efectos derivados del acontecimiento irresistible sobrevenido, de difusa aplicación en los tribunales argentinos.

f) El precio de mercado es un criterio valioso para evaluar la asunción de riesgos e identificar la ecuación económica que las partes han dado al negocio, y la “cláusula de revisión” debe interpretarse como elemento natural en los contratos de duración.

Con todo, no se nos escapa que estas propuestas deben sustentarse en una adecuada investigación sobre los fundamentos profundos de la “teoría de la imprevisión” (para tomar el nombre francés que se le ha dado en Argentina a una institución cuya regulación legislativa siguió al pie de la letra el modelo italiano de la “excesiva onerosidad” y cuyo fundamento teórico la doctrina nacional encontró siempre en la “base del negocio jurídico”, de clara matriz alemana). Para ello será necesario explorar en los diversos modelos de gestión de las superveniencias que circulan en el derecho comparado. Mas ello nos conducirá inexorablemente a la tradición de derecho civil fundada en el derecho romano. Sendos trabajos serán dedicados a estos temas en los sucesivos tramos de esta investigación.

VII. Referencias

aa.vv., Proyecto de código civil. Nueva edición según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, Astrea, 1987.

aa.vv., Unificación de la legislación civil y comercial. Proyecto de 1993, Buenos Aires, Zavalía, 1994.

aa.vv., Proyecto de código civil de la República Argentina unificado con el código de comercio, 2.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

Abatti, E. L.; Rocca, I. y Guzmán, M. C., “Imprevisión y la acción directa por reajuste en el código civil y comercial. Nueva perspectiva que otorga el art. 1091. Innecesariedad de accionar por resolución”, Anales de Legislación Argentina, t. 2015-12, 119.

Alterini, A. A., “Comentario al art. 1198”, en id. y Llambías, J. J. (dirs.), Código civil anotado. Doctrina - Jurisprudencia, t. iii-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, 151-166.

Alterini, A. A. y López Cabana, R. M., “La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresaria”, La Ley, t. 1991-D, 815-826.

Alterini, J. H. y Alterini, I. E., “Opinión sobre el art. 1091”, en Alterini, J. H. (dir.), Código civil y comercial comentado. Tratado exegético, t. v, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2015, 737-738.

Amadeo, J. L., La teoría de la imprevisión aplicada por la jurisprudencia, Buenos Aires, Leonardo Buschi, 1981.

Aparicio, J. M., “La excesiva onerosidad sobrevenida y los Congresos de Derecho Civil”, en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969), t. ii, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, 1031-1069.

Aparicio, J. M., “La imprevisión y la proyectada reforma”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.º 1, 2014, 409.

Aparicio, J. M., “Comentario al art. 1091”, en Bueres, A. J. (dir.), Código civil y comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, 624-625.

Ariza, A., “Revisión judicial de los contratos en la emergencia económica”, Jurisprudencia Argentina, t. 2002-iv, 1065-1092.

Barocelli, S. S., “Comentario al art. 1091”, en Garrido Cordobera, L. M. R.; Borda, A. y Alferillo, P. E. (dirs.), Código civil y comercial comentado, anotado y concordado, t. ii, Buenos Aires, Astrea, 2015, 354-356.

Belluscio, A. C.; Bergel, S. D.; Kemelmajer de Carlucci, A. R.; Le Pera, S.; Rivera, J. C.; Videla Escalada, F. N. y Zannoni, E. A., Reformas al código civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92, Buenos Aires, Astrea, 1993.

Bessone, M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1969.

Borda, G. A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 22.^a ed., actualizada por A. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Bustamante Alsina, J., “La imprevisibilidad y el hecho sobreviniente en la teoría de la imprevisión”, *La Ley*, t. 1981-D, 260-262.

Caramelo, G., “Comentario al art. 1091”, en Picasso, S.; Caramelo, G. y Herrera, M. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. iii, Buenos Aires, Infojus, 2015, 485-487.

Cardilli, R., “Sopravvenienza e pericoli contrattuali”, en aa.vv., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2003 (= en Cardilli, R., “Bona fides”. *Trastoria e sistema*, 3.^a ed., Torino, 2014, 205-245).

Cifuentes, S. (dir.), *Código civil comentado y anotado*, 3.^a ed., t. iii, Buenos Aires, La Ley, 2011, 94-97.

Dantur, J. I., “Comentario al art. 1091”, en Cura, J. M. (dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 2.^a ed., t. iii, Buenos Aires, La Ley, 2016, 921-936.

Fiori, R., “Bona fides. Formación, ejecución e interpretación del contrato nella tradizione civilistica (parte prima)”, en aa.vv., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, Jovene, 2006, 127-228.

Fiori, R., “Bona fides. Formación, ejecución e interpretación del contrato nella tradizione civilistica (parte seconda)”, en *id.* (ed.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, Napoli, Jovene, 2011, 97-242.

Flah, L. y Smayevsky, M. *Teoría de la imprevisión*, 2.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 2002.

Gabrielli, E., *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016.

Garrido Cordobera, L. M. R., “La extinción, modificación y adecuación de los contratos”, en Stiglitz, R. S. (dir.), *Suplemento especial. Código civil y comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 213-221.

Gherzi, C. A., “Comentario al art. 1091”, en *id.* y Weingarten, C. (dirs.), *Código civil y comercial. Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado*, t. iii, Rosario, Nova Tesis, 2014, 744-750.

Hernández, C. A., “El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, 2007, 233-259.

Hernández, C. A., “Comentario al art. 1091”, en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. vi, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, 220-226.

Hernández, C. A., “Eficacia e ineficacia del contrato”, en *id.* y Nicolau, N. L. (dirs.), *Contratos en el código civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2016, 299-367.

Hondius, E. y Grigoleit, H. C. (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Lantella, L. y Caterina, R., *Se x allora y. ii: Lavorare con le regole*, Torino, Giappichelli, 2009.

Lecuyer, H., “El contrato: acto de previsión”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 18, 2010, 37-56.

Leiva Fernández, L. F. P., “Comentario al art. 1091”, en Alterini, J. H. (dir.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. v, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2015, 728-737 (= en Rivera, J. C. y Medina, G. [dirs.], *Código civil y comercial comentado*, t. iii, Buenos Aires, La Ley, 2014).

López de Zavalía, F. J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavalía, 2006.

Lorenzetti, R. L., “La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, 2002, 157-184.

Masnatta, H., *La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

Molina, J. C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del código civil*, Buenos Aires, Astrea, 1969.

Morello, A. M. y Troccoli, A. A., *La revisión del contrato. Onerosidad sobreviniente. Intereses. Indexación*, La Plata, Librería Editora Platense, 1977.

Mosset Iturraspe, J., *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.

Mosset Iturraspe, J., “Comentario al art. 1198”, en Bueres, A. J. (dir.), *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. iii.C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, 40-49.

Mosset Iturraspe, J., “Comentario al art. 1198”, en *íd.* y Piedecabras, M. A., *Código civil comentado. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía*, t. viii, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, 388-401.

Mosset Iturraspe, J., “La teoría de la ‘corrección del contrato’ con base en el desequilibrio contractual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, 2007, 7-23.

Nayar, F., “Comentario al art. 1091”, en Calvo Costa, C. A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio*, t. ii, Buenos Aires, La Ley, 2015, 137-139.

Neme Villarreal, M. L., “Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual”, en Soriano Cienfuegos, C. (coord.), *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*, México D.F., Novum, 2014, 191-238.

Nicolau, N. L., “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, *Jurisprudencia Argentina*, n.º 4, 2002, 1058-1064.

Nicolau, N. L.; Ariza, A.; Frustagli, S. y Hernández, C. A., *Fundamentos de derecho contractual*, t. i, Buenos Aires, La Ley, 2009.

Pichonnaz, P., “La modification des circonstances et l’adaptation du contrat”, en *íd.* y Werro, F. (eds.), *La pratique contractuelle*, 2, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2011, 21-54.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. iii, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Pizarro, R. D., “La teoría de la imprevisión en el nuevo código civil y comercial de la Nación”, en Stiglitz, R. S. (dir.), *Suplemento especial. Código civil y comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2015, 273-294.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., *Tratado de obligaciones*, t. iii, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.

Prieto Molinero, R. J., “Los ‘acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’ del artículo 1198 CC: un requisito innecesario”, *La Ley*, t. 2010-C, 1329-1337.

Roitman, H. y Aguirre, H. A., “La corrección del contrato en los proyectos de unificación”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, 2007, 333-338.

Sánchez Herrero, A., “Imprevisión”, en *íd.* (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, t. iv, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2016, 985-1056.

Spota, A. G., “Cláusula-dólar: indexación y desindexación”, *La Ley*, t. 1983-D, 509-513.

Tartaglia, P., “Onerosità eccessiva”, en *Enciclopedia del diritto*, t. xxx, Milano, Giuffrè, 1980, 155-175.

Jurisprudencia

Cámara Civil de la Capital Federal, Sala F. Fallo del 31 de noviembre de 1971, Jurisprudencia Argentina, t. 15, 1972, 171.

Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, Sala 6.^a. Fallo del 1 de febrero de 1974, Jurisprudencia Argentina, t. 22 (abril-junio de 1974), 335-337.

Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala i. bcecy, 652, n.º 9310.

Cámara Nacional Civil, Sala C. Fallo del 9 de mayo de 1977, El Derecho, t. 75, 336.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C. Fallo del 31 de mayo de 1983, La Ley, t. 1983-D, Buenos Aires, 514-522.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo del 29 de marzo de 1990, La Ley, t. 1990-E, 311.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. Fallo del 10 de noviembre de 2015, El Derecho, t. 266, 422-434.

Notas

* *Fecha de recepción: 23 de mayo de 2018. Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2018. Para citar el artículo: Grasso, M., “Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el nuevo código civil y comercial argentino”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, enero-junio 2019, pp. 93-125, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.04>*

** *Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile; profesor. Doctor en Derecho y magíster, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Roma, Italia. Contacto: manuelgrasso@yahoo.com.ar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4782-9604>.*

1 El breve análisis que proponemos se limita a la primera oración del texto, donde se establece una regla que puede traducirse en forma “canónica”, de conformidad con el tradicional esquema lógico “si X, entonces Y”, es decir, descripción de un “supuesto de hecho” y consiguientes “efectos jurídicos” (seguimos a Lantella, L. y Caterina, R., *Se x allora y. ii: Lavorare con le regole*, Torino, Giappichelli, 2009). También conviene aclarar que el análisis se limita a la descripción del “supuesto de hecho”.

2 Sobre esta teoría cfr., por todos, Hondius, E. y Grigoleit, H. C. (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 144-155. Empero, hay que considerar que la reciente Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n.º 2016-131 de febrero de 2016) consagró a nivel legislativo el supuesto de “changement de circonstances imprévisibles” (nuevo art. 1195 del Code civil francés).

3 Caramelo, G., “Comentario al art. 1091”, en Picasso, S.; Caramelo, G. y Herrera, M. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. iii, Buenos Aires, Infojus, 2015, 485-486; Dantur, J. I., “Comentario al art. 1091”, en Cura, J. M. (dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 2.^a ed., t. iii, Buenos Aires, La Ley, 2016, 927. Esa parece ser también la posición de Leiva Fernández, L. F. P., “Comentario al art. 1091”, en Alterini, J. H. (dir.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. v, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2015, 728-737 (= en Rivera, J. C. y Medina, G. [dirs.], *Código civil y comercial comentado*, t. iii, Buenos Aires, La Ley, 2014, 709-710).

4 Nayar, F., “Comentario al art. 1091”, en Calvo Costa, C. A. (dir.), *Código civil y comercial de la Nación concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio*, t. ii, Buenos Aires, La Ley, 2015, 139.

5 Barocelli, S. S., “Comentario al art. 1091”, en Garrido Cordobera, L. M. R.; Borda, A. y Alferillo, P. E. (dirs.), *Código civil y comercial comentado, anotado y concordado*, t. ii, Buenos Aires, Astrea, 2015, 354-356.

6 Pizarro, R. D., “La teoría de la imprevisión en el nuevo código civil y comercial de la Nación”, en Stiglitz, R. S. (dir.), *Suplemento especial. Código civil y comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2015, 273-294, 278; confirma -además- esa opinión en Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., *Tratado de obligaciones*, t. iii, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, 111-112. En sentido similar, Abatti, E. L.; Rocca, I. y Guzmán, M. C., “Imprevisión y la acción directa por reajuste en el código civil y comercial. Nueva perspectiva que otorga el art. 1091. Innecesariedad de accionar por resolución”, *Anales de Legislación Argentina*, n.º 12, 2015, 119.

7 Aparicio, J. M., “Comentario al art. 1091”, en Bueres, A. J. (dir.), Código civil y comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, t. i, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, 624.

8 Hernández, C. A., “Eficacia e ineficacia del contrato”, en íd. y Nicolau, N. L. (dirs.), Contratos en el código civil y comercial de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 2016, 299-367. En un trabajo anterior, Hernández, C. A., “Comentario al art. 1091”, en Lorenzetti, R. L. (dir.), Código civil y comercial de la Nación comentado, t. vi, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, 224, señalaba: “Se atiende así al suceso que sale del curso normal y ordinario de las cosas, con notas de imprevisibilidad, extraneidad y sobreviniencia. Sobre la imprevisibilidad, el más polémico de los recaudos, se recuerda que la doctrina y la jurisprudencia la consider[aron] cumplida frente a los graves procesos inflacionarios de junio de 1975, febrero-abril de 1981 y mayo de 1989”.

9 Hernández, “Eficacia e ineficacia del contrato”, cit., 363. Sostiene también este argumento Sánchez Herrero, A., “Imprevisión”, en íd. (dir.), Tratado de derecho civil y comercial, t. iv, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2016, 1020. La asociación entre “imprevisión” e “imprevisibilidad” ya había sido esbozada, con relación al régimen derogado, por Cifuentes, S. (dir.), Código civil comentado y anotado, 3.^a ed., t. iii, Buenos Aires, La Ley, 2011, 96, quien titulaba el comentado artículo 1198 “imprevisibilidad o teoría de la imprevisión”.

10 Sánchez Herrero, “Imprevisión”, cit., 1020-1022.

11 Ibíd., 1021.

12 Ibíd., 1021.

13 Ibíd., 1021.

14 Esta hipótesis no parece ser coherente con la interpretación tradicional, ya que -aun con inexplicables contradicciones, como se verá infra ii- la doctrina argentina no veía una hendiadis en la expresión “extraordinario e imprevisible”, sino un binomio constituido por dos elementos diferentes.

15 Ghersi, C. A., “Comentario al art. 1091”, en íd. y Weingarten, C. (dirs.), Código civil y comercial. Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado, t. iii, Rosario, Nova Tesis, 2014, 746-747.

16 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. Fallo del 10 de noviembre de 2015, El Derecho, t. 266, 422-434.

17 Ibíd., 430.

18 En este sentido, Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, t. iii, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, 323: “se requiere de suma prudencia a la hora de su aplicación, pues no cualquier alteración de las circunstancias tenidas en cuenta, o de la relación de onerosidad genética del contrato, habilita a invocarla”.

19 Para una revisión detallada de las elaboraciones doctrinales argentinas en relación con la figura de la imprevisión, cfr. Aparicio, J. M., “La excesiva onerosidad sobrevenida y los Congresos de Derecho Civil”, en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969), t. ii, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, 1031-1069.

20 Nicolau, N. L.; Ariza, A.; Frustagli, S. y Hernández, C. A., Fundamentos de derecho contractual, t. i, Buenos Aires, La Ley, 2009, 274. Entre otros, enfatizaban también este requisito Masnatta, H., La excesiva onerosidad sobrevenida y el contrato, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, 50 (“ambos caracteres deben hallarse en concurso”); Mosset Iturraspe, J., Contratos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, 375 nota 32 (“extraordinarios y a la vez imprevisibles”); López de Zavalía, F. J., Teoría de los contratos, Buenos Aires, Zavalía, 2006, 732 (“simultáneamente”); Flah, L. y Smayevsky, M., Teoría de la imprevisión, 2.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 2002, 38 (“extraordinariedad e imprevisibilidad” entre las calidades que “simultánea e indefectiblemente” debe reunir el acontecimiento que ha provocado la excesiva onerosidad).

21 Masnatta, La excesiva onerosidad sobrevenida y el contrato, cit., 50-51, resaltaba la posibilidad de que se presenten de manera aislada: “[s]i el acontecimiento es ordinario y previsible, aunque determine excesiva onerosidad, no será relevante. Lo mismo si la onerosidad proviene de un acontecimiento anormal, pero previsible”. En el mismo sentido, Flah y Smayevsky, Teoría de la imprevisión, cit., 38, pensaban que podían presentarse de manera autónoma y se apuraban en precisar que “una sola de ellas no es suficiente como antecedente”.

22 Cfr., p. ej., Masnatta, La excesiva onerosidad sobrevenida y el contrato, cit., 1968, 50-51: “es acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique y, especialmente, el que las partes no pueden no haber pensado porque está fuera de su imaginación, si obraran ‘con cuidado y previsión’”.

23 Mosset Iturraspe, Contratos, cit., 375. Sin embargo, en un texto posterior (Mosset Iturraspe, “La teoría de la ‘corrección del contrato’ con base en el desequilibrio contractual”, Revista de Derecho privado y comunitario, n.º 2007-1, 17-18) el autor advierte que “la noción de imprevisibilidad no es posible traducirla con simplicidad, como aludiendo a hechos o situaciones que escapan a toda anticipación o previsión”, adhiriendo a una doctrina que impone valorar la imprevisibilidad en relación con el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes.

24 Mosset Iturraspe, J., “Comentario al art. 1198”, en Bueres, A. J. (dir.), Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. iii, C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, 49. En línea con esta posición se hallaba López de Zavalía, Teoría de los contratos, cit., 732, quien designa “caso

imprevisible” al acontecimiento desencadenante de la excesiva onerosidad: “extraordinario, esto es fuera del curso normal, estadístico, e imprevisible, al tiempo del contrato”. Cercana es también la conceptualización de Lorenzetti, R. L., “La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, 2002, 172-173: “[extraordinario] por oposición al ‘ordinario’, es lo que no ocurre normalmente [...]. El criterio para discernir cuándo algo es anormal está relacionado con dos elementos: en primer lugar, el origen del evento, ya que debe tratarse de una causa ajena, extraña a la conducta de las partes, como ocurre con las guerras, los actos gubernamentales, la inflación, el cambio de moneda [...] [U]n hecho es imprevisible cuando las partes no lo han podido prever empleando la debida diligencia. La imprevisibilidad se juzga conforme el paquete de informaciones disponibles al momento de contratar”. Cfr., por último, Borda, G. A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 22.ª ed., actualizada por A. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2014, 167, quien califica los acontecimientos en términos de “graves e imprevisibles”.

25 Aparicio, J. M., “La imprevisión y la proyectada reforma”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 2014-1, 416.

26 Nicolau, Ariza, Frustagli y Hernández. *Fundamentos de derecho contractual*, cit., 274.

27 Lo que más llama la atención es que los autores argentinos no hayan prestado la debida atención a las elaboraciones conceptuales de la civilística italiana, en cuyo seno se produjo un profundo debate en torno al binomio “straordinari e imprevedibili” del artículo 1467 del CcIt/1942, modelo y fuente directa del artículo 1198 CcArg/1869. Con relación a la “eccessiva onerosità”, la doctrina italiana había establecido que los criterios “extraordinarios e imprevisibles”, exigidos por el artículo 1467 del CcIt/1942, son distintos pese a estar “evidentemente conectados”, y que “conceptualmente presentan varios puntos de contacto”: “‘extraordinariedad’ es, con seguridad, de naturaleza objetiva, ya que se refiere a una contraposición extraordinario-ordinario, que se relaciona con leyes externas, o al menos de carácter estadístico”; por el contrario, “la ‘imprevisibilidad’ es, con seguridad, de naturaleza subjetiva, toda vez que se refiere a la fenomenología de la conciencia” (Tartaglia, P., “Onerosità eccessiva”, *Enciclopedia del diritto*, t. xxx, Milano, Giuffrè, 1980, 162). Los tribunales italianos siempre establecieron una diferencia entre extraordinario e imprevisible (Gabrielli, E., *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, 142 notas 98 y 99).

28 Alterini, A. A., “Comentario al art. 1198”, en *id.* y Llambías, J. J. (dirs.), *Código civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia*, t. iii-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, 157.

29 “Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”.

30 Prieto Molinero, R. J., “Los ‘acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’ del artículo 1198 CC: un requisito innecesario”, *La Ley*, t. 2010-C, 1329-1337.

31 *Ibid.*, 1331.

32 *Ibid.*, 1331.

33 *Ibid.*, 1331-1332.

34 *Ibid.*, 1332.

35 *Ibid.*

36 Aquí nos limitaremos a señalar solo algunas líneas interpretativas jurisprudenciales; para una completa reunión de fallos, cfr. Mosset Iturraspe, J., “Comentario al art. 1198”, en *id.* y Piedecabras, M. A., *Código civil comentado. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía*, t. viii, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, 401 y nota 27; Flah y Smayevsky. *Teoría de la imprevisión*, cit., 139-227.

37 Pizarro y Vallespinos, *Instituciones de derecho privado*, cit., 324. Para una detallada enumeración y descripción de estos fenómenos, cfr., por

todos, Amadeo, J. L., *La teoría de la imprevisión aplicada por la jurisprudencia*, Buenos Aires, Leonardo Buschi, 1981; Flah y Smayevsky, *Teoría de la imprevisión*, cit., 85-98 (junio de 1975, febrero de 1981, 1989, 1991, 2001-2002). En particular sobre inflación y teoría de la imprevisión, cfr. Morello, A. M. y Troccoli, A. A., *La revisión del contrato. Onerosidad sobreviniente. Intereses*. Indexación, La Plata, Librería Editora Platense, 1977, 43-50; Amadeo. *La teoría de la imprevisión aplicada por la jurisprudencia*, cit.; para un estudio más reciente, cfr. Prieto Molinero, “Los ‘acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’ del artículo 1198 CC: un requisito innecesario”, cit., 1333-1337.

38 Pizarro y Vallespinos, *Instituciones de derecho privado*, cit., 325.

39 Es el criterio que se inicia a perfilar con el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, Sala 6.ª, del 1.º de

febrero de 1974, *Jurisprudencia Argentina*, t. 22 (abril-junio 1974), 335-337. Unos años antes, un fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal, Sala F, del 31 de noviembre de 1971, *Jurisprudencia Argentina*, t. xv, 1972, 171, había establecido: “Cuando en una época de inflación se celebra un contrato de una duración prolongada, las partes pueden y deben prever las repercusiones que sobre sus obligaciones tendrá la inflación y, por consiguiente, aunque el cumplimiento devenga excesivamente oneroso, no pueden invocar la teoría de la imprevisión para desligarse de sus obligaciones”.

40 Morello y Troccoli, *La revisión del contrato*, cit., 43.

41 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C. Fallo del 31 de mayo de 1983, *La Ley*, t. 1983-D, Buenos

Aires, 514-522.

42 Spota, A. G., “Cláusula-dólar: indexación y desindexación”, La Ley, t. 1983-D, 509-513.

43 *Ibíd.*, 510.

44 *Ibíd.*, 511.

45 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo del 29 de marzo de 1990, La Ley, t. 1990-E, 311.

46 Cámara Nacional Civil, Sala C. Fallo del 9 de mayo de 1977, El Derecho, t. 75, 336.

47 cnesp., CyC, i, en bcency, 652, n.º 9310 (citado por Amadeo. La teoría de la imprevisión aplicada por la jurisprudencia, cit., 68).

48 Para una sucinta comparación de los proyectos en relación con la imprevisión, cfr. Roitman, H. y Aguirre, H. A., “La corrección del contrato en los proyectos de unificación”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.º 1, 2007, 333-338.

49 Art. 1198 (aa.vv., Proyecto de código civil. Nueva edición según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, Astrea, 1987).

50 Art. 1199 (aa.vv., Unificación de la legislación civil y comercial. Proyecto de 1993, Buenos Aires, Zavalía, 1994, 46).

51 Art. 899 (Belluscio, A. C.; Bergel, S. D.; Kemelmajer de Carlucci, A. R.; Le Pera, S.; Rivera, J. C.; Videla Escalada, F. N. y Zannoni, E. A., Reformas al código civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92, Buenos Aires, Astrea, 1993).

52 aa.vv., Proyecto de código civil de la República Argentina unificado con el código de comercio, 2.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

53 *Ibíd.*, 70. La Comisión (formada por H. Alegría, A. A. Alterini, J. H. Alterini, M. J. Méndez Costa, J. C. Rivera y H. Roitman) se ocupa de fundamentar, mencionando fuentes y proponiendo algunos “ajustes” en relación con la regulación hasta entonces vigente. Entre esos “ajustes” se mencionan la calificación de la excesiva onerosidad en términos de “irrazonable o inicua” (código civil holandés de 1992); la introducción de la acción autónoma por adecuación del contrato (código civil portugués de 1967; código civil peruano de 1984; Proyecto de código único de 1987; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993); y por último, la “dependencia de los motivos o carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y de la factibilidad de su cumplimiento” (Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993).

54 Leiva Fernández, “Comentario al art. 1091”, cit., 729.

55 Lecuyer, H., “El contrato: acto de previsión”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 18, 2010, 37-56.

56 Pichonnaz, P., “La modification des circonstances et l’adaptation du contrat”, en *id.* y Werro, F. (eds.), La pratique contractuelle, 2, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2011, 22.

57 El cuadro presentado es bastante esquemático. Los modelos presentan significativos matices y son el resultado de diversas líneas históricas (cfr., por todos, Cardilli, R., “Sopravvenienza e pericoli contrattuali”, en aa.vv., Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, Napoli, Jovene, 2003 (= en *id.*, “Bona fides”. Tra storia e sistema, 3.ª ed., Torino, Giappichelli, 2014, 205-245, del que citamos).

58 Pero que, en definitiva, quedan englobadas en la idea de “justicia contractual” (Mosset Iturraspe, “La teoría de la ‘corrección del contrato’ con base en el desequilibrio contractual”, cit., 18-19).

59 Exigencia particularmente activa en los contratos de duración a título oneroso. Sobre este punto, cfr. los trabajos de Fiori, R., “Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte prima)”, en aa.vv., Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, 2, Napoli, Jovene, 2006, 127-228, especialmente 193-217, para la relación entre buena fe y supervenencias contractuales en el derecho italiano; y “Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)”, en Fiori, R. (ed.), Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, 4, Napoli, Jovene, 2011, 97-242, especialmente 145-161, para un profundo estudio sobre el tema en derecho romano.

60 *Supra* (iii) se halla íntegramente transcrito.

61 Hay, además de las diferencias que aquí se harán notar y que tienen que ver con el problema del requisito de la imprevisibilidad, una diferencia fundamental que es sintomática del cambio de modelo entre el artículo 1198 del CcArg/1869, por un lado, y los dos restantes (art. 1060 del P1998 y art. 1091 del CccArg/2014), por el otro. El supuesto fáctico del artículo 1198 imita -ya se ha dicho- el modelo italiano y tiene como centro los “acontecimientos” (avvenimenti) sobrevenidos; los dos restantes (P1998 y CccArg/2014) ponen el eje en la “alteración de las circunstancias” (Haben sich Umstände [...] schwerwiegend verändert) y responden claramente al modelo alemán de la Störung der Geschäftsgrundlage (alteración del fundamento negocial, que en la actualidad tiene consagración legislativa -tras la reforma de 2002- en el § 313 bgb).

62 Pizarro, “La teoría de la imprevisión en el nuevo código civil y comercial de la Nación”, cit., 279.

63 *Ibíd.*, 279. El autor considera que se trata de una cuestión librada al arbitrio judicial; aunque propone algunos criterios: “habrá que poner en relación los valores originarios de ventaja y sacrificio, no en función de un grado de onerosidad ideal, sino del que realmente tenía el negocio en términos de razonabilidad” (*ibíd.*).

Se trata de una degradación de la ecuación patrimonial, “desnaturalizando como lógica consecuencia el querer contractual”, ya sea “porque aumente el valor del sacrificio, permaneciendo inalterado el de la ventaja; o porque no se modifique el valor del sacrificio y disminuya el de la ventaja; o porque ambos valores se alteren en sentido inverso; o porque experimentando ambos alzas o bajas, la intensidad del fenómeno repercute de manera distinta en ellas, alterando el equilibrio y generando una mayor onerosidad excesiva” (ibíd., 279-280).

64 Sin embargo, ni siquiera en estos casos la imprevisibilidad requerida puede ser valorada en términos abstractos (en este sentido, cfr. Masnatta, La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato, cit., 50-51).

65 Lo que se pretende señalar es lo siguiente: la previsibilidad y su contrario, la imprevisibilidad, admiten grados. Prever es anticiparse al futuro, un estado de la consciencia que permite captar de antemano algo que puede ocurrir. Previsible es aquello que puede ser anticipado, imprevisible el hecho que no es susceptible de ser anticipado. Ahora bien, nadie puede negar que entre lo imaginable para cualquiera y lo que nadie, ni el más avisado, puede imaginar, hay una serie de grises. Todo dependerá en última instancia de los elementos del caso concreto, sobre todo del nivel profesional o no del singular contratante, de la posibilidad de negociación, del carácter predispuesto o no del contrato, entre otros criterios. Eso sí: es importante evaluar la capacidad de previsión de ambos contratantes, cotejarla y no hacer pesar sobre aquel que cuenta con menos elementos de previsión el peso de la onerosidad sobrevenida. Un ejemplo: imagínese que un contratante no profesional adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte; supóngase, además, que quien dispuso las cláusulas cuenta con un saber técnico que le permite ensanchar su campo de previsibilidad; imagínese ahora que, tras la celebración, un hecho sobrevenido torna excesivamente onerosa la prestación a cargo del primero; supóngase que ese hecho era fácilmente previsible para el predisponente y razonablemente previsible para adherente: ¿se habrá de privar a este de la posibilidad de exigir una adecuación del contrato? Creo que la respuesta debe ser negativa. Para las particularidades que plantea el problema de la excesiva onerosidad sobrevenida y los contratos predispuestos y de consumo, cfr. Hernández, C. A., “El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.º 1, 2007, 233-259.

66 Alterini A. A. y López Cabana, R. M., “La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresaria”, La Ley, t. 1991-D, 815-826.

67 Ibíd., 819.

68 Ibíd., 819-820.

69 Recomendación 12 de la Comisión iii (citado ibíd., 820 nota 29; la misma posición se señaló en las iii Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, Santa Rosa, 1991: “Se considera que la imprevisión es una hipótesis particular de la teoría genérica de las bases del negocio jurídico”).

70 aa.vv., Proyecto de código civil de la República Argentina unificado con el código de comercio, cit.

71 Muy distinta es la situación si el evento sobrevenido y la consiguiente excesiva onerosidad fueron efectivamente “previstos”. Si hubiera aquí un inconveniente, debería resolverse por medio de la lesión, pero no a través de la figura de la imprevisión.

72 Art. 1611 (CccArg/2014): “Juego y apuesta de puro azar. No hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida en un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local. Si no está prohibido, lo pagado es irrepitable. Sin embargo, es repetible el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitada”.

73 Mosset Iturraspe, J., “Comentario al art. 1198”, cit., 396. Sobre estos mecanismos cfr., por todos, Nicolau, N. L., “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, Jurisprudencia Argentina, n.º 4, 2002, 1063-1064.

74 Cuestión crucial que, además, es objeto de debate. Admiten la posibilidad de renunciar a invocar la imprevisión Alterini, J. H. y Alterini, I. E., “Opinión sobre el art. 1091”, en Alterini, J. H. (dir.), Código civil y comercial comentado. Tratado exegético, t. v, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2015, 737-738.

75 En este sentido, un argumento muy interesante fue planteado en Argentina por Spota, “Cláusula-dólar: indexación y desindexación”, cit., 512:

“si nos enfrentáramos a un contrato de ese alcance -renuncia total a la desindexación fundada en el art. 1198- sólo sería amparado por el ordenamiento legal en la medida que establece el art. 2055 del Cód. Civil, que prohíbe demandar en juicios las deudas de juego de azar”. El argumento involucra la actual cuestión acerca de la posibilidad de renunciar o no a la imprevisión, y sigue siendo válido toda vez que también el artículo 1661 del CccArg/2014 dispone en relación con el “juego y apuesta de puro azar” que “[n]o hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida en un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local. Si no está prohibido, lo pagado es irrepitable. Sin embargo, es repetible el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitada”. Por lo demás, en relación con los contratos aleatorios, el propio artículo 1091 del CccArg/2014 establece que las reglas de la imprevisión se aplican “si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

76 Buena fe, equidad, sinalagma funcional, enriquecimiento sin causa: esos son los puntos invocados por la doctrina argentina para fundar los remedios (cfr. Molina, J. C., Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la

reforma del código civil, Buenos Aires, Astrea, 1969, 240; Nicolau, Ariza, Frustagli y Hernández, Fundamentos de derecho contractual, cit., 273; Ghersi, “Comentario al art. 1091”, cit., 747; Garrido Cordobera, L. M. R., “La extinción, modificación y adecuación de los contratos”, en Stiglitz, R. S. (dir.), Suplemento especial. Código civil y comercial de la Nación. Contratos, Buenos Aires, 2015, Thomson Reuters y La Ley, 220).

77 Bessone, M., Adempimento e rischio contrattuale, Milano, Giuffrè, 1969; véase, asimismo, Fiori, “Bona fides”, cit., 201-203.

78 *Ibíd.*, 201.

79 Bessone, Adempimento e rischio contrattuale, cit., 399.

80 *Ibíd.*, 397-399.

81 Neme Villarreal, M. L., “Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual”, en Soriano Cienfuegos, C. (coord.), Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas, México D.F., Novum, 2014, 207-208.

82 *Ibíd.*, 208. Agrega la autora que “[m]uchos son los riesgos que se ciernen en la contratación moderna y que amenazan los intereses de las

partes [que] se encuentran latentes, muchas veces sabemos que pueden ocurrir, pero no sabemos cuándo ni con qué magnitud; lo cierto es que están allí y que la previsibilidad de los mismos no resuelve el problema de la atribución de los riesgos inherentes a tales circunstancias, que las partes no han podido, no han querido tratar o han pasado por alto”.

83 Cardilli, “Bona fides”, cit., v

84 Bessone, Adempimento e rischio, cit., 348-356; menciona también este criterio Cardilli, Sopravvenienza e pericoli contrattuali, cit., 211.

85 *Ibíd.*, 212.

86 Bustamante Alsina, J., “La imprevisibilidad y el hecho sobreviniente en la teoría de la imprevisión”, La Ley, t. 1981-D, 260.

87 Cardilli, Sopravvenienza e pericoli contrattuali, cit., 214.

88 *Ibíd.*, 213. En el mismo sentido Nicolau, “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, cit., 1059-1060, quien señala que “[t]anto la revisión judicial del contrato como la renegociación constituyen posibilidades de mayor justicia, comparadas con aquellas que conducen directamente a su extinción, como la nulidad, resolución o revocación”.