



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTÀ DI ECONOMIA

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO ED ECONOMIA DELLE ATTIVITÀ
PRODUTTIVE**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ROMANO, TEORIA DEGLI
OORDINAMENTI E DIRITTO PRIVATO DEL MERCATO**

**CURRICULUM IN DIRITTO DEI CONTRATTI ED ECONOMIA
D'IMPRESA**

XXXI CICLO

TESI DI DOTTORATO

**TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: EL CONCEPTO DE ONEROSIDAD Y LA
LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA PARTE QUE HA CUMPLIDO**

TUTOR: PROF.SSA GIUSEPPINA CAPALDO

DOTTORANDO: FRANCISCO JOSÉ TREBUCQ

- *Votre montre retarde, répondit Fix.*
- *Ma montre! Une montre de famille, qui vient de mon arrière-grand-père! Elle ne varie pas de cinq minutes par an. C'est un vrai chronomètre!*
- *Je vois ce que c'est, répondit Fix. Vous avez gardé l'heure de Londres, qui retarde de deux heures environ sur Suez. Il faut avoir soin de remettre votre montre au midi de chaque pays*
 - *Moi! toucher à ma montre! s'écria Passepartout, jamais!*
 - *Eh bien, elle ne sera plus d'accord avec le soleil.*
 - *Tant pis pour le soleil, monsieur! C'est lui qui aura tort!*

(Jules Verne, *Le tour du monde en 80 jours*)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
<i>1. Planteo del problema. Método y plan</i>	<i>1</i>
<i>2. El riesgo contractual y los arts. 959 y 1091 CCC</i>	<i>7</i>
PRIMERA PARTE. BREVE ANÁLISIS COMPARADO DE LA IMPREVISIÓN	17
CAPÍTULO 1. EL SUPUESTO DE HECHO	21
<i>1. Excesiva onerosidad.....</i>	<i>21</i>
1.1. Derecho argentino	21
1.2. Derecho italiano	24
<i>2. La causa de la excesiva onerosidad.....</i>	<i>27</i>
2.1. Derecho italiano	28
2.2. Derecho argentino	33
<i>3. El álea normal del contrato y el riesgo asumido</i>	<i>41</i>
3.1. Derecho italiano	41
3.2. Derecho argentino	45
CAPÍTULO 2. CAMPO DE APLICACIÓN	53
<i>1. Derecho italiano.....</i>	<i>53</i>
<i>2. Derecho argentino.....</i>	<i>58</i>
CAPÍTULO 3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.....	69
<i>1. Derecho italiano.....</i>	<i>69</i>
<i>2. Derecho argentino.....</i>	<i>74</i>

SEGUNDA PARTE. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA ONEROSIDAD Y LA LEGITIMACIÓN	85
CAPÍTULO 4. EL CONCEPTO DE ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN	86
1. <i>Encuadre general</i>	86
2. <i>La onerosidad con relación a la contraprestación</i>	88
2.1. El equilibrio alterado	97
3. <i>La onerosidad en función de la prestación en sí.....</i>	103
3.1. Onerosidad como aumento de valor	103
3.2. Onerosidad como cambio de valor: propuesta de definición	106
3.3. La prestación en sí: necesidad lógica	115
4. <i>Diferencia de otras situaciones.....</i>	120
CAPÍTULO 5. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA PARTE QUE HA CUMPLIDO..	131
1. <i>La prestación que se torna onerosa</i>	132
1.1. Alteración del equilibrio.....	135
1.2. Cambio de valor de la prestación en sí.....	142
2. <i>La parte legitimada</i>	146
2.1. Las diferencias textuales	146
2.2. Parte afectada y situación contractual global	152
CONCLUSIONES.....	161
BIBLIOGRAFÍA	164

INTRODUCCIÓN

1. Planteo del problema. Método y plan

La fuerza obligatoria del contrato es uno de los pilares fundamentales de la materia contractual en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos y el derecho argentino no es la excepción. Ya en el Código Civil de Vélez Sársfield, esta regla, conocida en su fórmula latina como *pacta sunt servanda*¹, estaba incorporada en el art. 1197. Lo mismo sucede en el actual Código Civil y Comercial argentino², cuyo art. 959, rubricado “efecto vinculante”, dice que “todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.”

No obstante la centralidad³ de la regla del efecto vinculante del contrato, esta no tiene un carácter absoluto.⁴ En los contratos en que transcurre un lapso entre el tiempo de la celebración y el del cumplimiento, un cambio de circunstancias puede influir en la posibilidad o conveniencia de la operación

¹ *Pacta sunt servanda* es un tipo de construcción que, en la gramática latina, se conoce como conjugación perifrástica pasiva. GUILLÉN, José, *Gramática Latina. Histórico-Teórico-Práctica*, 6º ed., Ediciones Sígueme, Salamanca, 1981, p. 88 explica que, con esta construcción, se “indica la necesidad física o moral de que la acción del verbo se ejecute.” Por lo tanto, *pacta sunt servanda* puede traducirse en castellano como “los pactos deben cumplirse”. TOSI, Renzo, *Dizionario delle Sentenze Latine e Greche*, 2º ed., Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1992, p. 516, al explicar el aforismo *pacta sunt servanda*, dice que este quizá derive del jurisperito Ulpiano, “il quale all’inizio del capitolo intitolato *De pactis* (*Digesto*, 2,14) si chiede: *Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?* `che cosa v’è di più consono alla umana lealtà del rispettare i patti stabiliti consenzientemente?’”

² En adelante, luego del número del artículo, CCC.

³ ORGAZ, Alfredo, *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 37 califica la obligatoriedad de los contratos como un principio socialmente necesario.

⁴ CORNET, Manuel, “La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica”, Anuario de Derecho Civil Universidad Católica de Córdoba, Tomo VII, Año 2002, p. 17 consultado en línea en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-aplicacion-de-la-teoria-de-la-imprevision-y-la>. En jurisprudencia se ha dicho que “el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, como todo derecho de corte constitucional no es absoluto ya que acepta excepciones. Las excepciones al *pacta sunt servanda* se conocen desde siempre y responden a la máxima *rebus sic standibus* (...)” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 8/4/2014, “S. d D. M. B. Y otro c/ CNAS”, cita online MJ-JU-M-95194-AR).

económica subyacente.⁵ Con esta situación en miras, contraponiendo la regla *pacta sunt servanda* a la teoría de la cláusula *rebus sic standibus*⁶, el Código sacrifica, en ciertos casos, la obligatoriedad del contrato por razones que, generalmente, se consideran de justicia contractual.⁷ Para esto, prevé dos institutos que tienen por finalidad proteger al contratante afectado por un cambio de circunstancias: la frustración del fin del contrato y la teoría de la imprevisión.

El instituto de la imprevisión, a diferencia de la frustración del fin del contrato, no es una figura incorporada al derecho argentino por primera vez por el Código Civil y Comercial. Si bien el Código de Vélez Sársfield tenía una concepción fuerte del efecto vinculante de los contratos⁸, en doctrina se discutía sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión aun en ausencia de texto legal.⁹

⁵ GALLO, Paolo, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 3. Para un desarrollo de la teoría del contrato en cuanto intercambio económico ver GHESTIN, Jacques, “Le contrat en tant qu’échange économique”, *Revue d’Economie Industrielle*, Vol. 92, Anée 2000. *Economie des Contrats: bilan et perspectives*, pp. 81-100, consultado en línea en https://www.persee.fr/doc/rei_0154-3229_2000_num_92_1_1039

⁶ Con respecto a la cláusula *rebus sic standibus*, OSTI, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, Tomo 1, Giuffrè, Milano, 1973, p. 172 señala que “la massima cui alludo è, nella sua formulazione integrale, la seguente: ‘contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic standibus intelliguntur’; e suole anche tradursi così: ‘Deve ammettersi la risolvibilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto nel quale furono conclusi.’” A su vez, PARDO, Alberto Juan, “Incorporación de la teoría de la imprevisión al código civil”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 932 propone la siguiente traducción de la frase: “los contratos de tracto sucesivo o dependientes de lo futuro se entienden obligatorios mientras las cosas sigan siendo iguales”. Para un breve resumen histórico de la doctrina de la cláusula puede verse GUARNIERI, Ruth H., “Teoría de la Imprevisión”, *La Ley* 20/07/2012, cita online AR/DOC/3120/2012.

⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A., *La Revisión del Contrato*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 60 señalan que tanto la imprevisión como la lesión son remedios que tienden a superar situaciones incompatibles con la justicia conmutativa. Por su parte, CIFUENTES, Santos, “Reajuste de los contratos por causa de imprevisibilidad frente al curso de la depreciación de la moneda”, *Microjuris*, 1/2/2002, cita online MJ-DOC-1342-AR dice que la teoría de la imprevisión “se ubica en el campo de los remedios de equidad.”

⁸ El art. 1197, siguiendo el modelo del art. 1134 del *Code Napoléon*, disponía: “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

⁹ ORGAZ, *Nuevos estudios...*, cit., pp. 32-35 y 41, basándose en las ideas de Windscheid, sobre la presuposición, de Oertmann, sobre la base del negocio, y la filosofía de Ortega y Gasset, sostenía que la teoría de la imprevisión podía ser aplicada por los jueces por vía de la interpretación del contrato en el sistema originario del Código de Vélez Sársfield.

Sin embargo, hubo que esperar hasta el año 1968 para que el instituto contara con una reglamentación expresa por parte del Código Civil. Ese año, la ley 17.711 incluyó la teoría de la imprevisión en el art. 1197, tomando como modelo la reglamentación de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida del art. 1467 del *Codice Civile*¹⁰ italiano.¹¹

El Código Civil y Comercial regula la imprevisión en el art. 1091 y, en líneas generales, mantiene el supuesto de hecho abstracto ya previsto por el Código derogado en el art. 1198. La innovación está dada sobre todo por las consecuencias jurídicas previstas para casos de excesiva onerosidad. Para ciertas clases de contratos, el art. 1091 CCC da la posibilidad de resolver o adecuar el contrato, es decir, de no cumplir con lo pactado originariamente. Para que pueda dejarse de lado la obligatoriedad del reglamento contractual, el art. 1091 prevé un campo de aplicación definido y varios requisitos que deben configurarse.

Brevemente, el primer requisito que debe darse es que las circunstancias que existían en el tiempo en que se celebró el contrato se alteren de manera extraordinaria. A su vez, este cambio de circunstancias debe ser la causa eficiente de que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa. Con respecto a la alteración de circunstancias, el Código especifica que esta debe haber sobrevenido por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la parte afectada.

¹⁰ En adelante, luego del número del artículo, CCit.

¹¹ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 204; PARDO, ob. cit., p. 935; TOBÍAS, José W. y DE LORENZO, Miguel Federico, “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del artículo 1198 del código civil”, en LORENZETTI, *Obligaciones y...*, cit., p. 975; PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Los ‘acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’ del artículo 1198 CC: un requisito innecesario”, La Ley, cita online, AR/DOC/4623/2010, p.2; SPOTA, Alberto G., “Teoría de la imprevisión contractual: su aplicación en la época de inflación monetaria”, en LORENZETTI, *Obligaciones y...*, cit., p. 955. Este último autor aclara que el Código Civil italiano fue la fuente mediata y que la fuente inmediata fue la recomendación del tercer Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1961.

Dentro de los varios problemas prácticos que el texto legal plantea en cuanto a la distribución del riesgo contractual¹², la atención de este trabajo se centra en el concepto de onerosidad y en la legitimación activa de la parte que ya ha cumplido su prestación. El art. 1091 CCC expresa que la parte que puede valerse de las acciones legales es la parte afectada por la excesiva onerosidad. Normalmente, el afectado es el deudor cuya prestación se vuelve más gravosa. Sin embargo, en algunos casos puede ser que el perjudicado por los efectos del cambio de circunstancias sea el acreedor. A través de cuatro situaciones hipotéticas se pueden plantear las siguientes posibilidades.

Caso 1.¹³ El 1/1/2018, A y B celebran un contrato de permuta de un inmueble por 1900 terneras, a pagar en el plazo de 6 meses. Al momento de celebración del contrato, el precio de una ternera es de \$400 y nada hace pensar que, en los próximos meses, el precio pueda variar más allá del 50%. En cumplimiento de la obligación asumida, el vendedor A entrega el inmueble el 1/2/2018. El 1/4/2018 se desata una crisis agropecuaria impredecible que causa que el precio al kilo de ternera se sextuple. Llegado el día de pago del precio, esta relación se mantiene, por lo que el deudor de terneras puede iniciar alguna de las acciones del art. 1091 CCC (se asume que están dados los demás requisitos legales).

Este caso entra dentro de las situaciones típicas de resolución o adecuación por excesiva onerosidad sobrevenida. Es la parte que aún debe la prestación la que puede utilizar las acciones previstas por el ordenamiento para el caso de que su prestación se torne onerosa.

Caso 2. El 1/1/2018, A y B celebran un contrato de compraventa de un inmueble por el precio de 100 mil pesos, a pagar en el plazo de 6 meses. Al

¹² Sobre el riesgo contractual y los efectos que tienen las disposiciones de los arts. 959 y 1091 CCC se remite al punto 2.

¹³ Los hechos del caso están basados en el reciente caso “Carbone, Manuel R y otra c/ Abad, Julián H. s/cumplimiento de contrato” decidido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala 1, el 16/6/2017, cita online IJ-XD-890.

momento de celebración del contrato, el peso viene sufriendo una depreciación anual del 10% y nada hace pensar que en los próximos meses este porcentaje pueda cambiar más allá del 20%. En cumplimiento de la obligación asumida, el vendedor A entrega el inmueble el 1/2/2018. El 1/4/2018, por medidas económicas del Estado nacional, el peso se devalúa en un 90%. ¿Puede A pedir la resolución o la adecuación del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida?

Caso 3. El 1/1/2018, A y B celebran un contrato de compraventa de un inmueble por el precio de 100 mil pesos, a pagar en el plazo de 6 meses. Al momento de celebración del contrato, nada hace pensar que en los próximos meses el mercado inmobiliario pueda sufrir un cambio drástico en los precios. En cumplimiento de la obligación asumida, el vendedor A entrega el inmueble el 1/2/2018. El 1/4/2018, por causas extraordinarias, los precios de los inmuebles suben abruptamente. A, que ya entregó el inmueble ¿puede pedir la resolución o la adecuación del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida?

Caso 4. Igual al caso anterior, pero los precios de los inmuebles, en vez de subir, bajan excesivamente. ¿Tiene B a disposición las acciones por imprevisión?

Las tres últimas situaciones hipotéticas no resultan tan simples como la primera. En los casos 2 y 3, la parte que pretende accionar por imprevisión es la parte que ya ha cumplido la prestación. El afectado por los acontecimientos extraordinarios no es el deudor, sino el acreedor. En el caso 4, el deudor es quien se ve perjudicado por el cambio de circunstancias, pero no por un aumento de valor que toca la prestación a su cargo, sino la prestación cumplida por la otra parte.

Hay dos preguntas cruciales que se tienen que formular para solucionar los casos planteados. En los casos 2 y 3, la pregunta es la siguiente: la parte que ya ha cumplido su prestación ¿está legitimada para iniciar las acciones del art. 1091 CCC? Para los casos 3 y 4 la pregunta es: ¿puede una prestación ya cumplida tornarse excesivamente onerosa?

Para responder a las preguntas planteadas hay que resolver una cuestión preliminar que hace a la reglamentación del supuesto de hecho previsto por la ley. El punto primordial es determinar con precisión bajo qué circunstancias una prestación se torna -excesivamente- onerosa. La tarea por realizar es adscribir un significado a la palabra “onerosidad”.

La dilucidación de este concepto permite decidir cuál es la prestación que tiene que verse turbada en su faz cuantitativa por el cambio de circunstancias para justificar el derecho a pedir la adecuación o resolución del contrato. Resuelto este punto, la determinación de la legitimación activa depende de encontrar la parte que es afectada por la excesiva onerosidad.

Dado que el derecho italiano fue la fuente originaria de la reglamentación de la teoría de la imprevisión en el derecho argentino, la comparación del instituto en ambos ordenamientos jurídicos resulta iluminante para la mejor comprensión de los problemas planteados con respecto al nuevo art. 1091 CCC.¹⁴ A tal fin, es necesario explicar, primero, cómo funciona el instituto de la imprevisión en uno y otro derecho para, luego, poder concentrar la atención en los problemas específicos relacionados a las cuestiones planteadas: el concepto de onerosidad, la prestación alcanzada por el cambio de circunstancias y la legitimación activa de la parte que ya ha cumplido.

¹⁴ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Il Metodo Comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000, 261 explica que uno de los objetivos de la comparación jurídica puede ser, justamente, la mejor comprensión del propio derecho y dice: “Considerare, sulla base della comparazione, il proprio ordinamento sotto un'altra luce, vuol dire comprenderlo in maniera più esatta, poiché è possibile scoprire aspetti nuovi, contorni e rilievi che sino ad allora non erano stati percepiti. I difetti e i limiti di alcuni istituti nazionali appaiono in maniera più evidente. La comparazione permette di rivolgere al diritto interno uno sguardo più maturo perché più collaudato, più critico perché più informato.” Una idea similar expresan ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3^o ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 21: “Comparative law offers the law student a whole new dimension; from it he can learn to respect the special legal cultures of other peoples, he will understand his own law better, he can develop critical standards which might lead to its improvement, and he will learn how rules of law are conditioned by social facts and what different forms they can take.”

En consecuencia, después de analizar brevemente la relación entre los arts. 959 y 1091 CCC, y su repercusión en materia de riesgo contractual, el trabajo se divide en dos partes. En la primera parte se realiza un somero análisis comparado de la regulación de la imprevisión en los derechos de Argentina e Italia. Siguiendo la estructura de la disposición normativa¹⁵, en el primer capítulo se examina el supuesto de hecho, en el segundo, el campo de aplicación y, en el tercero, las consecuencias jurídicas. La adquisición del conocimiento acerca de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos va a permitir, en la segunda parte del trabajo, centrarse en dos cuestiones principales del derecho argentino, pero con referencia constante y profunda al régimen italiano.

La segunda parte consta de dos capítulos. En el capítulo cuarto se estudia la noción de onerosidad de la prestación. Se repasan dos formas en las que se ha conceptualizado la onerosidad -en relación con la contraprestación o según la prestación en sí- y se concluye con una proposición de definición parcialmente nueva.

En el capítulo quinto se profundiza la legitimación activa de la parte que ha cumplido su prestación. Se estudian en detalle dos temas relevantes para la procedencia de las acciones en este caso. Por un lado, se determina sobre qué prestación deben recaer los efectos de la alteración de circunstancias. Por el otro, se dan algunas precisiones sobre lo que significa que la parte sea afectada por la onerosidad.

2. El riesgo contractual y los arts. 959 y 1091 CCC

Así como históricamente se contrapuso entre *pacta sunt servanda* y *rebus sic standibus*, el texto del Código Civil y Comercial presenta el mismo

¹⁵ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3º ed., Springer, Berlin, 1995, pp. 72, 73 explican que las disposiciones legales constan de un supuesto de hecho abstracto y consecuencias jurídicas que se siguen en caso de configuración del supuesto: “Der Rechtssatz verknüpft wie jeder Satz eines mit einem anderen. Er ordnet dem generell umschriebenen Sachverhalt, dem ‘Tatbestand’, eine ebenso generell umschriebene ‘Rechtsfolge’ zu. Den Sinn dieser Zuordnung ist, daß immer dann, wenn der im Tatbestand bezeichnete Sachverhalt vorliegt, die Rechtsfolge eintritt, d.h. im konkreten Fall gilt.”

antagonismo en los artículos 959 y 1091. La contraposición tiene gran impacto con relación al riesgo contractual, esto es, la posibilidad de que, en virtud de un evento incierto que afecta la relación contractual, alguna de las partes resulte perjudicada.¹⁶ Ante este potencial perjuicio, hay que determinar cuál de las partes debe tomarlo a su cargo. En otros términos, hay que decidir cómo distribuir el riesgo que toda operación económica -materializada a través de un contrato- trae aparejada.¹⁷

El texto del art. 959 CCC dice: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.” En esta disposición se codifica la regla¹⁸ de la fuerza obligatoria del contrato, a la que el

¹⁶ CAPALDO, Giuseppina, *Contratto Aleatorio e Alea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 11 explica la tesis tradicional que distingue el riesgo del álea: “La formulazione più tradizionale separa, infatti, l’alea dal rischio in ragione della natura delle conseguenze derivanti dal verificarsi di un evento incerto. In questo senso vi sarebbe *alea* nel caso di probabilità di esiti sia favorevoli che sfavorevoli; si realizzerebbe, invece, l’ipotesi di *rischio*, quando l’accadere dell’evento possa produrre conseguenze soltanto sfavorevoli.” BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile 3. Il Contratto*, 2º ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 536 define el riesgo como “il pericolo di un pregiudizio che il soggetto sopporta come titolare di una posizione giuridica o, senz’altro, il pericolo di un pregiudizio derivante da fatti non imputabili al soggetto come illeciti. Il rischio contrattuale è, più specificamente, il pericolo del pregiudizio che la parte sopporta per l’incolpevole perimento dell’oggetto della prestazione o per l’incolpevole inesecuzione del contratto.”

¹⁷ GALLO, Paolo, *Contratto e Buona Fede*, 2º ed., Utet Giuridica, Milano, 2014, p. 927. Obviamente que la disposición del art. 959 CCC no resuelve por sí sola la cuestión de la distribución del riesgo contractual. Además de las excepciones generales que se verán más adelante, el legislador realiza una distribución que considera racional a través de la reglamentación de los diversos tipos contractuales. Todo esto sin contar con la distribución que las partes podrían pactar en función de la autonomía de la voluntad. Sobre la relación entre el riesgo y el tipo contractual se puede ver GABRIELLI, Enrico, “Riesgo y tipo contractual”, Diario La Ley del 27 de noviembre de 2013, pp. 1-6, cita online AR/DOC/3692/2013.

¹⁸ En general, la doctrina habla de “principio de fuerza obligatoria”. Ver, por ejemplo, APARICIO, Juan Manuel, *Contratos. Parte General*, Tomo 1, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 81. La distinción entre regla y principio es brevemente conceptualizada por PINO, Giorgio, *Teoria Analitica del Diritto. La Norma Giuridica*, Edizioni ETS, Pisa, 2016, p. 72 de la siguiente forma: “Una regola è una norma che individua in maniera precisa sia le proprie condizioni di applicazione (*fattispecie*) sia le relative conseguenze giuridiche. Un principio è una norma la cui *fattispecie* e -soprattutto- la cui conseguenza giuridica sono generiche e indeterminate.” Teniendo en cuenta esta conceptualización, la disposición del art. 959 CCC sería una regla porque tanto la *fattispecie* como la consecuencia jurídica están descriptas de forma precisa. Por su parte, GUASTINI, Riccardo, *La Sintassi del Diritto*, 2º ed., Giappichelli, Torino,

nuevo Código llama “efecto vinculante”. Esta regla dispone que, una vez que se concluye un contrato válido -supuesto de hecho-, las partes están obligadas a cumplir con lo que han pactado en el contrato¹⁹ -consecuencia jurídica-. Puesto

2014, p. 67 expresa que “si può convenire che una regola sia un enunciato condizionale che connette una qualunque conseguenza giuridica ad una classe di fatto: ‘Se F, allora G’. La conseguenza giuridica in questione può essere una sanzione, la nascita di un obbligo o di un diritto, la validità o la invalidità di un atto, etc. Il concetto di principio è alquanto più complicato e, soprattutto, controverso. Si può avanzare la congettura che i giuristi considerino principio ogni norma che presenti congiuntamente due caratteristiche: (i) per un verso, abbia carattere fondamentale, e (ii) per un altro verso, sia affetta da una particolare forma di indeterminatezza.” En realidad, cuando la doctrina dice que la fuerza obligatoria del contrato es un principio, lo que se quiere decir es que dentro del ámbito del derecho de los contratos esta regla es de gran importancia. Teniendo en cuenta esta aclaración, da igual referirse a la fuerza obligatoria del contrato como regla o principio. También puede servir la opinión de LUZZATI, Claudio, *Del Giurista Interprete. Linguaggio, Tecniche e Dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 343 para ver en qué casos se puede hablar de principio y en qué casos de regla. Este autor niega que exista una distinción entre reglas y principios. El autor (*Id.*) dice: “Ancora più radicalmente: a livello di norme non c’è nessuna differenza intrinseca fra regole e principi. Quel che cambia è l’uso che si fa delle norme nell’argomentazione giuridica. *Le stesse identiche norme possono essere utilizzate dagli interpreti ora come principi ora come regole.* (...) Una norma funge da principio quando ha una funzione fondante -e qui la genericità senza dubbio aiuta- quando cioè serve a giustificare (non tanto condotte, quanto) altre norme.”

¹⁹ ROPPO, *Il Contratto*, 2º ed., en IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo, *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 502 expresa que en realidad esto es un efecto del valor vinculante de la obligación y no del contrato: “Si dice che vincolo contrattuale significa *obbligo del contraente di adempiere il contratto*, e, in caso d’inadempimento, sua *soggezione all’esecuzione in forma specifica e/o al risarcimento del danno*. Questo è vero, ma sembra da riferire alla ‘forza’ non tanto del contratto, quanto dell’*obbligazione* (il cui valore vincolante prescinde dalla fonte, contrattuale o non).” Cabe señalar que hay una diferencia de texto entre la fórmula del Código argentino y la del italiano, ya que este, en el art. 1372, dice: “Il contratto ha forza di legge tra le parti”. Según GAZZONI, Francesco, *Manuale di Diritto Privato*, 17º ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 785 el legislador italiano de 1942 estuvo influenciado por las teorías preceptivas del negocio jurídico y por eso “nell’ambito di disciplina del titolo II del libro IV dedicato ai contratti in generale, si disciplina infatti innanzi tutto il c.d. contenuto del contratto mentre al capo V se ne disciplinano gli effetti. In questo contesto, poi, si è sentita la necessità di dettare una norma, del tutto pleonastica e di sapore retorico, secondo la quale il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372, prima parte) (...). In realtà la c.d. forza di legge altro non significa se non irrettabilità o immodificabilità unilaterale, salvo i casi previsti dalla legge o dall’autonomia privata.” Sin embargo, TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero, *Manuale di Diritto Privato*, 22º ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 612 expresan que las partes “dal momento in cui l’accordo si perfeziona esse sono obbligate ad osservarlo: ciò che la legge esprime affermando addirittura che ‘il contratto ha *forza di legge* tra le parti’ (art. 1372 cod. civ.).” En el derecho argentino, APARICIO, *Contratos...*, Tomo 1, cit., pp. 81, 82 coincide con esta última opinión y dice, en referencia al artículo sobre el efecto vinculante del contrato, que “las personas son libres para contratar, pero cuando han hecho uso de esa libertad, deben atenerse a lo estipulado.” De todas maneras, la posición de Roppo también tiene sentido en el derecho

en términos hipotéticos: si las partes han concluido un contrato válido, entonces están obligadas a realizar aquello a lo que se han comprometido. La disposición tiene solamente en cuenta el hecho de la válida celebración del contrato²⁰ sin reparar en otras propiedades.²¹

Si el art. 959 CCC dispone que una parte está categóricamente obligada a cumplir con su prestación contractual, esto implica que los efectos del riesgo contractual recaen en la parte que ha prometido dicha prestación.²² En aplicación estricta del *pacta sunt servanda*, la parte -cualquiera sea el efecto perjudicial que un acontecimiento cause en su prestación- debe cumplir. Y, en caso de incumplimiento, está obligada a resarcir los daños y perjuicios. Por ejemplo, en

argentino si se tiene en cuenta la definición de obligación del art. 724 CCC, que hace de la exigibilidad de la prestación un presupuesto fundamental de la obligación al punto de privar de fundamento a las obligaciones naturales, tal como explica PIZARRO, Ramón D., “Reflexiones en torno al concepto de obligación y a su objeto en el nuevo Código Civil y Comercial”, La Ley, cita online AR/DOC/168/2016, p. 1. Por lo tanto, sea en función del art. 724 CCC -si el contrato ha creado obligaciones- sea del art. 959 CCC, quien es parte de un contrato válido debe cumplir con aquello a lo que se ha comprometido.

²⁰ En este sentido, GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie, *La Formation du Contrat. Le Contrat - Le Consentement*, 4^o ed., en GHESTIN, Jacques (sous la direction de), *Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 2013, p. 117 manifiestan la conexión entre la fuerza obligatoria y la validez del contrato en referencia al Código Civil francés: “L’article 1134 du Code civil exprime ce lien entre la force obligatoire du contrat ‘légalement formé’ et sa validité. La sanction juridique de l’exécution du contrat, autrement dit sa force obligatoire, suppose que celui-ci soit valable. L’exécution sera donc refusé s’il apparaît que le contrat n’est pas valable.” Los autores hacen referencia al texto del art. 1134 anterior a la reforma de la *Ordonnance* 131 del 10/2/2016. En el texto actual del Código Civil francés, la fuerza obligatoria está en el art. 1103, prácticamente igual al anterior con la única salvedad de que ahora el artículo se refiere a los contratos y no a las convenciones. “Art. 1103: les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”. El texto actualizado del Código Civil francés se puede consultar en <https://www.legifrance.gouv.fr/>

²¹ Propiedades como circunstancias que son tenidas en cuenta por la norma, en el sentido que les dan ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*, 2^o ed., Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 16. Esto, sin embargo, no significa que en otras disposiciones no se encuentren propiedades relevantes diferentes que se tienen en cuenta para asignar otras consecuencias jurídicas.

²² GALLO, *Sopravvenienza...*, cit., p. 385, al plantear las diversas posibilidades abstractas de distribución del riesgo que podrían elegirse en un ordenamiento jurídico, dice que “il rischio in applicazione del principio *pacta sunt servanda* può essere fatto completamente gravare sul promittente; su chi cioè ha assunto l’impegno di realizzare l’opera o effettuare il servizio, il quale sarà tenuto in ogni caso a tener fede all’impegno o a risarcire i danni.”

el caso 1, el deudor debe entregar las 1900 terneras a pesar de que el precio haya aumentado seis veces.

Otra consecuencia de lo dispuesto en el art. 959 CCC es que una de las partes no puede, de manera unilateral, desvincularse del contrato ni tampoco modificarlo. Sin embargo, la disposición del art. 959 CCC prevé excepciones, puesto que admite que el contrato sea modificado o extinguido en dos casos.

En primer lugar, por acuerdo de partes -lo que suele llamarse mutuo disenso²³ o rescisión bilateral-; en segundo lugar, en los casos en que la ley así lo prevé. En este último caso se hace un reenvío a otras disposiciones normativas, que son las que expresamente habilitan la modificación o extinción unilateral. Esto se completa con el art. 960 CCC que faculta a los jueces -en lo que aquí interesa²⁴- a modificar las estipulaciones de los contratos si se dan conjuntamente las siguientes dos condiciones: petición de parte y autorización legal.

Dentro de los casos de reenvío del art. 959 CCC, en que la ley faculta a un contratante a desvincularse u obtener la modificación del contrato, está el art. 1091 CCC. El artículo dice: “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

²³ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 503.

²⁴ El art. 960 CCC establece como regla general que los jueces no tienen el poder de modificar las estipulaciones de los contratos. Sin embargo, el artículo prevé dos excepciones. En la primera, se requiere que una parte pida la modificación y que además esta esté autorizada por la ley. En la segunda, el juez puede proceder de oficio, pero sólo si se afecta manifiestamente el orden público. Vale aclarar que el 16 de noviembre de 2018, una comisión creada por decreto 182/2018 del Poder Ejecutivo de la Nación presentó un Anteproyecto de Reformas Parciales del Código Civil y Comercial (en adelante, luego del número del artículo, ARP), publicado en el diario La Ley del 14/1/2019, cita online AR/DOC/2790/2018. El art. 61 ARP modifica el art. 960 CCC, que quedaría así: “Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley.” El texto, por ende, elimina la posibilidad de los jueces de modificar el contrato de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

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”.

Entre el supuesto de hecho de la norma expresada por el art. 959 CCC y la del art. 1091 CCC hay una relación de género a especie. El art. 959 CCC dispone que, en todo contrato válidamente celebrado, las partes deben cumplir con sus obligaciones. Por su parte, el art. 1091 CCC permite que, bajo ciertas circunstancias, en algunos contratos válidos, las partes pueden no cumplir sus obligaciones. Con relación al supuesto de hecho abstracto, el art. 959 CCC regula la clase de todos los contratos válidos, mientras que el art. 1091 CCC reglamenta una subclase de contratos válidos en los que ha habido una situación de imprevisión.

Por un lado, el art. 1091 CCC restringe la clase de contratos a la subclase de los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente. Por otro lado, agrega una propiedad que el art. 959 CCC no tiene en cuenta, esto es, la situación de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, con los requisitos previstos por la ley. Además, las consecuencias jurídicas que se asignan a cada caso abstracto son contradictorias, ya que una norma establece que todo contrato válido se debe cumplir y la otra que algún contrato válido se puede no cumplir.²⁵

En este caso se configura lo que se conoce como antinomia parcial unilateral²⁶, porque la clase disciplinada por el art. 1091 CCC está

²⁵ La posibilidad de no cumplir se da con la resolución del contrato; en el caso de adecuación, se puede no cumplir según lo originalmente pactado.

²⁶ GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e Argomentare*, en CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 109 explica que hay dos tipos de antinomia parcial, la unilateral y la bilateral. En referencia a la unilateral, el autor (*Id.*) dice: “In primo luogo, può accadere che la classe di fattispecie disciplinata da una norma sia interamente inclusa nella classe di fattispecie disciplinata dall’altra.

completamente incluida en la clase reglamentada por el art. 959 CCC y las consecuencias jurídicas son contradictorias. Sin embargo, la antinomia es sólo aparente, porque es la ley misma la que prevé la solución a través del criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*²⁷). De hecho, la especialidad está dada por la formulación de la disposición del art. 959 CCC, que anuncia la existencia de excepciones de manera explícita. Esto permite afirmar que la norma del art. 1091 CCC es una norma que hace excepción²⁸ a la regla general del art. 959 CCC.²⁹

Determinado el carácter excepcional del art. 1091 CCC, resta por ver cómo funciona con relación a la distribución del riesgo contractual. Cuando la ley permite -como sucede en caso de imprevisión- a una de las partes desvincularse del contrato u obtener la adecuación del reglamento contractual, esto también tiene consecuencias en la manera en que las partes deben soportar el riesgo.

Riprendiamo l'esempio fatto sopra: una norma N1 vieta l'aborto senza ulteriori specificazioni (ossia l'intera classe degli aborti); un'altra norma N2 permette l'aborto terapeutico (che è una sottoclasse degli aborti). Non si dà antinomia quando siano in discussione aborti non terapeutici (vietati da N1), ma si dà antinomia quando siano in discussione aborti terapeutici, che sono permessi da N2 ma vietati da N1.”

²⁷ Para ver algunos problemas relacionados a la fórmula se puede consultar ZORZETTO, Silvia, “Lex specialis derogat generali: tra storia e teoria”, en DI NISIO, Valeria (a cura di), *Regulae Iuris. Ipotesi di Lavoro tra Storia e Teoria del Diritto*, Jovene Editore, Napoli, 2016, pp. 123-152.

²⁸ GUASTINI, *Interpretare...*, cit., p. 118 define la norma excepcional de la siguiente manera: “Due norme intrattengono tra di loro un rapporto di regola ed eccezione nella circostanza seguente: Poniamo che una norma N1 disciplini in un dato modo una data classe di fattispecie F (‘Se F, allora G’), e che la classe di fattispecie F includa diverse sottoclassi: F1, F2, F3, etc. Tra la classe F e le sue sottoclassi, evidentemente, intercorre un rapporto da ‘genere’ a ‘specie’. Poniamo inoltre che una seconda norma N2 disciplini in modo incompatibile una di queste sottoclassi, ad esempio F2 (‘Se F2, allora non-G’). Così facendo, la norma N2 esclude dal campo di applicazione della norma N1 la sottoclasse di fattispecie F2, e pertanto lo restringe. Ebbene, in questi casi, si usa dire indifferentemente che N2 ‘fa eccezione’ a N1, o che N2 ‘deroga’ a N1.”

²⁹ En el marco del Código Civil reformado por ley 17.711, en jurisprudencia se ha sostenido que “la teoría de la imprevisión abre una brecha en la fuerza obligatoria de los contratos y por tanto debe considerarse como un remedio excepcional, restrictivo de la libertad de contratar consagrada en el art. 1197 C.C.” (Cámara 2º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 22/4/2008, “Torre Luis Vicente c/ Torre Roberto y otro s/ cumplimiento-resolución de contrato”, cita online MJ-JU-M-26196-AR).

En el caso en que se permita la resolución del contrato, sin que la parte deba daños y perjuicios, el riesgo se distribuye en partes iguales entre los contratantes.³⁰ En este supuesto, el promitente no está obligado a cumplir la prestación ni a resarcir, pero tampoco recibe la contraprestación. A su vez, el estipulante, a quien se le ha hecho la promesa, no obtiene la prestación ni el resarcimiento del daño, pero tampoco está obligado a cumplir con su prestación.³¹ En el caso 1, resuelto el contrato, el deudor puede no entregar las 1900 terneras sin obligación de resarcir el daño, pero debe restituir el inmueble.

Por el contrario, si se da la posibilidad de modificación del contrato a la parte que ha prometido la prestación, el riesgo es soportado por la contraparte, acreedora de dicha prestación.³² Sin embargo, la distribución del riesgo en este caso depende de los efectos que se asignen a la revisión del contrato: el estipulante solamente soporta todo³³ el riesgo si la revisión permite restablecer el equilibrio original entre las prestaciones.

Por el contrario, si la adecuación del contrato tiene por efecto exclusivamente borrar la parte de mayor onerosidad de la prestación que se

³⁰ GALLO, *Sopravvenienza...*, cit., p. 386 dice: “una seconda soluzione è invece quella di ritenere che vuoi l'impossibilità sopravvenuta, vuoi l'eccessiva onerosità sopravvenuta costituiscano esimente, nel senso cioè di escludere il sorgere di un obbligo di natura risarcitoria. In queste circostanze il promittente, in caso di sopravvenienza, sarà quindi legittimato a rifiutare l'adempimento dell'impegno assunto senza però correre il rischio di dover risarcire il danno. Venendo meno l'obbligo di risarcire i danni, l'intero rischio non viene più scaricato sul promittente, ma ripartito tra i due contraenti; ciascuno dei quali supporterà gli oneri che gli sono propri.”

³¹ Para ciertos casos en los que la resolución puede perjudicar más a una parte que a la otra se remite al Capítulo 5.

³² GALLO, *Sopravvenienza...*, cit., p. 386.

³³ Todo el riesgo significa no sólo el riesgo de la excesiva onerosidad, sino también de la mayor onerosidad que no sea excesiva. En general, esta solución no es muy seguida, puesto que las legislaciones suelen tener en cuenta el álea normal del contrato como límite dentro del cual la parte perjudicada por los acontecimientos tiene que soportar el riesgo. Una solución original se dio en Argentina para casos relacionados con la crisis económica del año 2001 con la incorporación de la doctrina del esfuerzo compartido en la ley 25.561 para distribuir las consecuencias perjudiciales de la crisis en los contratos.

considera excesiva, cada parte toma a su cargo una porción de riesgo³⁴, aunque no necesariamente en la misma medida. En el caso 1, borrar la excesiva onerosidad significa, por ejemplo, reducir la cantidad de terneras que B tiene que dar hasta llegar al porcentaje previsible al momento de contratar, es decir, un aumento en el precio de las terneras de un 50%. Por ende, A soporta un perjuicio mucho mayor al de B.

De este breve *excursus* se puede apreciar que la función de la teoría de la imprevisión está íntimamente relacionada con la distribución legal del riesgo contractual. La imprevisión es un instituto que, con respecto a la repartición general del riesgo sancionada por el art. 959 CCC, efectúa una nueva asignación de riesgos³⁵ para situaciones extraordinarias teniendo en cuenta exigencias de equidad.

³⁴ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 274 señala que con la adecuación “tan solo se reajusta el contrato de modo que desaparezca la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes (...) es dable sostener que la revisión del contrato no supone necesariamente un perfecto restablecimiento del equilibrio que existía entre las prestaciones al tiempo de celebrarse el contrato. (...) La revisión solo tiene por objeto eliminar ese exceso de onerosidad, sin que deba asegurarle al deudor toda la utilidad que pensaba obtener de la prestación en la situación de hecho originaria.” En el derecho italiano, que permite la revisión solamente si la parte beneficiada la ofrece para contrarrestar la resolución, TERRANOVA, Carlo, *L'Eccessiva Onerosità nei Contratti*, en SCHLESINGER, Piero (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 195 dice: “Secondo la prevalente opinione la offerta può ritenersi idonea allo scopo allorquando `riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione (*rectius*: esecuzione), la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandare la risoluzione’. Le condizioni proposte debbono cioè determinare un’attenuazione dell’onerosità sopravvenuta tale da eliminare il connotato dell’`eccessività’, riconducendo pertanto la stessa nei limiti consentiti dall’alea normale del contratto, `senza necessità che venga ristabilito esattamente l’equilibrio tra le rispettive posizioni esistenti al momento della stipulazione’.”

³⁵ MONTOYA, Fernando, “La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual”, *Revista de Derecho Privado* 8, 2005, consultado en línea en Hein Online, p. 138, dice: “El fin de la imprevisión es entonces efectuar un nuevo reparto de cargas y de beneficios estrictamente económicos, trastornados por la ocurrencia de eventos que escaparon a las previsiones de las partes y que hicieron la prestación de una de ellas demasiado onerosa.” El autor se refiere al derecho colombiano, cuyo Código de Comercio, en el art. 868 párrafo 1º, prevé la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias con una marcada influencia del derecho italiano. El texto del artículo dispone: “Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva,

No obstante, no se trata de equidad o justicia contractual abstracta, sino vinculada por el texto legal, cuya interpretación tiene que clarificar el alcance de los conceptos utilizados para no dejar de lado las exigencias del ideal de certeza del derecho.³⁶ El legislador hace una elección de política del derecho al incorporar la institución de la excesiva onerosidad, pero la disposición es bastante abierta y transfiere gran parte de dicha elección al órgano jurisdiccional.

Esto lleva a que el juzgador tenga bastante discrecionalidad, sobre todo en cuanto al carácter excesivo de la onerosidad y a la determinación del grado de afectación que sufre la parte perjudicada, que dependen de las circunstancias del caso concreto.³⁷ Por el contrario, las demás cuestiones que presenta el texto legal, especialmente el concepto de onerosidad y los casos en que procede la acción, se pueden definir de manera clara independientemente de un caso concreto de aplicación. De esta manera, se puede aspirar a un equilibrio entre los valores de equidad contractual y previsibilidad del modo de soportar las consecuencias derivadas de hechos extraordinarios.

periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.”

³⁶ PINO, *Teoria Analitica...*, cit., p. 119, luego de resaltar la importancia de la certeza del derecho como valor jurídico fundamental, dice: “Questo non implica però che la certezza sia il solo valore che il diritto persegue, né che sia il valore che deve sempre prevalere quando vengano in considerazione anche altri valori (come la flessibilità, l’evoluzione del diritto, la giustizia del caso concreto, ecc.): ogni ordinamento giuridico sufficientemente maturo cerca varie modalità di equilibrio e di compromesso tra queste varie esigenze. E peraltro questi vari valori saranno soppesati in maniera diversa nell’ambito di diverse ideologie delle fonti (...). Di conseguenza, a causa del fatto che in una stessa cultura giuridica normalmente convivono giuristi con diverse ideologie delle fonti, è molto probabile che in uno stesso contesto giuspolitico vi siano operatori che privilegiano uno di questi valori (ad esempio la certezza) e altri operatori che ne privilegiano altri (...).”

³⁷ Para la cuestión del carácter excesivo se remite al capítulo 1; para la de la parte afectada, al 4.

PRIMERA PARTE. BREVE ANÁLISIS COMPARADO DE LA IMPREVISIÓN

En esta parte del trabajo se presenta un estudio de la regulación que los ordenamientos de Argentina y de Italia dan a las situaciones en que alguna prestación se torna excesivamente onerosa durante la relación contractual. Se divide en los tres capítulos siguientes: supuesto de hecho, campo de aplicación -en cuanto a las clases de contratos incluidas- y consecuencias jurídicas. Por cada capítulo, una parte se dedica al derecho italiano y la otra al derecho argentino.

La legislación que se tiene en cuenta es principalmente la que está vigente en cada uno de los países, aunque también se hace referencia a los regímenes anteriores y perspectivas de reforma. En cuanto a la doctrina y a la aplicación jurisprudencial, en el caso del derecho argentino, debido a la reciente recodificación³⁸, la mayoría es relativa al régimen del Código Civil derogado. Sin embargo, dada la similitud de la nueva disposición con la anterior, gran parte de los desarrollos doctrinales y de las decisiones de jurisprudencia mantienen fuerza persuasiva.

Hecha esta aclaración, se presentan tablas comparativas con los textos de los arts. 1091 CCC, 1467-1469 CCit, 1198 Código Civil y 73 ARP a continuación:

Art. 1091 CCC. “ <i>Imprevisión</i> . Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas	Art. 1467 CCit: “ <i>Contratto con prestazioni corrispettive</i> . Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale
---	---

³⁸ La ley n° 26.994, del 1/10/2014, aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y la ley n° 27.077, del 19/12/2014, estableció su entrada en vigor a partir del 1/8/2015.

<p>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”</p>	<p>prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458.</p> <p>La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto.</p> <p>La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.”</p> <p>Art. 1468 CCit. “<i>Contratto con obbligazioni di una sola delle parti.</i> Nell’ipotesi prevista dall’articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.”</p> <p>Art. 1469 CCit. “<i>Contratto aleatorio.</i> Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti.”³⁹</p>
--	---

³⁹ Se propone la siguiente traducción de los artículos del Código Civil italiano:

Art 1467: *Contratos con prestaciones recíprocas.* En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha vuelto excesivamente onerosa por el verificarse de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el art. 1458.

<p>Art. 73 ARP: “Art. 1091. <i>Excesiva onerosidad sobreviniente</i>. 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 de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a requerir judicialmente, 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.</p>	<p>Art. 1198 Código Civil: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.</p>
---	--

La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevinida entra dentro del álea normal del contrato.

La parte contra la que es demandada la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Art. 1468: *Contrato con obligaciones de una sola de las partes*. En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, esta puede pedir una reducción de su prestación o una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reconducirla a equidad.

Art. 1469: *Contrato aleatorio*. Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

<p>La parte demandada por resolución puede impedirla ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.</p> <p>La parte demandada por adecuación del contrato puede pedir su resolución.</p> <p>No procederá la resolución ni la adecuación si el perjudicado obró con culpa o está en mora.”</p>	<p>No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.”</p>
---	---

CAPÍTULO 1. EL SUPUESTO DE HECHO

La nota característica del instituto de la imprevisión es la excesiva onerosidad de la prestación que se produce luego de la conclusión del contrato. No obstante, no toda vez que en el marco de una relación contractual una de las prestaciones se torne más onerosa se conceden las acciones previstas por la ley, puesto que los artículos citados prevén varios requisitos ulteriores que se deben cumplir.

Para estructurar coherentemente el estudio de los requisitos de la *fattispecie*⁴⁰, se divide la presentación en tres puntos. En primer lugar, se analiza el concepto de excesiva onerosidad; en segundo término, la causa de la que proviene esa onerosidad y, por último, la cuestión del álea normal del contrato y del riesgo asumidos por las partes.

1. Excesiva onerosidad

1.1. Derecho argentino

El fenómeno regulado por el art. 1091 CCC es el de una prestación que se torna excesivamente onerosa. La noción de onerosidad será analizada en profundidad en el capítulo 4, por lo que en esta sede se dan solamente algunas precisiones a nivel superficial.

A pesar de que el legislador no da ninguna definición del concepto, en general hay acuerdo en la doctrina argentina para conceptualizar la excesiva onerosidad de la prestación como una alteración del equilibrio entre las prestaciones de las partes.⁴¹ En caso de excesiva onerosidad, se produce un

⁴⁰ La expresión es el equivalente, en la terminología jurídica italiana, al supuesto o hipótesis de hecho en la terminología castellana. BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 8 explica que “il termine deriva dal latino medioevale *facti species*: che, alla lettera, significa figura del fatto (...).”

⁴¹ PIZARRO, Ramón Daniel, “La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Suplemento especial. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, p. 279; APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 258; LAVALLE COBO, Jorge E., “Comentario al art. 1198”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.); ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Tomo 5, Astrea,

cambio brusco en la relación de reciprocidad entre las prestaciones de las partes y esta situación perjudica a una de ellas.

Para determinar si hay un supuesto de onerosidad, hay que hacer un cotejo entre las prestaciones de las partes para comparar la relación de equilibrio⁴² al momento de conclusión del contrato y al momento en que sucede el hecho que altera el equilibrio originario de manera excesiva.⁴³ De esta comparación, suponiendo un contrato entre A y B, puede surgir una onerosidad en los siguientes supuestos:

a. La prestación de A sube de valor, mientras la de B baja o permanece igual. En este caso quien resulta afectado es A.

Buenos Aires, 1984, p. 930; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual...*, cit. p. 207; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 522; FLAH, Lily R.; SMAYEVSKY, Miriam, *Teoría de la Imprevisión*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 26; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 376; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones*, Tomo 2, Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 287; PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Las vicisitudes del contrato y su regulación en el código unificado”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2016-3: *Contratos. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 402; IÑÍGUEZ, Marcelo Daniel, “Avances de la doctrina en materia de desequilibrio sobreviniente. Lo extraordinario puesto en tela de juicio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-1: *Desequilibrio Contractual*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 147; GASTALDI, José María, “La revisión del contrato. La pesificación, la imprevisión y su renuncia”, *La Ley*, cita online AR/DOC/4294/2009; RIVERA, Julio César, “From crisis to crisis: weakness of contracts in Argentina”, en BASOGLU, Basak (ed.), *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision*, Springer, 2016, p. 47.

⁴² Sobre el concepto de equilibrio contractual y la crítica de esta conceptualización se remite al capítulo 4.

⁴³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos. Parte General*, 4° ed., Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 725 plantea los casos en los que se puede configurar la excesiva onerosidad partiendo de un supuesto de equilibrio ideal: “Podemos señalar las siguientes posibilidades: a) Que haya aumentado el valor del sacrificio, permaneciendo inalterado el de la ventaja (...). b) Que permanezca idéntico el valor del sacrificio, y disminuya el de la ventaja (...). c) Que ambos valores se alteren en sentido inverso (...). d) Que la alteración se produzca tanto en lo concerniente al valor del sacrificio, como al de la ventaja, y en el mismo sentido, experimentando ambas alzas, o ambas bajas. Si la intensidad del fenómeno es la misma para ambos, el equilibrio originario se mantiene y no puede hablarse de excesiva onerosidad (...).”

b. La prestación A baja de valor y la de B se mantiene igual o sube. Aquí el afectado es B.

c. Tanto la prestación de A como de B suben o bajan de valor simultáneamente, pero en distinta intensidad. En el caso de suba simultánea, el afectado es la parte cuya prestación haya subido de valor en menor medida; al contrario, en el supuesto de baja simultánea, la perjudicada es la parte cuya prestación haya bajado más de valor.

El carácter excesivo de la onerosidad es un parámetro cuantitativo que se refiere a la intensidad de la variación de valor de la prestación. Hay dos datos relevantes para tener en cuenta al analizar el asunto: por un lado, la cuestión de la prestación excesivamente onerosa es una cuestión de hecho⁴⁴; por el otro, “excesivamente” es una noción vaga.⁴⁵ Esto lleva a que el encargado de aplicar el derecho tenga amplia discrecionalidad para decidir qué casos concretos⁴⁶ están

⁴⁴ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio, *Il Contratto*, 4º ed., Utet, Milano, 2016, p. 1701 específicamente dicen: “L’eccessiva onerosità infatti `è *res facti*’.”

⁴⁵ FOGELIN, Robert J.; SINNOT-ARMSTRONG, Walter, *Understanding Arguments. An Introduction to Informal Logic*, 4º ed., Harcourt Brace Jovanovich Publishers, United States of America, 1991, p. 98 explican la noción de vaguedad de esta manera: “Perhaps the most common form of unclarity is *vagueness*. It arises in the following way. Many of our concepts admit of *borderline cases*. The standard example is baldness. A person with a full-flowing head of hair is not bald. A person without hair on his head is bald. In between, however, there is a range of cases where we are not prepared to say definitely whether the person is bald or not. Here we say something less definite, such as that this person is ‘going’ bald. Notice that our inability to apply the concept of baldness in this borderline case is not due to ignorance. Even if we knew the exact number, we would still not be able to say whether the person was bald or not. The same is true of most adjectives that concern properties admitting degrees -for example, rich, healthy, tall, wise, and ruthless.” A continuación, los autores dicen que, en general, la vaguedad no causa muchos problemas en el uso del lenguaje corriente, salvo cuando son precisamente los casos límite (*borderline cases*) que están en juego. Para ilustrar esto último, dan un ejemplo de una ley que castiga las acciones que tiendan a corromper la moral pública con penas severas y expresan que, al decir que una ley es vaga, en realidad lo que se hace es una crítica y no solamente una constatación. Los autores (*Ibid.*, p. 99) concluyen diciendo: “We shall say, then, that *a concept is vague, if, in a given context, it leaves open too wide a range of borderline cases for the successful and legitimate use of that concept in that context.*”

⁴⁶ Se hace referencia a situaciones que se dan en la realidad. Es lo que BULYGIN, Eugenio, *Il Positivismo Giuridico*, (a cura di Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini e Giovanni B. Ratti), Giuffrè, Milano, 2007, p. 128 llama caso individual. El autor (*Id.*) dice que la noción de “caso” es ambigua y distingue entre caso genérico y caso individual: “Per eliminare l’ambiguità, userò i termini *caso generico* e *caso individuale*. Un caso individuale è un evento concreto, ubicato nel

incluidos en el concepto genérico de onerosidad “excesiva”.⁴⁷ En consecuencia, el juzgador es quien debe marcar la línea entre lo excesivo y lo no excesivo.⁴⁸

1.2. Derecho italiano

La calificación de *eccessivamente onerosa* referida a una prestación aparece por primera vez en el derecho italiano en un decreto de 1915 para

tempo e nello spazio, i cui protagonisti sono individui; un caso generico è una proprietà o un insieme di proprietà che possono essere esemplificati da un numero indefinito di casi individuali.”

⁴⁷ En este sentido, LUZZATI, Claudio, *La Vaghezza delle Norme*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 247 dice que “nella maggior parte degli ordinamenti il giudice che deva interpretare una disposizione vaga è costretto, lo voglia o non lo voglia, ne sia consapevole oppure no, a ridurre la vaghezza in modo tale da rendere la legge applicabile alla fattispecie concreta su cui verte la sua decisione.” Sobre la discrecionalidad del juez en casos de vaguedad, GUASTINI, Riccardo, *Filosofia del Diritto Positivo. Lezioni*, (a cura di Vito Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2017, p. 322 dice: “La vaghezza delle espressioni usate nel linguaggio delle fonti -che non si risolve mediante interpretazione in astratto- fa sì che l’interprete, di fronte a un caso ‘marginale’, ossia un caso che cade nell’ ‘area di penombra’, ai margini della trama, possa decidere discrezionalmente se la fattispecie in questione debba, o no, essere inclusa nell’ambito di applicazione della norma.” Analizando la normativa del Código derogado, LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 722 se preguntaba: “¿En qué punto nos detendremos y afirmaremos que ha llegado el caso de que sea ‘excesivamente onerosa’? Esto quedará librado a la prudencia de los jueces.” También la jurisprudencia se ha inclinado por esta forma de ver las cosas. Por ejemplo, en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, “C.P. Tecnologías S.A c/ Plus Salud S.A.”, del 28/12/2007, cita online MJJ25565 se dijo: “La ley deja librada la apreciación de si la onerosidad es o no excesiva, al criterio judicial.”

⁴⁸ BONELLI, Franco, “Criteri e direttive per la individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AAVV, *Il Contratto. Silloge in Onore di Giorgio Oppo*, Vol I: Profili Generali, Cedam, Padova, 1992, pp. 540, 541 da algunos criterios generales para determinar la excesiva onerosidad, aunque admite que todo depende del caso concreto: “Per determinare quando vi sia eccessiva onerosità sopravvenuta occorre esaminare i singoli casi concreti. È però utile premettere le seguenti direttive di carattere generale: a. In primo luogo va considerato *il tipo di negozio* scelto dalle parti (...). b. Rilevante è altresì la maggiore o minore aleatorietà del *settore di mercato* in giuoco. (...). c. La *perdita del lucro* per eventi sopravvenuti rientra nell’ ‘alea normale’ e di per sé non costituisce eccessiva onerosità del contratto (...).” APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 265 recurre a la noción italiana de álea normal del contrato para determinar cuándo la onerosidad deviene excesiva y dice que hay que tener en cuenta el tipo contractual, las coyunturas de mercado y todo dato que permita determinar la concreta repartición de riesgos. En jurisprudencia se ha usado también el álea normal del contrato, por ejemplo, en Cámara 2º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 22/4/2008, “Torre Luis Vicente c/ Torre Roberto y otro s/ cumplimiento-resolución de contrato”, cita online MJ-JU-M-26196-AR y en Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 23/6/2009, “Sonda Argentina S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires - pretensión anulatoria”, cita online MJ-JU-M-43982-AR.

solucionar problemas originados por la primera guerra mundial.⁴⁹ Posteriormente se incluye la resolución por excesiva onerosidad como remedio general en los arts. 1467-1469 CCit, dentro del Título II (*Dei contratti in generale*) del Libro IV (*Delle obbligazioni*).

Tal como en el derecho argentino, el legislador italiano no explicita el significado de la expresión “excesiva onerosidad”⁵⁰, por lo que la conceptualización es un trabajo que se deja al intérprete. Para determinar los casos de excesiva onerosidad, se suele distinguir entre contratos con prestaciones recíprocas y los contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes⁵¹, en función de la distinción trazada por el *Codice Civile* en los arts. 1467 y 1468.⁵²

Por un lado, en los contratos con prestaciones recíprocas, la excesiva onerosidad se manifiesta en una desproporción entre el valor de las

⁴⁹ TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 21 expresa: “Particolare importanza assume l’art. 1 del d.lt. 27 maggio 1915, n. 739, emanato a seguito dello scoppio della prima guerra mondiale e del rapido deprezzamento monetario che ne seguì, che introdusse per la prima volta ed in maniera espressa la figura dell’eccessiva onerosità sopravvenuta quale fatto idoneo a far venir meno l’obbligo di adempiere il contratto.” PINO, Augusto, *L'Eccessiva Onerosità della Prestazione*, Cedam, Padova, 1952, p. 21 reporta el artículo 1 del decreto (*decreto luogotenenziale*) del 27/5/1915 cuyo texto dice: “a tutti gli effetti dell’art. 1226 la guerra è considerata caso di forza maggiore, non solo quando rende impossibile la prestazione, ma anche quando la rende eccessivamente onerosa.”

⁵⁰ BOSELLI, Aldo, *La Risoluzione del Contratto per Eccessiva Onerosità*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1952, p. 141 dice: “Che cosa più precisamente debba intendersi per ‘eccessiva onerosità’ o, più semplicemente, per ‘onerosità’ della prestazione, l’art. 1467 non dice, nè la cosa si chiarisce col richiamo a quegli altri testi legislativi (artt. 1468, 1664, 1879 o 2058) nei quali ricorre l’uso della identica espressione.”

⁵¹ BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile 5. La Responsabilità*, 2º ed., Giuffrè, Milano, 2015, pp. 424, 425 agrega que la excesiva onerosidad en los contratos onerosos de prestaciones que no sean recíprocas -por ejemplo, contratos de sociedad- tiene lugar cuando hay desproporción entre el sacrificio económico de la parte afectada y la ventaja que deriva del contrato.

⁵² La Corte de Casación (Cass., sez III, 25/5/2007, nº 12235) dijo: “Mentre nei contratti a titolo gratuito l’aggravio consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione e il valore successivo, trattandosi come nella specie di contratto oneroso (permuta), l’aggravio consiste nella sopravvenuta sproporzione tra i valori delle prestazioni, laddove una prestazione non trova più sufficiente remunerazione in quella corrispettiva.” La sentencia completa se puede consultar en <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2009/09/cass-25-maggio-2007-n-12235.pdf>.

prestaciones⁵³ que surge con posterioridad a la celebración del contrato. En este sentido, la comparación se hace entre la prestación de una parte y la de la otra, tal como en el derecho argentino.

La doctrina italiana está de acuerdo en considerar que se configura la excesiva onerosidad cuando hay un aumento del costo o del valor de la prestación del deudor que resulta afectada por los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.⁵⁴ Esta situación se conoce con el calificativo de onerosidad directa.⁵⁵

Por el contrario, una doctrina minoritaria discute que la pérdida de valor de la contraprestación tenga cabida dentro del concepto de excesiva onerosidad.⁵⁶ En este caso, se habla de onerosidad indirecta.⁵⁷ A pesar de la discusión doctrinaria, la jurisprudencia admite que una parte -el acreedor- pueda

⁵³ BIANCA, *Diritto Civile* 5..., cit., pp. 415, 416. CAPALDO, *Contratto...*, cit., pp. 235, 236 sostiene: “In ordine al requisito della eccessiva onerosità, solitamente, la giurisprudenza ne ha individuato la sussistenza nel caso si verifici una variazione che comporti una notevole alterazione dell’equilibrio tra le prestazioni, determinando una situazione di squilibrio dei rispettivi valori delle prestazioni che aggravi o alteri l’iniziale rapporto di equivalenza, incidendo sul valore di una prestazione rispetto all’altra e ha sottolineato che l’equilibrio tra prestazione e controprestazione deve rimanere vicino a quello fissato dalle parti, in quanto la legge ne prevede il mantenimento e reagisce ad alterazioni sensibili ed imprevedibili del medesimo.” A continuación, la autora pone de manifiesto que en doctrina se discute con respecto a la forma de entender la onerosidad, ya que algunos autores tienen en cuenta -aun en contratos con prestaciones recíprocas- la relación del valor de la prestación en el momento de la conclusión del contrato y el valor de la misma prestación al tiempo en que los hechos imprevisibles la tornan excesivamente onerosa. La comparación de la prestación con la contraprestación queda para el requisito de superación del álea normal del contrato, que se verá más adelante.

⁵⁴ DELFINI, Francesco, *Autonomia Privata e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 206.

⁵⁵ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 949 dice: “In cosa consiste l’onerosità rilevante? La legge parla di ‘prestazione ... divenuta eccessivamente onerosa’: si riferisce quindi all’onerosità diretta, cioè quella che *tocca direttamente la prestazione dovuta da chi invoca il rimedio*. O facendola diventare *più costosa* (...). O rendendola *più preziosa* (...).”

⁵⁶ DELFINI, *Autonomia...*, cit., p. 207.

⁵⁷ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 950 define la onerosidad indirecta como la “onerosità determinata, a carico della parte che deve la prestazione non ancora esaurita, dallo *svilimento della controprestazione attesa*.”

valerse de la resolución por excesiva onerosidad en caso de pérdida de valor de la prestación que esta espera recibir.⁵⁸

Por otro lado, en los contratos con prestación a cargo de una sola de las partes, la excesiva onerosidad consiste en la desproporción entre el valor de la prestación al tiempo de la conclusión del contrato y al momento de la ejecución.⁵⁹ En este caso, al haber solamente una prestación, no se puede proceder a una comparación entre prestaciones, sino que se debe tener en cuenta la única prestación, según la variación de valor en los dos diferentes momentos.⁶⁰

2. La causa de la excesiva onerosidad

Tanto en el derecho italiano, como en el derecho argentino, el solo hecho de que una prestación se torne excesivamente onerosa no habilita, *per se*, las acciones legales. Ambos ordenamientos jurídicos prevén la excesiva onerosidad de la prestación como condición necesaria, pero no suficiente, ya que establecen requisitos concretos en cuanto a la causa de la que debe surgir la excesiva onerosidad.

Solamente hechos imprevisibles y extraordinarios, en el derecho italiano, o una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato, en el derecho argentino, pueden ser las causas de la excesiva onerosidad de la prestación para que se justifique otorgar al afectado la posibilidad de desligarse o modificar el contrato. Dicho de otra manera, es imprescindible que los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles o la

⁵⁸ GALLO, *Contratto...*, cit., p. 962 explica que la solución jurisprudencial de admitir la resolución en casos de onerosidad indirecta está íntimamente relacionada con la evolución del modo de ver la devaluación de la moneda desde la sanción del Código en 1942. En un primer momento, se negaba la posibilidad de invocar la devaluación como causa de resolución; posteriormente, la jurisprudencia lo ha admitido, siempre que la devaluación hubiera tenido un nivel imprevisible al tiempo de celebración del contrato.

⁵⁹ BIANCA, *Diritto Civile 5...*, cit., p. 416 textualmente dice: “nei contratti a titolo gratuito l’aggravio consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione e il valore successivo.”

⁶⁰ TERRANOVA, *L’Eccessiva...*, cit., p. 125.

alteración extraordinaria de las circunstancias produzcan el efecto de que una prestación se torne excesivamente onerosa.⁶¹

2.1. Derecho italiano

El art. 1467 CCit dispone que la prestación debe devenir excesivamente onerosa a causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.⁶² Conceptualmente se puede distinguir entre estos adjetivos, aunque ambos están relacionados con la probabilidad de que un hecho acaezca. En doctrina se dice que lo imprevisible se refiere a la falta de probabilidad lógica de que el hecho suceda, mientras que lo extraordinario tiene que ver con la falta de probabilidad estadística.⁶³

Esta diferencia se explica teniendo en cuenta dos puntos de vista diferentes para considerar cada requisito: uno subjetivo, para lo imprevisible, y

⁶¹ PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 279 explica específicamente que “tiene que haber *incidencia causal* entre el acontecimiento y el efecto que produce.” También en jurisprudencia se ha afirmado que debe mediar una relación de causalidad: “No es suficiente invocar acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y situaciones de excesiva onerosidad, por más que sean de público conocimiento. Para que proceda el remedio excepcional del reajuste por imprevisión, es necesario probar concretamente el desequilibrio sufrido por las prestaciones. Quien alega la imprevisión, en consecuencia, debe acreditar que en virtud del suceso imprevisto la prestación a su cargo se tornó excesivamente gravosa, o desventajosa.” (Cámara 2º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 22/4/2008, “Torre Luis Vicente c/ Torre Roberto y otro s/ cumplimiento-resolución de contrato”, cita online MJ-JU-M-26196-AR). También deja en claro el requisito de la relación de causalidad DANTUR, José Ignacio, “Comentario al art. 1091”, en CURÁ, José María (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 3, 2º ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, versión ebook.

⁶² PLENTEDA, Raffaele, “La risoluzione per eccessiva onerosità”, en BUFFONE, Giuseppe; DE GIOVANNI, Cristiano; NATALI, Antonio Ivan (a cura di), *Il Contratto*, Tomo 2, Cedam, Torino, 2013, p. 1461 expresa con precisión el nexo de causalidad que debe haber entre los hechos y la excesiva onerosidad: “L’ulteriore presupposto per l’azionabilità della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione è rappresentato dalla ricorrenza di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, ai quali sia eziologicamente riconducibile l’intervenuta alterazione dell’equilibrio tra le reciproche prestazioni. La straordinarietà e la imprevedibilità, in altri termini, valgono a caratterizzare i fattori causali dai quali deve trarre origine lo sbilanciamento di valori tra attribuzioni patrimoniale affinché possa farsi luogo allo scioglimento del contratto.”

⁶³ TERRANOVA, *L’Eccessiva...* cit., p. 130. PLENTEDA, “La risoluzione...”, cit., p. 1462 dice que los acontecimientos extraordinarios son aquellos excepcionales desde el punto de vista natural o científico, o bien fuera de lo común desde el punto de vista estadístico.

uno objetivo, para lo extraordinario.⁶⁴ Por un lado, se define la previsibilidad como la capacidad que tiene una persona de representarse un hecho probable.⁶⁵ Por el otro, para conceptualizar lo extraordinario, se tiene en cuenta la probabilidad de que un hecho se repita con respecto al curso normal de los acontecimientos.⁶⁶ En este sentido, no hay diferencia semántica entre los vocablos italianos y castellanos, puesto que en castellano lo imprevisible es aquello que una persona no puede ver con antelación y lo extraordinario es lo que está fuera de lo que comúnmente sucede.

A pesar de la distinción conceptual, se dice que, en la práctica, los intérpretes italianos dan importancia solamente a la imprevisibilidad, puesto que se considera que, en general, el parámetro de lo extraordinario resulta absorbido en lo imprevisible.⁶⁷ Además, al depender de un juicio de carácter subjetivo, la imprevisibilidad presenta dificultades mayores que lo extraordinario⁶⁸; por lo tanto, la doctrina normalmente se concentra en los requisitos del hecho imprevisible.

Con respecto al tipo de hecho del que surge la excesiva onerosidad, no se hace una delimitación estrecha, sino que este puede tener las más diversas causas. El hecho imprevisible puede originarse en la naturaleza, o bien, depender

⁶⁴ Esta diferencia en cuanto a la valoración subjetiva u objetiva es compartida también por la jurisprudencia: Corte di Cassazione, sez. 3ª, 19/10/2006, n° 22396, citado por ZORZIN, Alex David, en CENDON, Paolo (a cura di), *Trattario di Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1079.

⁶⁵ TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 131.

⁶⁶ CAPALDO, *Contratto...*, cit., p. 234 explica que la doctrina y la jurisprudencia han llegado a una definición pacífica de lo que significa lo imprevisible y lo extraordinario: “L'imprevedibilità attende, quindi, secondo la recente giurisprudenza, alla conoscenza delle parti e per ciò stesso l'unico criterio plausibile per apprezzarla è quello che 'ha riguardo al ramo di attività cui il contratto si riferisce, nell'ambito delle condizioni di mercato esistenti che rendano possibile una valutazione circa il verificarsi di un dato evento'; la straordinarietà, invece, avrebbe piuttosto riguardo alla mancanza di 'ripetibilità con frequenza e regolarità statistica' di un certo evento.”

⁶⁷ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 953: “Nella prassi degli interpreti, la doppia aggettivazione si contrae: il parametro della straordinarietà non riceve autonomo rilievo, e finisce assorbito in quello dell'imprevedibilità: che resta solo a comandare il giudizio.”

⁶⁸ CABELLA PISU, Luciana, “I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta”, en VISINTINI, Giovanna (dir.), *Trattato della Responsabilità Contrattuale*, Vol. 1: Inadempimento e Rimedi, Cedam, Padova, 2009, p. 555.

del ser humano. Puede ser de carácter técnico, económico, político o normativo.⁶⁹

Una cuestión clave para tener en cuenta es el tipo de valoración que se debe hacer para determinar si un hecho es previsible o imprevisible. Por una parte, se afirma que, en abstracto, la mayoría de los hechos pueden considerarse previsibles⁷⁰; por lo tanto, no tiene sentido utilizar este tipo de parámetro. Por eso se considera que un paso fundamental es determinar qué tan concreto tiene que ser el hecho del cual se va a predicar si era previsible o no. Esto se conoce como el grado de especificidad: a mayor especificidad, mayores son las posibilidades de que el hecho se considere imprevisible y viceversa.⁷¹

Por otra parte, una vez que se decide cuál es el grado de precisión que se tomará en cuenta, el segundo paso imprescindible es establecer el margen de probabilidad de que el hecho se verifique.⁷² El tipo de juicio es un juicio *ex ante*, porque hay que ver qué tan probable resultaba ese hecho al tiempo de la celebración del contrato, teniendo en cuenta las circunstancias de ese momento.⁷³

Como la previsibilidad se mide con un parámetro subjetivo, es necesario aclarar su alcance. No se tiene exclusivamente en cuenta la persona concreta que es parte del contrato. La jurisprudencia usa el estándar del hombre medio, pero concretiza este parámetro al establecer que también hay que considerar la naturaleza del contrato, la cualidad de los contratantes, las condiciones del

⁶⁹ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 953.

⁷⁰ CABELLA PISU, “I rimedi...”, cit., p. 555. La autora dice que incluso la eventualidad estadísticamente más rara puede ser previsible. En este caso, la previsibilidad en abstracto parece estar más asociada a la mera posibilidad que a la probabilidad.

⁷¹ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 954 pone el siguiente ejemplo: “(...) è senz’altro prevedibile la generica possibilità che in futuro ci siano guerre; un po’ meno prevedibile che ci sarà una guerra fra Israele e i paesi arabi; ancor meno prevedibile -anzi, imprevedibile- che la guerra arabo-israeliana scoppierà nei prossimi 10 giorni e porterà alla chiusura del canale di Suez.”

⁷² *Ibid.*

⁷³ TERRANOVA, *L’Eccessiva...*, cit., p. 131.

mercado y todo elemento individualizante que sea significativo.⁷⁴ Este tipo de operaciones lleva a que se califique el juicio de previsibilidad no tanto como subjetivo, sino como objetivo-ponderado.⁷⁵

Teniendo en cuenta los criterios mencionados, un acontecimiento es imprevisible si un contratante medio, en las circunstancias concretas en que se celebró el contrato, hubiera considerado que el acaecimiento del hecho no era probable. Por supuesto que en esta tarea se deja mucho margen de discrecionalidad al juzgador, puesto que tanto el grado de especificidad, como el margen de probabilidad son cuestiones de hecho que dependen de las circunstancias concretas del caso sometido a juzgamiento.⁷⁶

Para dar un ejemplo aplicativo y mostrar cómo se ha ido atenuando la calificación de acontecimientos como imprevisibles, la doctrina siempre menciona la evolución jurisprudencial del instituto de la resolución por excesiva onerosidad con relación al problema de la devaluación monetaria y de la inflación. En efecto, la devaluación puede generar tanto la mayor onerosidad de una prestación en especie como la pérdida de valor de una prestación dineraria.⁷⁷

En la época inmediatamente sucesiva a la sanción del *Codice*, la jurisprudencia era reacia a considerar la inflación como un acontecimiento extraordinario e imprevisible. La justificación que se dio fue que los sucesos de alcance general que tenían incidencia en el contexto de la economía nacional no

⁷⁴ Corte di Cassazione, sez. 3^o, 19/10/2006, n° 22396, citado por GALBUSERA, Francesca, “La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en SICCHIERO, Gianluca; D’AURIA, Massimo; GALBUSERA, Francesca, *Risoluzione dei Contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 439.

⁷⁵ TERRANOVA, *L’Eccessiva...*, cit., p. 131.

⁷⁶ GABRIELLI, Enrico, “L’eccessiva onerosità sopravvenuta”, en CARNEVALLI, Ugo; GABRIELLI, Enrico; TAMPONI, Michele, *Il Contratto in Generale*, Tomo 8: La Risoluzione, en BESSONE, Mario (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 399, 400 dice: “Al tempo stesso il grado di specificità e di certezza della previsione non si presta ad essere indicato in una definizione giuridica e quindi il giudizio sul carattere prevedibile e straordinario dell’evento è un giudizio di fatto, sicché le simmetrie logiche degli interpreti devono lasciare il passo alla fantasiosa varietà del caso concreto.” El autor concluye diciendo que esta situación lleva a que sea imposible elaborar una teoría de lo imprevisible y extraordinario.

⁷⁷ GABRIELLI, “L’eccessiva...”, cit., p. 401; BONELLI, “Criteri...”, cit., p. 536.

podían considerarse imprevisibles.⁷⁸ Sin embargo, a partir de una decisión de la Corte de Casación del año 1948⁷⁹, se decidió que los acontecimientos de incidencia general también estaban incluidos en la letra omnicomprendiva del art. 1467 CCit.

No obstante, la inflación seguía siendo un hecho normal y previsible en esa época. Por ende, para poder dar solución a quienes tenían que entregar bienes y recibir moneda devaluada por la inflación, la jurisprudencia hizo una distinción entre el hecho imprevisible en sí mismo y la medida de ese hecho.⁸⁰ El hecho puede ser previsible; pero la magnitud de los efectos, imprevisible.⁸¹ Si bien una determinada tasa de inflación es siempre previsible, lo extraordinario e imprevisible puede ser la anormal entidad de dicha tasa en un contexto determinado.⁸²

⁷⁸ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 954.

⁷⁹ Corte di Cassazione, 23/1/1948, n° 88, citada por CABELLA PISU, “I rimedi...”, cit., p. 558.

⁸⁰ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 955.

⁸¹ En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Vialco, S.A. c. Agua y Energía Eléctrica”, del 29/6/1982 dijo: “Si bien, como principio, celebrado el contrato en épocas de inflación, el deterioro de los precios o contraprestaciones no puede considerarse imprevisible ni autoriza, en consecuencia, el juego del art. 1198, Cód. Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799), cuando de modo brusco y repentino, e inesperado, se altera la normal evolución de la curva inflacionaria, los hechos que trastornan sustancialmente la ecuación del contrato caen en el ámbito de la teoría de la imprevisión, cuyas soluciones se imponen para expurgar a ese convenio de la grave injusticia que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle. Dicho supuesto se configuró como consecuencia de la adopción de las medidas financieras de mediados del año 1975, que provocaron una escalada inflacionaria que en modo alguno puede considerarse razonablemente previsible.”

⁸² CABELLA PISU, “I rimedi...”, cit., p. 558. AMBROSOLI, Matteo, “Le sopravvenienze”, en GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto, *Lezioni di Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 359 cita un caso decidido por el Tribunal de Sondrio el 14/1/1980 en el que se estableció la siguiente regla: “Il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è ammissibile anche quando lo squilibrio delle prestazioni sia conseguente a un evento in se e per se ordinario e prevedibile, quando eccezionale ed imprevedibile risulti la misura della sua incidenza sulla onerosità della prestazione.”

2.2. Derecho argentino

En el derecho argentino, la excesiva onerosidad de la prestación debe tener como causa eficiente un cambio⁸³ extraordinario de las circunstancias que existían al tiempo de la conclusión del contrato. A su vez, el Código agrega dos requisitos para la causa de ese cambio de circunstancias; este debe sobrevenir por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la parte que resulta afectada.

En el texto del art. 1198 del Código Civil, reformado por la ley 17.711, se preveía que la excesiva onerosidad debía derivar de “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”. La terminología era idéntica a la del Código italiano que, en el art. 1467 apenas analizado, prevé que la prestación debe tornarse excesivamente onerosa por el verificarse de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Un acontecimiento imprevisible es un hecho que no puede conocerse con antelación. A su vez, un acontecimiento extraordinario es uno que normalmente no suele suceder; es decir, un hecho fuera de lo común. Normalmente, un hecho imprevisible es también extraordinario, aunque la relación inversa no siempre se

⁸³ La expresión “cambio de circunstancias” es habitual en los instrumentos internacionales de *soft law*. Los Principles of European Contract Law (PECL) y el Draft Common Frame of Reference (DCFR), en los arts. 6:111 y III.1:110, respectivamente, se refieren a un “change of circumstances”. Las versiones de estos instrumentos se pueden ver en <https://www.trans-lex.org>. Para ver cómo fue el proceso histórico que llevó a estos dos instrumentos en el marco del derecho europeo de los contratos: KÖTZ, Hein, *European Contract Law*, 2º ed., Oxford University Press, United Kingdom, 2017, pp. 1-5. También en la versión en alemán de los Principios Unidroit 2010 sobre los contratos comerciales internacionales se utiliza la expresión “cambio de circunstancias” (veränderte Umstände): <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/german-black-letter>. Un análisis de la regulación del cambio de circunstancias en estas codificaciones de *soft law* se puede ver en: MOMBERG URIBE, Rodrigo Andrés, “Change of circumstances in international instruments of contract law. The approach of CISG, PICC, PECL and DCFR”, 2011, consultado en línea en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf>. Por último, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos del año 2017, en su art. 84, usan la expresión “cambio de circunstancias”. Este último documento se puede consultar en <http://pldc.uexternado.edu.co/PLDC-3xternado/wp-content/uploads/2018/01/PLDC-2017-Versio%CC%81n-espan%CC%83ol.pdf>. Para más información sobre el proyecto: <http://pldc.uexternado.edu.co/>

da.⁸⁴ Es decir, teniendo en cuenta estos conceptos, puede haber hechos que sean extraordinarios, pero previsibles.⁸⁵

Por ejemplo, un cambio de moneda en un país es un hecho extraordinario, ya que no es algo que acostumbra a suceder. No obstante, podría ser previsible si las autoridades han venido hablando seriamente al respecto y presentado diversas propuestas por un tiempo. Un ejemplo concreto en que se puede pensar es la puesta en circulación del euro como moneda de varios países de la Unión Europea a partir del año 2002.⁸⁶

Durante la vigencia del Código anterior, la doctrina consideraba que el hecho generador de la onerosidad de la prestación debía reunir los requisitos del caso fortuito.⁸⁷ Al ser el hecho generador de la excesiva onerosidad un hecho fortuito, la diferencia con el caso fortuito en el campo obligacional -se decía- estaba en las consecuencias: mientras el caso fortuito tenía como efecto la imposibilidad de cumplimiento, el caso imprevisible⁸⁸ hacía que la prestación se tornara excesivamente onerosa.

El nuevo Código, en el art. 1091 CCC, da a la teoría de la imprevisión una formulación diferente de la que estaba contenida en el Código derogado. Ya no se hace mención de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles como la causa de que la prestación se torne excesivamente onerosa, sino que se requiere

⁸⁴ TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 130.

⁸⁵ CAPALDO, *Contratto...*, cit., p. 234 dice que los conceptos de lo imprevisible y lo extraordinario son complementarios, “ben potendosi concepire eventi che benché straordinari siano prevedibili in quanto venuti in essere in base a premesse già note.”

⁸⁶ En realidad, el euro era la moneda común desde enero de 1999, pero recién se puso en circulación en 2002. Para algunos breves datos sobre la introducción del euro como moneda común se puede consultar la página web del Banco Central Europeo en <https://www.ecb.europa.eu/euro/changeover/2002/html/index.es.html>.

⁸⁷ PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 332; ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 450.

⁸⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 732 usa la expresión “caso imprevisible” para referirse al hecho imprevisible y extraordinario del art. 1197 del Código Civil, cuando explica la diferencia entre caso fortuito y caso imprevisible.

que las circunstancias que existían en la época en que se celebró el contrato cambien de manera extraordinaria y que esto genere mayor onerosidad en la prestación.

Etimológicamente, “circunstancia” deriva de la palabra latina *circumstantia* que quiere decir “accidente de tiempo, lugar o modo que acompaña un hecho”.⁸⁹ En este caso, el hecho central es la celebración del contrato, por lo que hay que tener en cuenta el contexto y la situación en que las partes lo han concluido. El contexto y la situación estarán formados por otros hechos, externos al contrato.

A los fines de aplicación del art. 1091 CCC, estas circunstancias se tienen que comparar con las circunstancias del tiempo de la ejecución de la prestación devenida excesivamente onerosa. El requisito legal se configura solamente si se constata que ha habido una alteración en la situación y se decide que este cambio ha tenido carácter extraordinario. Desde este punto de vista, no parece haber diferencia entre los acontecimientos extraordinarios del art. 1198 del Código Civil y la alteración extraordinaria de circunstancias del art. 1091 CCC.⁹⁰

Con respecto al requisito de la imprevisibilidad del art. 1198 del Código Civil, la nueva formulación no dice nada. La imprevisibilidad desaparece del texto del artículo, pero, a pesar de esto, la doctrina discute sobre su vigencia como requisito. Para algunos, el hecho que da lugar al cambio de circunstancias tiene que ser imprevisible⁹¹, porque de lo contrario entraría dentro del riesgo

⁸⁹ COROMINAS, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3º ed., Gredos, Madrid, 1987, p. 152. El diccionario de la Real Academia Española define la palabra “circunstancia” como “accidente de tiempo, lugar, modo, etc. que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho”. Consultado en línea en <http://dle.rae.es/>

⁹⁰ PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 278 y APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 261.

⁹¹ PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 278; APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 262; DANTUR, “Comentario...”, cit.; GHERSI, Carlos Alberto, “La equivalencia de las prestaciones obligacionales. Lesión subjetiva-objetiva y la imprevisión”, en GHERSI, Carlos Alberto; WEINGARTEN, Celia (dir.), *Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*, 4º ed., La Ley, Buenos Aires, 2017, versión ebook; CAMELO, Gustavo, en HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 3, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 485; HERNÁNDEZ, Carlos A.,

asumido por la parte afectada⁹², o porque consideran que lo extraordinario resulta absorbido por lo imprevisible.⁹³ Para otros, lo realmente relevante es la desproporción entre las prestaciones y no tanto que esta derive de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.⁹⁴

“Comentario al art. 1078”, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 6, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 224

⁹² PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 278 sostiene lo siguiente: “(...) debe tratarse de una alteración *extraordinaria*, lógicamente producida por un hecho *extraordinario*. ¿Debe ese hecho generador ser, además, 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.” Este argumento se basa en que la parte asume el riesgo de los hechos previsibles. Esto funcionaba en el sistema del Código Civil, por la combinación de las disposiciones de los arts. 1197 y 1198. Un artículo establecía que se debía cumplir el contrato y el otro, que podía no cumplirse (resolución del contrato) en caso de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que tomaran excesivamente onerosa la prestación. Lo dispuesto por el art. 1198 era un límite a lo dispuesto por el art. 1197. De allí que, ante acontecimientos previsibles, la parte afectada tuviera que cumplir, es decir que el riesgo de las consecuencias que esos acontecimientos pudieran causar estaba a su cargo. Pero el art. 1091 CCC se refiere a la alteración extraordinaria, por lo que el riesgo asumido por la parte a tenor del artículo es el del cambio ordinario de circunstancias. Para demostrar que el cambio de circunstancias debe derivar de un hecho imprevisible no se puede partir del solo texto del art. 1091 CCC cuando dice que la alteración debe sobrevenir por causas ajenas al riesgo asumido por la parte afectada. O bien hay que buscar otro indicio en la disposición, o bien otras normas que carguen a la parte afectada el riesgo del evento previsible, como se hará en el apartado referido al riesgo asumido. Cabe aclarar que la opinión de Pizarro ha recibido aval jurisprudencial por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, en el caso “BWA S.A. c/Autopistas del Sol S.A.”, del 10/11/2015 (cita online La Ley AR/JUR/55363/2015).

⁹³ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 262, citando la doctrina italiana, se expresa así: “Ahora bien lo extraordinario está entrelazado de modo inseparable con la imprevisibilidad, porque el criterio de diferenciación entre lo ordinario y lo extraordinario radica, fundamentalmente, en el grado de probabilidad con el cual es dable prever la verificación de un suceso. Por ello, es dable señalar que el carácter extraordinario está asociado de manera tan indisoluble con lo imprevisible, que termina por ser absorbido por éste.” En realidad, cuando la doctrina italiana -en especial, Roppo- dice que lo extraordinario termina por ser absorbido por lo imprevisible, lo hace teniendo en cuenta que el texto del art. 1467 CCit requiere que los acontecimientos sean extraordinarios e imprevisibles. En ese contexto, como la doctrina considera que todo lo imprevisible es también extraordinario, termina por darse importancia solamente al criterio de la imprevisibilidad. Pero este razonamiento no puede funcionar en el derecho argentino porque la ley ya no hace mención de los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. La imprevisibilidad del cambio de circunstancias no puede ser deducida del carácter extraordinario requerido por la ley, sino -eventualmente- de otro indicio normativo.

⁹⁴ RIVERA, Julio César; CROVI, Luis Daniel; DI CHIAZZA, Iván G., *Contratos. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, pp. 528, 529. PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., pp. 412, 413, al analizar el carácter extraordinario de la alteración de las

La cuestión no tiene una solución simple y, en definitiva, requiere que el intérprete decida cuál de los posibles significados dará a la disposición. Por un lado, el texto del artículo solamente dice que la alteración de las circunstancias debe ser extraordinaria. Por el otro, la rúbrica⁹⁵ del artículo, que puede servir en

circunstancias se expresa en favor de la siguiente interpretación: “Otra postura, acorde por otra parte con lo que debe ser una verdadera cláusula de excesiva onerosidad, será interpretar el precepto al ‘estilo Lando’, es decir, haciendo que el remedio proceda por el simple hecho de que se produzca un desajuste excesivo y ajeno a las partes que, en definitiva, no deja de ser una ‘alteración extraordinaria de las circunstancias existentes’.” Cuando el autor dice que el art. 1091 CCC se podría interpretar al “estilo Lando” está refiriéndose al art. 6:111: Change of circumstances PECL. Sin embargo, este artículo prevé como requisito específico de aplicación de la norma el carácter imprevisible del cambio de circunstancias. En efecto, en el inciso 2 punto b dice: “Art 6:111: (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract”. Lo mismo sucede con el otro instrumento mencionado por el autor a favor de su postura, el Borrador Común para un Código Europeo (DCFR). El párrafo 3.b. del art. 1:110 del libro 3 dice: “Paragraph (2) applies only if: (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances”. Además, el comentario del artículo aclara: “Hardship cannot be invoked if the matter would have been foreseen and taken into account by a reasonable person in the same situation as the debtor.” En VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE NÖLKE, Hans (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Selliers European Law Publishers, 2009, p. 740. De todas maneras, lo que Prieto Molinero propone es equiparar el requisito de la alteración extraordinaria de circunstancias con el requisito de la excesiva onerosidad de la prestación. La interpretación elimina un requisito que el art. 1091 CCC establece de manera expresa, por lo que parece más apropiado considerarla como una propuesta de cómo debería ser la ley y no tanto una interpretación de la ley tal cual es.

⁹⁵ Es conocido el brocardo *rubrica legis non est lex*, aunque su valor ha sido puesto en tela de juicio. TARELLO, Giovanni, *L’ Interpretazione della Legge*, en CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 104 explica la diferencia entre las partes internas y externas de la ley, e incluye los títulos de los artículos entre las primeras: “In sede di dottrina delle fonti, al presente riguardo negli studi costituzionalistici italiani ha trovato generale accoglimento una distinzione -originariamente proposta dal Crisafulli- tra quei titoli e designazioni che sono esterni al documento della legge e non ne fanno parte (non sono stati oggetto della votazione e deliberazione parlamentare ecc.) tanto da non rientrare nell’istituto costituzionale ‘legge’, da un lato, e i titoli e le partizioni interne alla legge e le rubriche degli articoli dall’altro: i titoli delle partizioni interne e le rubriche, infatti, nelle organizzazioni giuridiche moderne e in particolare nella nostra, provengono dello stesso organo costituzionale cui è domandata la formazione della legge.” BELVEDERE, Andrea, *Scritti Giuridici*, Tomo 1: Linguaggio e Metodo Giuridico, Cedam, Milano, 2016, p. 90 explica que hay que diferenciar entre el problema de reconocer a los títulos de los artículos (llamados también rúbricas o acápite) valor de ley -que se soluciona teniendo en cuenta la distinción entre títulos externos e internos- y el problema de la relación entre el título y el texto, y las dificultades

la interpretación de la disposición, se refiere expresamente a la imprevisión.⁹⁶ Esto lleva a algunos autores a sostener que el hecho de que el artículo se intitule “imprevisión”, sumado a que la alteración de las circunstancias debe haber sobrevenido por causas ajenas al riesgo asumido por la parte perjudicada, el artículo requiera al menos el carácter imprevisto del cambio de circunstancias.⁹⁷

Para resolver la cuestión resulta determinante la parte del texto que exige que los hechos que causan la onerosidad no estén comprendidos dentro del riesgo asumido por la parte afectada. La imprevisibilidad continúa a ser un requisito de aplicación de la imprevisión en el nuevo Código porque las consecuencias de hechos previsibles caen dentro de la distribución legal del riesgo contractual. Para la justificación de esta aserción, se remite al punto siguiente, referido al riesgo asumido.

De todas formas, la clave de interpretación del requisito del cambio de circunstancias para que las acciones por imprevisión no se vean fácilmente frustradas en la práctica se puede tomar de las enseñanzas del derecho italiano. Hay dos elementos que el juez, haciendo uso de la discrecionalidad ante la falta de precisión del legislador, tiene que valorar en su justa medida frente a las circunstancias de un caso concreto: el grado de especificidad que hay que tomar en cuenta y la distinción entre los hechos en sí y las consecuencias.

que pueden surgir para armonizarlos. En el caso del art. 1091 CCC, la rúbrica del artículo, interna al texto, parecería hacer referencia al nombre del instituto regulado y no tanto a explicitar un requisito de aplicación; igualmente, puede servir en la tarea interpretativa.

⁹⁶ El texto del Anteproyecto de Reformas Parciales reemplaza la rúbrica “imprevisión” por “excesiva onerosidad sobreviniente”. En la nota de elevación se dice: “Con ello se resalta que la solución normativa puede proceder aun cuando el hecho que genera dicha excesiva onerosidad sobreviniente no sea imprevisible.” Sin embargo, a pesar de la sustitución de la rúbrica, el requisito de la imprevisibilidad seguiría vigente, ya que -como se verá luego- deriva del riesgo asumido por la parte afectada. El solo cambio de rúbrica, sin la modificación o la expresa aclaración de que no se requiere que la onerosidad provenga de un hecho imprevisible no alcanza para modificar la conclusión.

⁹⁷ RIVERA; CROVI; DI CHIAZZA, *Contratos*, cit., p. 526, aunque estos autores más adelante dicen que el tema de la imprevisibilidad tiene una importancia relativa. RIVERA, “From crisis...”, cit., p. 46 dice que el cambio de circunstancias debe ser extraordinario e imprevisto.

Si se considera que únicamente se requiere que la alteración de circunstancias sea extraordinaria, el juicio es de carácter objetivo: hay que determinar si el cambio producido es algo que suele suceder o no. Si, además, se requiere la imprevisibilidad de los hechos que causan el cambio de circunstancias, hay que tener en cuenta si un contratante medio, en las concretas circunstancias en que se celebró el contrato, habría podido anticipar el cambio de circunstancias.

Además, hay que tener en cuenta que el art. 1091 CCC se refiere a la causa del cambio de circunstancias solamente haciendo mención de “causas ajenas a las partes”.⁹⁸ Por ende, no es necesario que la excesiva onerosidad de la prestación sea causada exclusivamente por hechos de alcance general⁹⁹ (los típicos ejemplos son las guerras, fenómenos naturales y hechos del príncipe). Si así fuera, el requisito sería -en la mayoría de los casos- inútil, porque normalmente es difícil que hechos de alcance general sobrevengan por causa de una de las partes.¹⁰⁰ Esto puede verse como un indicio para que el intérprete no sea tan estricto a la hora de tener por cumplido el requisito legal.¹⁰¹

El artículo dispone que la causa de la alteración de circunstancias debe ser ajena a ambas partes, no solamente a la parte afectada. Esto no quiere decir que, si la contraparte de la parte perjudicada causa el cambio de circunstancias, la afectada no disponga de acciones. En un caso de este tipo, se entra directamente en el ámbito de la responsabilidad civil y se sale del campo de la

⁹⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría de la Responsabilidad Civil*, 9º ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 305 dice que se da la causa ajena “cuando la causa del resultado es un acontecimiento extraño al hecho del demandado.”

⁹⁹ MOSCO, Luigi, *Gli Effetti Giuridici della Svalutazione Monetaria*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 105 señala que en el derecho italiano “non ha importanza che l’evento abbia una portata generale, da incidere sulla vita di tutta la Nazione, oppure che si limiti nella sua efficacia ad una zona ristretta.”

¹⁰⁰ PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 414.

¹⁰¹ PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 414.

distribución del riesgo contractual y la determinación de la parte que debe soportarlo.¹⁰²

Por otra parte, la doctrina incluye la mora del afectado en de las causas que no son extrañas a las partes, con la delimitación que surge del art. 1733 inc. “c” CCC. Este artículo dispone que el deudor no es responsable, aunque esté en mora, si la mora es indiferente para la producción del caso fortuito o la imposibilidad de la prestación.¹⁰³

Sin duda que la situación de mora perjudica a la parte que pretende valerse de las acciones por imprevisión, pero es difícil pensar que la mora del deudor sea la causa de la alteración de las circunstancias. Lo que suele suceder es que, si el deudor no hubiera estado en mora, la prestación no se habría tornado más onerosa por efecto del cambio de circunstancias, ya que hubiera sido cumplida previamente. Por lo tanto, el estado de mora es una condición sin la cual la prestación no se hubiera tornado más onerosa.

Ante esta situación, hay que tener en cuenta que la mora produce la *perpetuatio obligationis*¹⁰⁴, por lo que el deudor -o el acreedor en los términos

¹⁰² DELFINI, *Autonomia...*, cit., pp. 4-8. En realidad, la distinción entre riesgo y responsabilidad no es tan neta y hay quienes dan una concepción amplia de riesgo, que llega a incluir también el riesgo de incumplimiento. Por ejemplo, ALPA, Guido, “Rischio contrattuale”, *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1986, p. 630 dice: “Quando ci si riferisce al rischio contrattuale si allude poi a diversi tipi di incertezza e quindi a diverse conseguenze. Vi può essere (a) il rischio dell’inadempimento, quando una delle prestazioni non viene eseguita per fatto volontario o colposo del debitore, per intervento di terzi, per factum principis o per caso fortuito; (b) il rischio della diminuita soddisfazione economica dell’affare, per la preesistenza o la sopravvenienza di circostanze, previste, prevedibili o non previste e non prevedibili che non comportano inadempimento in senso tecnico ma sconvolgimento della economia originaria dell’affare. In astratto questi due diversi tipi di rischio, concettualmente distinti, sono agevolmente riconoscibili. In concreto no; essi sono intrecciati, sia nella realtà effettuale, sia nella dinamica dello stesso contratto, sia nella dinamica processuale.”

¹⁰³ RIVERA; CROVI; DI CHIAZZA, *Contratos*, cit., p. 530; PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 279.

¹⁰⁴ GAMBINO, Francesco, *Il Rapporto Obbligatorio*, en SACCO, Rodolfo (dir.), *Trattato di Diritto Civile*, Utet, Milano, 2015, p. 369, al analizar el art. 1221 CCit, que regula los efectos de la mora sobre el riesgo de manera similar al art. 1733 CCC, expresa: “L’accento può cadere, seppure in modo improprio, sulla persistenza del vincolo nonostante l’evento sopravvenuto, e allora si parla di *perpetuatio obligationis*. Con il ritardo nell’adempimento, il debitore in mora

del art. 886 CCC 2º párrafo¹⁰⁵- es responsable del caso fortuito según el art. 1733 inc. “c” CCC. Así, la cuestión parece estar más relacionada con el riesgo asumido por la parte que está en mora que con el requisito de la causa ajena.¹⁰⁶ Sea como sea que se encuadre el tema, está fuera de duda que la mora relevante impide al afectado ejercer las acciones por imprevisión.¹⁰⁷

3. El álea normal del contrato y el riesgo asumido

3.1. Derecho italiano

El art. 1467 CCit, segundo párrafo, prevé otro requisito para la procedencia de la demanda de resolución, ya que esta no se puede demandar si la onerosidad sobrevenida entra dentro del álea normal del contrato. El concepto empírico de álea tiene que ver con la posibilidad de que se verifique un evento favorable o desfavorable a los intereses de una persona.¹⁰⁸

ha esposto la prestazione agli eventi patologici del rapporto, e così ne risponde verso il creditore. Viene delineandosi in dottrina una nozione allargata di rischio, che include il rischio di sopravvenuta eccessiva onerosità (...).”

¹⁰⁵ CALVO COSTA, Carlos A., en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 392 expresa que los efectos de la mora del acreedor son similares, por analogía, a los de la mora del deudor.

¹⁰⁶ PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 418 explica, a través de un ejemplo, que la mora no es la causa del cambio de circunstancias, pero sí de que la excesiva onerosidad que el deudor moroso está concretamente padeciendo.

¹⁰⁷ El art. 73 ARP agrega un último párrafo al art. 1091 CCC en el que trata específicamente el tema de la mora al disponer: “No procederá la resolución ni la adecuación si el perjudicado obró con culpa o está en mora”.

¹⁰⁸ NICOLÒ, Rosario, “Alea”, *Enciclopedia del Diritto I*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1024 dice: “La nozione empirica di *alea*, quale si ricava dal linguaggio comune, fa leva, se genericamente riferita a un soggetto, sulla possibilità del verificarsi di una vicenda favorevole o sfavorevole all’interesse di una o più persone, e si ritrova naturalmente in gran parte degli atti e dei momenti della vita di relazione dell’individuo, ogni qualvolta l’attività umana implica, rispetto alle previsioni del soggetto, un margine di rischio.” Según SCALFI, Gianguido, “Alea”, *Digesto IV, Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, Torino, 1987, p. 253 la noción de *alea*, derivada de la misma palabra latina que significa “juego” -en especial referido al juego de dados-, tuvo primero un significado en el campo jurídico y de ahí pasó al lenguaje común. Tanto la postura de Nicolò como la de Scalfi hacen referencia a la lengua italiana. En castellano, la palabra “álea” no es recogida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, pero el término se usa -con esa acepción- en el lenguaje jurídico argentino. El Diccionario del Español Jurídico, publicado por la Real Academia Española y accesible en <http://dej.rae.es>, incluye el vocablo “alea” y reporta el significado de “suerte, azar”.

En el campo contractual, la palabra álea está asociada con la posibilidad de variación y de resultados inciertos que pueden afectar a cualquier relación contractual con efectos diferidos.¹⁰⁹ Generalmente se distingue entre el álea en sentido jurídico, que es la que caracteriza a los contratos aleatorios¹¹⁰, y en sentido económico, referido al costo y al valor de las prestaciones.¹¹¹ El álea normal del contrato se ubica dentro del álea tomada en sentido económico.

A falta de una definición legislativa¹¹², el concepto de álea normal del contrato ha sido definido de distintas maneras en la doctrina italiana.¹¹³ En términos simples, se suele definir como el riesgo de oscilación de valor y de costo de las prestaciones que se produce por fluctuaciones normales de mercado que afectan a las partes por el solo hecho de celebrar un contrato cuya ejecución no es instantánea.¹¹⁴ En este sentido, el álea normal del contrato es el riesgo que las partes implícitamente asumen al celebrar un contrato.¹¹⁵ Por lo tanto, el

¹⁰⁹ CAPALDO, *Contratto...*, cit., p. 17.

¹¹⁰ CAPALDO, *Contratto...*, cit., p. 229, en el marco de su investigación, sostiene que no es el álea en sí misma el que asume el rol de elemento esencial del contrato aleatorio, sino los elementos estructurales y funcionales, que explica así: “(...) la locuzione ‘alea in senso tecnico’ è, semplicemente, la sintesi di due profili, questi sì rilevanti, informanti la categoria. L’uno strutturale di dipendenza della prestazione nell’*an* o nel *quantum* da un evento futuro e incerto, ma rilevante sul piano dell’atto; l’altro, funzionale, connotato da una finalità di gestione, neutralizzazione e trasferimento del rischio.”

¹¹¹ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 421.

¹¹² GAMBINO, Francesco, *Normalità dell’Alea e Fatti di Conoscenza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 55 dice: “Nell’impianto codicistico non si rintraccia alcuna definizione del fenomeno al quale il legislatore assegnò il nome di ‘alea normale’. L’elusione di questioni definitorie sembra rimandare a strategie di tecnica legislativa: si intende lasciare larghi spazi interpretativi per dare forma ad un concetto elastico o si è in presenza di una forma *ellittica*, che mette capo ad una univocità di significati?”

¹¹³ RICCIO, Angelo, *Dell’Eccessiva Onerosità. Art. 1467-1469*, en GALGANO, Francesco (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 167 ofrece nueve definiciones que se han propuesto en doctrina. Este dato permite ver la complejidad del concepto y la falta de acuerdo entre los estudiosos. GABRIELLI, Enrico, *Alea e Rischio nel Contratto. Studi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 22, nota 36 dice al respecto: “L’incertezza che caratterizza la delimitazione della nozione di ‘alea normale’ del contratto costituisce, forse, l’unico punto fermo della problematica sul tema.”

¹¹⁴ RICCIO, *Dell’Eccessiva...*, cit., p. 168.

¹¹⁵ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 952 explica que, si la asunción del riesgo fuera explícita, la reglamentación de las consecuencias derivaría de la voluntad de las partes y no de la ley.

concepto sirve para determinar la distribución de los riesgos que pueden afectar a las partes.¹¹⁶

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias¹¹⁷ sostienen que el álea normal se supera cuando la mayor onerosidad de la prestación es excesiva¹¹⁸, unificando de esta manera los dos requisitos legales en uno.¹¹⁹ Sin embargo, hay quienes consideran que el hecho de superar el álea normal es un requisito autónomo¹²⁰ que se debe cumplir para la aplicación de la figura -aunque esté relacionado con el criterio de la imprevisibilidad.¹²¹

¹¹⁶ CAPALDO, *Contratto...*, cit., p. 230.

¹¹⁷ DI GIANDOMENICO, Giovanni; RICCIO, Domenico, *I Contratti Speciali. I Contratti Aleatori*, en BESSONE, Mario (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 112 (cuyo capítulo 8, referido al álea normal, se puede consultar en línea en <http://www.altalex.com/documents/news/2005/11/18/1-alea-normale-del-contratto>) así lo dicen, aunque no estén de acuerdo con esa posición.

¹¹⁸ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 952.

¹¹⁹ MACARIO, Francesco, *Adeguamento e Rinegoziazione nei Contratti a Lungo Termine*, Jovene, Napoli, 1996, p. 274 explica: “Il concetto di alea normale si collega a quello di tollerabile onerosità della prestazione, ove si intenda la preclusione posta dall’art. 1467, comma secondo, come una specificazione della regola espressa nel primo ovvero come ausilio interpretativo per ricostruire l’idea di onerosità tollerabile e per desumere a contrario l’esistenza di un’ipotesi di eccessiva onerosità. Ciò può implicare una semplificazione della regola, nel senso che il superamento dell’alea normale determina l’eccessiva onerosità della prestazione (...)”

¹²⁰ DI GIANDOMENICO; RICCIO, *I Contratti...*, cit., p. 113 explican la diferencia entre el requisito de que la prestación se torne excesivamente onerosa y el requisito de la no superación del álea normal del contrato de la siguiente forma: “Occorre, al contrario, tenere separati i due concetti e l’onerosità eccessiva va verificata nell’entità del mutamento di valore della prestazione, raffrontandone il valore iniziale con quello del momento dell’adempimento attraverso un metro comune. (...) L’eccessiva onerosità va individuata nel mutamento di valore della prestazione mentre l’alea normale riguarda l’equilibrio tra le prestazioni.” Esta explicación permite que se acepte el mismo concepto de onerosidad para los contratos con prestaciones recíprocas y para los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes, ya que siempre se tendrá en cuenta el agravio sufrido por la sola prestación afectada.

¹²¹ TERRANOVA, *L’Eccessiva...*, cit., p. 155 explica la relación que se puede dar entre los tres requisitos legales (onerosidad excesiva, acontecimientos imprevisibles y extraordinarios, y superación del álea normal del contrato) de la siguiente manera: “È peraltro evidente che non sempre gli accadimenti straordinari ed imprevedibili comportano il superamento della normale alea contrattuale; così come, d’altro canto, il superamento della normale alea negoziale non sempre presuppone un’eccessiva onerosità (sopravvenuta) della prestazione.” En nota al pie, da el ejemplo de los contratos del mercado bursátil (*contratti di borsa*), en los que se pueden dar variaciones notables de valor de las prestaciones, sin que eso implique que se supere el álea normal del contrato, a pesar de que la causa esté en eventos impredecibles y extraordinarios.

En este sentido, se distingue entre la previsibilidad de los hechos que causan la excesiva onerosidad y la previsibilidad del álea normal en cuanto posibilidad de variación de los valores de las prestaciones. Por lo tanto, puede haber hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan que una prestación se torne excesivamente onerosa, sin que se supere el umbral del álea normal del contrato.¹²²

Dado que para demandar la resolución del contrato por excesiva onerosidad se requiere superar el techo establecido por el álea normal del contrato, es importante determinar la forma en la que esta se mide. La doctrina, en cualquiera de las dos posturas mencionadas, señala que para determinar el álea normal del contrato celebrado por las partes hay que tener en cuenta el riesgo con relación a dos elementos: el tipo contractual y la causa en concreto.¹²³

En primer lugar, las partes deben ser conscientes de que la elección de un tipo contractual para la operación económica que quieren realizar implica siempre una distribución del riesgo de oscilación de valor de las prestaciones que normalmente se da en el desarrollo de la relación contractual. En segundo lugar, además de este riesgo que deriva del tipo contractual, existe el riesgo que deriva de la función concreta que tiene para las partes el negocio celebrado, es

Cabe aclarar que, en general, este tipo de contratos, en el derecho italiano, no necesariamente se consideran aleatorios; se habla de contratos con un álea normal ilimitada, como se explica en DI GIANDOMENICO; RICCIO, *I Contratti...*, cit., p. 104.

¹²² RICCIO, *Dell'Eccessiva...*, cit., p. 173 dice que una variación de valor de las prestaciones puede ser normal y previsible aunque sea causada por acontecimientos imprevisibles; luego explica: "In taluni contratti, che per tale ragione sono stati chiamati 'ad alea illimitata', è normale la possibilità del verificarsi, in breve periodo di tempo, di variazioni di valore anche notevolissime e quindi tali da comportare in sé un'eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti (in senso quantitativo): variazioni di valore che, per la loro prevedibilità da parte dei contraenti, non danno luogo, per effetto dell'art. 1467, 2° comma, cod. civ., all'applicazione del rimedio risolutorio. Così nei contratti di borsa ogni squilibrio di valori può dirsi normale e prevedibile, anche se non sono affatto prevedibili gli eventi che potranno provocarlo."

¹²³ DI GIANDOMENICO; RICCIO, cit., p. 108 expresan: "L'alea normale non attiene al rischio dell'inadempimento dell'altra parte né al rischio del valore economico dell'affare, bensì al rischio denotato dalle oscillazioni di valore delle singole prestazioni, ma non di tutte le oscillazioni di valore delle prestazioni, bensì solo a quelle dovute al tipo ed alla causa concreta scelti dai contraenti."

decir, la causa concreta. En este caso, más allá de lo que dispone la ley con respecto al tipo contractual, alguna de las partes toma a su cargo riesgos determinados.¹²⁴ Esta situación se suele llamar en doctrina como álea convencional.¹²⁵

Para clarificar la cuestión, en doctrina se ha propuesto el ejemplo de un contrato de obra para la construcción de una casa.¹²⁶ Al celebrar un contrato de obra, las partes deben saber que el tipo contractual que han elegido implica que necesariamente hay que afrontar un cierto riesgo relacionado al hecho de que los precios de los materiales pueden variar con posterioridad al momento de la celebración. Este es el riesgo que surge del tipo.

Pero puede darse que la casa por construir requiera de una obra compleja por determinadas características del terreno, que hagan que sea difícil construir una casa en ese lugar. En este caso, si las partes pactan que el riesgo derivado de las eventualidades de dicha obra compleja recaiga en el contratista o en el comitente, además del riesgo debido al tipo contractual se agrega el riesgo de la función práctica del contrato. Del ejemplo dado se concluye en doctrina que estas dos clases de riesgos son las que constituyen el concepto de álea normal del contrato, que deberán superarse para que se abra la vía de la resolución en el sistema del *Codice Civile*.¹²⁷

3.2. Derecho argentino

Diversamente del derecho italiano, el Código no pone la superación del álea normal del contrato como un requisito de aplicación de la imprevisión. A pesar de esto, en doctrina hay quienes utilizan la noción para establecer el umbral

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ RICCIO, *Dell'Eccessiva...*, cit., p. 176 dice que hay modificación convencional del álea en dos situaciones: cuando las partes hacen una distribución de riesgos distinta a la prevista por las normas del tipo contractual o cuando prevén cláusulas de adecuación.

¹²⁶ DI GIANDOMENICO; RICCIO, cit., p. 108.

¹²⁷ *Ibid.*

a partir del cual una prestación se torna excesivamente onerosa¹²⁸, por lo que algunos desarrollos de la doctrina italiana pueden ser útiles para esa determinación.

La contraposición italiana entre álea en sentido jurídico y en sentido económico también se puede encontrar en el derecho argentino, pero con el uso vocablos diferentes para cada caso.¹²⁹ Por un lado, el art. 1091 CCC se refiere al álea propia de los contratos aleatorios, que vendría a ser el equivalente al álea en sentido jurídico. Por el otro, el artículo menciona al riesgo asumido por las partes. En este caso se trata de riesgos económicos, de oscilación de valor o costo de las prestaciones, similares a los que se dan cuando se analiza el álea en sentido económico.

Sin embargo, desde el punto de vista de la formulación lingüística de las disposiciones, mientras el derecho italiano conecta el álea normal del contrato¹³⁰ con la excesiva onerosidad, el derecho argentino vincula el riesgo con la alteración de circunstancias. El art. 1091 CCC dispone que el cambio de circunstancias debe sobrevenir por causas ajenas al riesgo asumido por la parte afectada.¹³¹

Se requiere que la alteración de circunstancias provenga de un hecho cuyas consecuencias perjudiciales no hayan sido tomadas a cargo por el afectado. En el caso del art. 1091 CCC, la consecuencia perjudicial es que la

¹²⁸ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 265 explica que el requisito de que la alteración de circunstancias haya sobrevenido por causa ajena a las partes está relacionado con la noción de álea normal del contrato, que el autor toma del derecho italiano.

¹²⁹ NANTILLO, Ignacio Alberto, “El álea en los contratos (de alea in pactis)”, *La Ley*, cita online AR/DOC/2449/2014 ha propuesto la distinción entre “álea en los contratos” y “álea de los contratos” o entre el álea “predispuesto” y no “predispuesto”.

¹³⁰ CAGNASSO, Oreste, *Appalto e Sopravvenienza Contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 178 hace hincapié en que el álea normal está referida directamente al contrato y dice: “L’alea normale è riferita dal legislatore al contratto: il dettato codicistico può essere letto in tre modi diversi: come riferito al tipo contrattuale, o al contratto in concreto, o, infine, sia al tipo contrattuale che al contratto in concreto.”

¹³¹ La formulación en este punto es más parecida a la de los Principios Unidroit, cuyo art. 6.2.2 punto d, relativo a la excesiva onerosidad (hardship) y a los requisitos de aplicación, dice “el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

prestación se torne excesivamente onerosa. Por lo tanto, no hay que confundir estos dos requisitos: una prestación puede devenir excesivamente onerosa y, no obstante, estar dentro del riesgo asumido por la parte afectada; en tal caso, no proceden las acciones legales.

Para aplicar este requisito legal es condición necesaria determinar, primero, la esfera de riesgo que la parte perjudicada ha asumido. Una vez delimitado el ámbito del riesgo, se indaga si el hecho que ha generado el cambio de circunstancias es un hecho incluido en la esfera de riesgo asumido. Solamente en caso de resultado negativo de esta operación, se podrá recurrir a la resolución o adecuación del contrato.

Una parte crucial del proceso de análisis es la determinación de los riesgos que la parte debe soportar. La asunción de riesgos puede darse de manera convencional o legal.¹³² Lo primero que hay que examinar es la distribución de riesgo que tiene lugar a través del reglamento contractual que las partes han libremente convenido. En ejercicio de la autonomía contractual las partes pueden establecer cuál de estas deberá soportar las consecuencias perjudiciales que deriven de un hecho.¹³³

La cuestión discutida en este punto es si se puede asumir el riesgo de excesiva onerosidad derivado de hechos no determinados; esto es, si se puede renunciar a invocar la imprevisión *tout court*. Una parte de la doctrina considera que la renuncia anticipada es inválida¹³⁴, porque en esta materia está

¹³² BESSONE, Mario, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 2.

¹³³ PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 279 menciona esta posibilidad para las partes de los contratos paritarios: “Esto explica que nada impida, en principio, que en un contrato paritario alguna de las partes asuma el riesgo de ciertos hechos que, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, podrían ser considerados imprevisibles y extraordinarios a los fines de la aplicación de la figura que nos ocupa. Y que tal convención impida la aplicación de la teoría de la imprevisión por ser un riesgo negocialmente asumido.” En cambio, si se trata de contratos de adhesión o de consumo, la libertad negocial para asumir cierto tipo de riesgos podría verse disminuida en el caso concreto a través del control del carácter abusivo de las cláusulas.

¹³⁴ GASTALDI, “La revisión...”, cit. pp. 6, 7.

comprometido el orden público.¹³⁵ Otros consideran que la renuncia general es lícita y se fundan la posibilidad que da el ordenamiento de asumir las consecuencias del caso fortuito.¹³⁶

El art. 1733 inc. “a” CCC dispone que el deudor es responsable por caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento “si ha asumido el cumplimiento, aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad.” Por ende, se da la posibilidad de pactar que una parte se haga cargo de las consecuencias perjudiciales -imposibilidad de la prestación- que tienen su causa en hechos imprevisibles o inevitables.¹³⁷

En el caso de la imprevisión, la consecuencia que la parte toma a cargo es que la prestación se torne excesivamente onerosa. Como esta situación es menos grave que la imposibilidad, con mayor razón hay que aceptar que se pueda

¹³⁵ MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., p. 379, analizando el art. 1198 del Código Civil reformado por ley 17.711, dice que la norma es de orden público, puesto que todo lo regulado en la parte general de los contratos es de orden público. Siendo así, la autonomía negocial no tiene lugar y por ende la cláusula de renuncia es inválida. Para analizar este argumento a la luz del derecho vigente, hay que tener en cuenta que el art. 962 CCC dispone que “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”. Esto no quiere decir que la norma sea necesariamente supletoria, pero el esfuerzo argumentativo mayor está a cargo de quien pretende asignarle a la norma el carácter de indisponible. No basta con afirmar dogmáticamente que la norma de la imprevisión es de orden público. Por su parte, CORNET, “La aplicación...”, cit., p. 15, con referencia al Código derogado, dice que la renuncia es en principio inválida porque la buena fe es indisponible para las partes y funda su posición en los Principios Unidroit. El autor ratifica su posición con respecto al Código Civil y Comercial en CORNET, Manuel, “La renuncia a la teoría de la imprevisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, n° 5, mayo 2017, cita online IJ-CCCLXXII-535.

¹³⁶ PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 282; BORETTO, Mauricio; DELLA SAVIA, Beatriz, “El principio del esfuerzo compartido y la acción autónoma de revisión del contrato”, *La Ley*, cita online 0021/000266.

¹³⁷ PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 407 deduce directamente del texto del art. 1091 CCC, en la parte relativa al riesgo asumido, la posibilidad de renunciar a la imprevisión. En efecto, al mencionar el debate sobre la posibilidad de renunciar a los remedios de la imprevisión en el viejo Código y la solución del Código Civil y Comercial, el autor (*Id.*) sostiene: “El precepto parece inclinarse por la afirmativa y es que la alusión al ‘riesgo asumido’ implica reconocerle a las partes el decidir las cargas que están dispuestas a internalizar, incluyendo, claro está, las medidas destinadas a paliar las consecuencias de una excesiva onerosidad sobreviniente.”

asumir voluntariamente ese riesgo.¹³⁸ Esto lleva a aceptar que las partes puedan renunciar anticipadamente a invocar la imprevisión.

Dejando de lado la asunción convencional del riesgo, el segundo elemento que hay que indagar es la distribución legal. Por un lado, se dice que hay que consultar las reglas del tipo contractual elegido por las partes.¹³⁹ Es cierto que cada tipo contractual contiene una distribución de los riesgos¹⁴⁰ que pueden darse en la relación contractual.¹⁴¹ Como ejemplos se pueden mencionar los arts. 1151 CCC, sobre los riesgos de daños o pérdida de las cosas en la compraventa, 1203 CCC, sobre la frustración del uso de la cosa en la locación,

¹³⁸ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 281 señala: “Es obvio que, si la ley permite expresamente que una de las partes de un contrato pueda pactar la asunción de las consecuencias del caso fortuito, resulta incontrovertible, asimismo, que en principio le es dable asumir convencionalmente, a su exclusivo cargo, las consecuencias de un cambio de circunstancias, renunciando a valerse de los remedios de la imprevisión.” En jurisprudencia (Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, “Rzepnikowski c/ Victorio Podesta y Compañía S.A.”, del 22/7/2008, cita online RC J 13285/09), bajo la vigencia del Código Civil derogado, se ha aceptado la renuncia anticipada a la teoría de la imprevisión, aunque supeditada al control de las circunstancias del caso concreto: “Frente a ello, aparece como lo más acertado descartar un criterio general y analizar y valorar en cada hipótesis la renuncia de acuerdo con las circunstancias relevantes del caso.”

¹³⁹ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 265 agrega que además del tipo contractual, “deberá atenderse a las diversas coyunturas del mercado y a todo otro dato que permita determinar la concreta repartición de riesgos en la relación contractual de que se trate.” En sentido similar, PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 407. Ambos autores mencionan la doctrina italiana y tratan el tema del álea normal del contrato dentro del riesgo asumido como una forma de determinar el límite más allá del cual la prestación se torna excesivamente onerosa.

¹⁴⁰ Un ejemplo en el que el tipo contractual determina la asunción de riesgos se puede ver en la compraventa y en el contrato de obra. Si alguien compra una cosa para que se la entreguen en un plazo determinado, no interesa que el costo de fabricación de la cosa sea mayor o menor. En cambio, si se celebra un contrato de obra, la prestación del empresario es fabricar la cosa para luego transferirla. En este caso, la fabricación está dentro del contenido de la obligación de la parte. Por eso, si las partes celebran una compraventa el riesgo relacionado al costo de producción del bien es automáticamente asumido por quien debe entregarlo; se podrá hacer valer un aumento de valor de la cosa. Por el contrario, si se celebra un contrato de obra la variación de costo, aunque normalmente a cargo del empresario, puede resultar relevante si se dan los requisitos del art. 1255 CCC.

¹⁴¹ ALPA, “Rischio contrattuale”, cit., p. 630, luego de analizar diversas disposiciones del Código Civil italiano que se refieren al riesgo, expresa: “Si potrebbe esplorare tutto il codice, ma come l’esemplificazione (pure sommaria) che si è descritta chiaramente mostra, non è possibile enunciare principi generali in termini di rischio, in quanto ogni *tipo* reca in sé criteri specifici di ripartizione che obbediscono a ragioni di giustizia distributiva (...).”

1258 CCC, sobre el riesgo de perecimiento de los bienes necesarios para la ejecución en el contrato de obra, 1364 CCC sobre la pérdida de la cosa en el depósito, etc.

Pero no son estos los tipos de riesgos¹⁴² que interesan cuando se analiza la teoría de la imprevisión. El tipo de riesgo que cuenta es el de la prestación que se torna excesivamente onerosa, es decir, el riesgo de un cambio cuantitativo en la prestación de una de las partes, posterior a la celebración del contrato. Este tipo de riesgo no está incluido en los tipos contractuales regulados por el Código Civil y Comercial, ya que el supuesto de hecho se regula de manera general en el art. 1091 CCC, aplicable a todos los contratos. Sólo hay un caso¹⁴³ en que se

¹⁴² ORLANDO, Salvatore, *Rischio e Vendita Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 15, 16 explica la distinción entre el concepto genérico del riesgo y su uso concreto: “Nella sua utilizzazione in concreto, il termine rischio viene infatti utilizzato per indicare specifici *tipi di rischio*, ossia specifiche situazioni di incertezza circa il verificarsi di specifici sacrifici legati al verificarsi di specifici accadimenti o tipologie di accadimenti (es. rischio di incendio, rischio di furto, etc.). (...) Venendo poi alla utilizzazione del termine in campo giuridico, deve osservarsi che in dottrina spesso si trova affermato che esistono *diversi significati del termine rischio*, o che il termine rischio *può assumere diversi significati*. (...) le varie espressioni in cui il termine è utilizzato fanno riferimento a diversi tipi di rischio, nel senso sopra precisato. Si intende poi facilmente che, nella sua astratta configurazione, il concetto di rischio non può costituire alcuna fattispecie né costituire una categoria scientifica immediatamente utile alla costruzione giuridica. Per lo stesso motivo, si può dire che la specificazione del concetto di rischio in ‘*tipi idonei a richiamare specifici casi della vita*’, è necessaria tanto alla considerazione della realtà, operata dalla norma giuridica, che alla costruzione de una o più *nozioni giuridiche* di rischio da parte della dottrina.”

¹⁴³ Otra disposición del contrato de obra que trata de una variación de costo debida a un imprevisto es el art. 1264 CCC. El artículo prevé que el contratista puede variar el proyecto sin autorización sólo si las modificaciones que hay que realizar son necesarias según las reglas del arte y eran imprevisibles cuando se celebró el contrato. En este caso, si la variación supera un quinto del precio pactado, se da la posibilidad al comitente de extinguir el contrato. En realidad, no se trata tanto de una variación del valor de la prestación tal como fue contratada, sino que el precio varía porque la prestación cambia. La situación no es exactamente la misma que el caso de onerosidad de la prestación. La disposición es similar al art. 1660 CCit, rubricado “*variazioni necessarie del progetto*”, que dice: “Se per l’esecuzione dell’opera a regola d’arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni di prezzo.

Se l’importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l’appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un’equa indennità.

Se le variazioni sono di notevole entità, il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere un equo indennizzo.” En el caso del derecho italiano, la facultad de rescindir el contrato cuando el costo de la obra supera un sexto se otorga al contratista (*appaltatore*),

prevé el supuesto de onerosidad en un contrato nominado y es el art. 1255 CCC, sobre obras y servicios, que será analizado en el capítulo 4.

Por otro lado, la distribución legal del riesgo podría ser relevante si se pudiera hipotetizar que la ley impone a los contratantes tomar a cargo el riesgo de los hechos previsibles. Para el caso de la excesiva onerosidad sobrevenida, ese es el riesgo de las variaciones previsibles de valor de las prestaciones. En el Código hay dos disposiciones que permiten sostener una distribución del riesgo en función de la previsibilidad.¹⁴⁴

El primer indicio normativo es la rúbrica del artículo 1091 CCC (“imprevisión”), aunque ya no estaría disponible para el intérprete si se aprobara el Anteproyecto de Reformas Parciales, que cambia la rúbrica a “excesiva onerosidad sobreviniente”. No obstante, mientras eso no suceda se puede pensar que, si el nombre del instituto es imprevisión, el contratante tiene que prever los hechos que puedan influir en la relación contractual, afectando las prestaciones.

La segunda disposición, determinante, es el art. 961 CCC¹⁴⁵, sobre la buena fe. Esta disposición incorpora el estándar del contratante cuidadoso y previsor para el ámbito contractual. Esto significa que los contratantes tienen el deber de prever los hechos que puedan afectar su relación contractual, porque las consecuencias previsibles integran el contenido contractual. Por lo tanto, si el contratante no prevé un hecho que puede ser previsto y este genera mayor

mientras que el comitente tiene derecho sólo en caso de variaciones de notable entidad. En el derecho argentino, si la variación supera el quinto, la opción extintiva se da al comitente.

¹⁴⁴ GALLO, *Sopravvenienza...*, cit., p. 209 señala que, históricamente, el criterio tradicional para repartir el riesgo ha sido la previsibilidad del evento, aunque hay otros criterios posibles. Como ejemplo, el autor cita el criterio que a veces se usa en el *Common Law* de hacer pesar el riesgo sobre la parte con más información y posibilidades para evaluarlo anticipadamente.

¹⁴⁵ Art. 961 CCC: “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.”

onerosidad de la prestación, debe hacerse cargo, ya que no actúa según el estándar legal requerido.

En otros términos: el contratante imprevisor obra con culpa¹⁴⁶, porque no actúa con la diligencia debida que, en el caso, es la del contratante previsor. Por ende, no puede pretender obtener un remedio legal para hacer pesar las consecuencias de su conducta negligente -parcialmente- sobre la otra parte del contrato. Si el hecho es previsible, hay que disponer un remedio convencional. De otra manera, quien no prevé debe hacerse cargo de la mayor onerosidad que lo afecta y, en caso de que -siendo deudor- incumpla su obligación, responde en los términos del art. 1728 CCC.

Por último, hay que tener en cuenta que el contrato de por sí es un acto de previsión. Todas estas razones permiten concluir que la referencia que el art. 1091 CCC hace al riesgo asumido por las partes incluye tanto a la asunción expresa, como a la asunción implícita del riesgo de excesiva onerosidad, de acuerdo con el parámetro del contratante cuidadoso y previsor.

¹⁴⁶ El Anteproyecto de Reformas Parciales incorpora un párrafo para impedir que el contratante que obró negligentemente se ampare en la figura del art. 1091 CCC. Es decir que, como en el Código derogado, las acciones no están disponibles para quien obra con culpa. Ahora bien, si el estándar para valorar el obrar de una parte es el del contratante cuidadoso y previsor del art. 961 CCC, quien no prevé lo que puede preverse obra con culpa. *Ergo*, no puede valerse de las acciones. En este sentido, el Anteproyecto afianza el requisito de la imprevisibilidad, a pesar de que, en la nota de elevación, se diga que se pretende eliminar la imprevisibilidad.

CAPÍTULO 2. CAMPO DE APLICACIÓN

En los ordenamientos jurídicos bajo consideración, las acciones previstas para casos de excesiva onerosidad sobrevenida no están disponibles para cualquier categoría de contrato. Tanto el derecho italiano como el derecho argentino prevén un ámbito de aplicación delimitado a través de clases de contratos, aunque las soluciones de ambos sistemas no coinciden totalmente.

1. Derecho italiano

El derecho italiano prevé consecuencias jurídicas para el fenómeno de la excesiva onerosidad de la prestación para los contratos con prestaciones recíprocas y para los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes. Para los primeros, sólo se da al afectado la posibilidad de demandar la resolución del contrato, mientras que, en los segundos, las únicas posibilidades son la reducción de la prestación o la modificación en las modalidades de ejecución. Por último, los contratos aleatorios se excluyen expresamente del campo de aplicación.

La rúbrica del art. 1467 CCit da la primera indicación del ámbito de aplicación de la resolución por excesiva onerosidad: contratos con prestaciones recíprocas. Sin embargo, la ley no da ninguna definición de esta clase de contratos. En rigor, el *Codice Civile* de 1942 no tiene disposiciones clasificatorias de los contratos, como sí lo tenía su antecesor de 1865, que seguía el modelo francés.¹⁴⁷

La doctrina define los contratos con prestaciones recíprocas como aquellos en los que la prestación de una de las partes constituye la retribución de la prestación de la otra, de manera que ambas prestaciones están ligadas por un vínculo de interdependencia.¹⁴⁸ La categoría no coincide con la de los contratos

¹⁴⁷ DIENER, Maria Cristina, *Il Contratto in Generale*, 3º ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 41.

¹⁴⁸ ALPA, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, 9º ed., Cedam, Padova, 2015, p. 520 clasifica los contratos según la causa y expresa: “Sono a prestazioni corrispettive, o *sinallagmatici* (dal greco *synallagma* che significa scambio), o di scambio, quando la prestazione di una parte (esempio vendita della cosa) è corrispettivo della prestazione dell’altra (esempio pagamento del prezzo):

bilaterales, ya que en estos el contrato crea obligaciones recíprocas. En cambio, la clase de los contratos con prestaciones recíprocas es más amplia, porque la prestación puede consistir tanto en una obligación, como en una atribución patrimonial no obligatoria, como la transferencia de un derecho.¹⁴⁹

Esta noción de los contratos con prestaciones recíprocas excluye los contratos gratuitos del ámbito de la resolución del art. 1467 CCit. Para un sector de la doctrina¹⁵⁰, también impide la procedencia de la resolución en los contratos

sono associativi quando le parti perseguono uno scopo comune.” TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 50 los define como “quei contratti in cui le prestazioni si pongono come indissolubilmente vincolate fra loro attraverso un nesso di interdipendenza funzionale, nel senso che ognuna delle prestazioni trae ragion d'essere nella controprestazione.” Para una crítica a la conceptualización dominante de la categoría ver PINO, Augusto, *Il Contratto con Prestazioni Corrispettive*, Cedam, Padova, 1963.

¹⁴⁹ DIENER, *Il Contratto...*, cit., p. 52 dice que entre el contrato con prestaciones recíprocas y el contrato bilateral se da una relación de género a especie y explica: “Il nuovo legislatore, proprio per evitare questo inconveniente, creò la categoria dei contratti a prestazioni corrispettive spiegando, nella Relazione, che il rimedio risolutorio va riferito non solo ai contratti che implicano obbligazioni per entrambe le parti (secondo la definizione dell'art. 1099, c.c. 1865), ma ad ogni contratto che abbia per oggetto attribuzioni patrimoniali reciproche in situazione di sinallagma; ossia, in ogni caso in cui l'attribuzione procurata o promessa all'altra, anche se l'esecuzione della prestazione di una delle parti sia requisito di perfezionamento del contratto (come avviene, si ripete, nei contratti reali).” En el derecho argentino, LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 618 expresa una idea concordante sobre el concepto de contratos con prestaciones recíprocas del art. 1204 del Código Civil: “En suma, hay prestaciones recíprocas siempre que haya atribuciones recíprocas, aunque estas atribuciones no consistan en obligaciones.” La noción sigue teniendo relevancia en el derecho argentino porque el art. 2236 CCC, sobre prenda de créditos, contempla tal categoría.

¹⁵⁰ TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 51. En posición favorable a la aplicabilidad de la disciplina a los contratos asociativos, ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 962 dice que la exclusión total de estos contratos no está justificada y propone distinguir dos situaciones: “Si dovrà distinguere: se il rischio imprevedibile colpisce *l'insieme delle prestazioni di tutti i soci* in quanto destinate all'organizzazione sociale, allora si tratta di un rischio sociale che ciascun socio ha scelto di correre e deve sopportare; ma se invece colpisce in modo differenziato *la prestazione del singolo socio*, contro questo rischio individuale non c'è ragione di negare i rimedi.”.

asociativos. Esta última es la posición que tradicionalmente se da en jurisprudencia¹⁵¹, aunque no con unanimidad.¹⁵²

A su vez, el art. 1468 CCit permite la reducción de la prestación o la modificación de las modalidades de ejecución, pero esto es aplicable solamente en los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes. En doctrina se discute el alcance de esa noción. Hay quienes sostienen, en minoría, que los contratos con obligaciones a cargo de una de las partes que están incluidos son solamente los contratos unilaterales onerosos.¹⁵³ Por el contrario, otros dicen que

¹⁵¹ GALLO, *Contratto...*, p. 938 cita dos sentencias de la Corte de Casación (Cass., 17/11/1958, n° 3721 y Cass., 12/2/1998, n° 1507) donde se sostuvo: “Ai contratti con struttura associativa, quali i Consorzi, non sono applicabili gli art. 1465 e 1467 c.c., mancandove una controprestazione di interessi ed attesa la comunanza di scopi da perseguire, il che esclude l’esistenza di un nesso di interdipendenza sinallagmatica che esiga il mantenimento dell’equilibrio delle prestazioni cui sono tenuti rispettivamente il consorziato ed il Consorzio.”

¹⁵² RICCIO, *Dell’Eccessiva...*, cit., p. 52 cita una sentencia de la Corte de Casación (Cass., 27/2/1976, n° 639) en la que se admitió la *rescissione* por lesión (cuyo campo de aplicación también está delimitado por la categoría de los contratos con prestaciones recíprocas), por considerar que el aporte de un socio a la sociedad también puede considerarse como de prestaciones recíprocas. Luego dice (*Id.*): “In particolare, in tale sentenza la Cassazione ha enunciato che il contratto con il quale, ai sensi dell’art. 2440, il socio di una società per azioni effettua conferimenti in natura in favore della società medesima, per la sottoscrizione di nuove azioni in sede di aumento di capitale, ha natura commutativa, in quanto i conferimenti costituiscono corrispettivo delle nuove azioni di cui il socio diventa titolare; ne consegue che, qualora fra il valore dei conferimenti e quello nominale delle azioni si verifichi sproporzione *ultra dimidium*, va riconosciuta in favore del socio, nel concorso delle altre condizioni di cui all’art. 1448, l’azione generale di rescissione del contratto per lesione.”

¹⁵³ PINO, *L’Eccessiva...*, cit. p. 56 fundamenta su posición porque el art. 1468 CCit se remite expresamente a la hipótesis del art. 1467 CCit y este último se refiere a los contratos con prestaciones recíprocas. Dice el autor (*Id.*): “Sicché si deve concludere che l’art. 1468 si riferisce alla stessa categoria dei contratti a prestazioni corrispettive previste dall’articolo 1467, ma limita il proprio ambito di applicazione ai contratti a prestazioni corrispettive con efficacia obbligatoria per una sola delle parti. Prova ne è che, se, per ipotesi, mancasse l’art. 1467, la disposizione successiva dell’art. 1468 non avrebbe alcun senso, perchè sarebbe ignota la fattispecie alla quale fa riferimento, mentre in difetto dall’art. 1468, i contratti a prestazioni corrispettive unilaterali sarebbero disciplinati dall’art. 1467.”

la fórmula se refiere a los contratos gratuitos¹⁵⁴, o a los contratos unilaterales en general, sean onerosos o gratuitos.¹⁵⁵

Sea el contrato con prestaciones recíprocas o con obligaciones a cargo de una sola de las partes, el texto del art. 1467 CCit restringe el campo de aplicación a los contratos de duración¹⁵⁶ y a algunos contratos de ejecución instantánea. En la categoría de los contratos de duración se incluyen los contratos de ejecución continuada o periódica.

Un contrato se considera de ejecución continuada cuando la prestación¹⁵⁷ se ejecuta en el tiempo sin solución de continuidad, desde el plazo inicial hasta que el contrato deja de tener efecto. Un ejemplo puede ser la prestación del locador en la locación de cosas. En cambio, el contrato es de ejecución periódica -llamado también de tracto sucesivo- cuando las prestaciones se ejecutan con entregas de bienes o actividades repetidas a intervalos. Es el caso de la prestación del locatario.¹⁵⁸

La categoría que se contrapone a los contratos de duración es la de los contratos de ejecución instantánea. Estos son contratos en los que la ejecución se concentra en una única operación o en un único efecto para cada una de las partes. Hay dos subclases en esta categoría. Por un lado, están los contratos de

¹⁵⁴ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 959 dice que el ámbito de aplicación del art. 1468 CCit evoca la fórmula del art. 1333 CCit -referido a la formación sin necesidad de aceptación en el contrato con obligaciones solamente para el oferente-, pero que es más amplia, ya que incluye a todos los contratos gratuitos. Expresa el autor (*Id.*): “L’art 1333 non copre la donazione, il cui formalismo richiede un diverso procedimento di conclusione, né i contratti reali gratuiti (...). Invece tutti questi contratti sono aperti al rimedio dell’art. 1468.”

¹⁵⁵ BALESTRA, Luigi, *Il Contratto Aleatorio e l’Alea Normale*, Cedam, Padova, 2000, p. 182.

¹⁵⁶ TERRANOVA, *L’Eccessiva...*, cit., p. 57 dice que se llaman así porque el hecho de que las prestaciones se prolonguen por un cierto periodo es condición para la realización de la relación configurada por las partes.

¹⁵⁷ RICCIO, *Dell’Eccessiva...*, cit., p. 56 explica que mientras en el contrato de ejecución continuada la prestación es única -aunque no sea sólo uno el acto de ejecución-, en el contrato de ejecución periódica las prestaciones son distintas.

¹⁵⁸ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 512.

ejecución inmediata, en los que las prestaciones de las partes se ejecutan en el momento de la conclusión del contrato.

Por el otro, los de ejecución diferida, en los que al menos la prestación¹⁵⁹ de una de las partes se debe ejecutar en un tiempo posterior al de la celebración del contrato.¹⁶⁰ Solamente esta última subclase de contratos de ejecución instantánea está incluida en el campo de aplicación de la resolución por excesiva onerosidad. En definitiva, lo que interesa es que entre el momento de la conclusión y el de la ejecución del contrato transcurra un cierto tiempo, sin importar si este es breve o duradero.¹⁶¹

Así como los arts. 1467 y 1468 CCit delimitan en positivo los contratos en los cuales se otorgan las acciones para casos en que la prestación se torne excesivamente onerosa, el art. 1469 CCit da un límite negativo. Este artículo excluye los contratos natural o voluntariamente aleatorios del campo de aplicación.¹⁶²

El concepto de contrato aleatorio se define a través de dos elementos que caracterizan esta categoría, uno estructural y otro funcional. En cuanto a la

¹⁵⁹ RICCIO, *Dell'Eccessiva...*, cit., p. 72, con apoyo en la jurisprudencia, sostiene que la prestación diferida puede ser la principal o una accesoria. Da como ejemplo el caso de un contrato de compraventa en el que se haya transferido la propiedad, pero todavía no la posesión, y dice que podría resolverse el contrato si la prestación accesoria de entregar la cosa deviniera excesivamente onerosa. Hay que tener en cuenta que en el sistema italiano rige el principio del consenso traslativo (con el alcance y en los casos de los arts. 1376-1378 CCit), por lo que la sola conclusión de la compraventa produce el efecto traslativo del derecho real, sin necesidad de la tradición como sucede en el derecho argentino, en el que rige el sistema de título y modo en los términos del art. 1892 CCC.

¹⁶⁰ ROPPO, *Il Contratto*, cit., pp. 511, 512.

¹⁶¹ El informe (*relazione*) del ministro de justicia, Dino Grandi, al proyecto del *Codice Civile* italiano aclara expresamente el punto al decir: “Non si è distinto nemmeno tra contratti a lungo termine e contratti a termine breve.” El documento se puede consultar en línea en http://www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici/-/asset_publisher/IXdcpIwg0t9M/content/relazione-del-ministro-guardasigilli-grandi-al-codice-civile-del-1942?inheritRedirect=false

¹⁶² GALGANO, Francesco, *Il Negozio Giuridico*, 2º ed., en CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 550 dice que los contratos aleatorios son a prestaciones recíprocas, pero, a diferencia de los conmutativos, no se les aplica el régimen de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida.

estructura, son contratos en que la prestación de una de las partes, en el *an* o en el *quantum*, depende de un evento futuro e incierto. En cuanto a la función, estos contratos deben tener por finalidad la neutralización o la transferencia de riesgos.¹⁶³

En general, la doctrina considera que el alcance de la exclusión es total y que la razón de esto debe buscarse en los prejuicios que, históricamente, se han dado con respecto a la categoría de los contratos aleatorios al asociarlos al juego.¹⁶⁴ Sin embargo, para algunos, la exclusión de los contratos aleatorios no es absoluta, ya que se pueden hacer valer las acciones por excesiva onerosidad si esta se da por riesgos que no sean propios del contrato aleatorio¹⁶⁵ -tal como lo prevé el art. 1091 CCC en el derecho argentino-.

2. Derecho argentino

Contrariamente al derecho italiano, el derecho argentino no prevé un ámbito de aplicación para la resolución y otro para la adecuación. El art. 1091 CCC establece que tanto la resolución como la adecuación se aplican en los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente. Además, la parte final del artículo incluye los contratos aleatorios, con la condición de que la causa de la excesiva onerosidad no esté relacionada con el álea propia del contrato.

¹⁶³ CAPALDO, *Contratto...*, cit., p. 229.

¹⁶⁴ CAPALDO, *Contratto...*, cit., pp. 303, 304 explica: “Le ragioni di questa scelta del legislatore riposano su alcuni pregiudizi storici nei confronti della categoria e sulla frequente assimilazione del negozio aleatorio al gioco quasi non realizzasse un interesse meritevole di tutela, bensì una funzione di lucro incerto. Ma tant’è, la norma esiste e deve essere osservata.” A pesar de esto, la autora manifiesta que nada impide a las partes de un contrato aleatorio de usar mecanismos destinados a resolver cuestiones de excesiva onerosidad por causas extrañas al álea propia del contrato.

¹⁶⁵ BIANCA, *Diritto Civile 5...*, cit., p. 432 dice: “Occorre peraltro tenere presente che i rischi coperti dai contratti aleatori rimangono circoscritti entro aree tipicamente determinate o segnate dal contratto. Anche a tali contratti se applicano quindi le norme sull’eccessiva onerosità se questa esula dall’ambito del rischio assunto dalla parte.” El autor luego pone el ejemplo de un contrato de seguro en el que una prestación se torna onerosa a causa de una devaluación monetaria.

De las categorías de contrato que el art. 1091 CCC menciona, hay algunas que tienen una definición legislativa y otras que no. La primera clasificación para tener en cuenta es la que distingue entre contratos conmutativos y aleatorios, como subclases de los contratos onerosos.¹⁶⁶ El art. 967 CCC dice que los contratos son a título oneroso “cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra.”

En doctrina se explica que la onerosidad se puede manifestar de dos maneras distintas.¹⁶⁷ Por un lado, se da una onerosidad directa e inmediata cuando se trata de contratos de cambio, en los que una parte obtiene una ventaja por haber hecho -u obligarse a hacer- un sacrificio a la otra parte.¹⁶⁸ Por otro lado, hay una onerosidad mediata que es característica de los contratos asociativos, en los que las partes ejecutan una prestación y como ventaja obtienen la participación en el resultado de la actividad común.¹⁶⁹

¹⁶⁶ El Código Civil y Comercial sigue la tesis, atribuida a Pothier, de que los contratos aleatorios son siempre onerosos. DI GIANDOMENICO; RICCIO, *I Contratti...*, cit., pp. 85, 86 dicen: “L’intuizione originale di Pothier, dunque, per il quale gli aleatori debbono ritenersi una sottocategoria degli onerosi si conferma valida ancora oggi, pur dovendosi ora ammettere che, accanto ai contratti, vi possono essere negozi unilaterali aleatori onerosi.” Para una posición favorable a la inclusión de contratos aleatorios y conmutativos dentro de los gratuitos en el Código Civil y Comercial se puede ver SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Los contratos conmutativos y los contratos aleatorios en el Código Civil y Comercial”, La Ley, cita online AR/DOC/135/2017. Durante la vigencia del Código derogado, a pesar de que no había una clasificación legal entre contratos conmutativos y aleatorios, explicaban que estos eran una subclasificación de los onerosos, por ejemplo, LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 89; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino 5*, Tomo 1: Fuentes de las Obligaciones, La Ley, Buenos Aires, 1946, p. 24 y ALTERINI, *Contratos...*, cit., p. 176.

¹⁶⁷ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 1, cit., p. 101.

¹⁶⁸ SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 149 explica que no necesariamente la prestación se debe hacer a la otra parte y dice: “Hay que tener en cuenta, pues, que para calificar un contrato como oneroso o gratuito no es indispensable que la prestación a que uno se obliga -en mérito a la efectuada por otro- beneficie al cocontratante. Por ejemplo, se estipula que A entrega en préstamo a interés cien mil pesos a B y éste se obliga a devolver el capital prestado a A y los intereses a C, que es un tercero: el contrato sigue siendo oneroso aunque los intereses vayan a manos no de una de las partes sino de un tercero.”

¹⁶⁹ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 1, cit., p. 101. BELVEDERE, Andrea, *Scritti Giuridici*, Vol. 2: Persona, Obbligazioni, Responsabilità, Contratto, Cedam, Milano, 2016, p. 919 expone la

Todos estos contratos onerosos pueden ser de dos clases: conmutativos o aleatorios. El art. 968 CCC dice: “Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto.” El criterio de diferenciación entre estas dos clases de contratos está en la certeza o incerteza de las ventajas.¹⁷⁰

La referencia a las ventajas del contrato conmutativo no es a ventajas económicas en cuanto resultado de un determinado negocio, sino en cuanto atribuciones patrimoniales, es decir, prestaciones. La razón es que en ningún contrato que no sea de ejecución inmediata e instantánea se puede establecer con certeza cuáles son los resultados económicos que producirá una vez ejecutado.¹⁷¹ El riesgo económico de variación de valor de las prestaciones es inherente a todo contrato.¹⁷²

diferencia entre los contratos de cambio y los asociativos (se refiere a la categoría, bastante discutida en la doctrina italiana, del art. 1420 CCit, que habla de contratos de más de dos partes en los que las prestaciones de cada parte están dirigidas a la obtención de una finalidad común) desde una perspectiva diversa: “Mentre nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte soddisfa l’interesse solo dell’altra, e costituisce solo un sacrificio per chi la compie, in altri tale prestazione finisce con il tornare a vantaggio anche di chi la compie, indirettamente o direttamente.”

¹⁷⁰ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 1, cit., pp. 107, 108 explica, de una manera sutilmente diferente, que el contrato es conmutativo si la entidad de la relación entre el sacrificio y la ventaja se puede apreciar de manera inmediata y cierta en el momento de conclusión del contrato, mientras que es aleatorio si esa relación no se puede apreciar inicialmente por depender de un acontecimiento incierto. En realidad, lo que el autor dice es una consecuencia de la certeza o incerteza de las ventajas y pérdidas, que es la nota definitoria de los conceptos.

¹⁷¹ CAPALDO, *Contratto...*, cit., p. 33 dice: “L’idea, infatti, che al momento della conclusione del contratto sia possibile prevedere con ragionevole certezza i vantaggi o gli svantaggi economici, che ciascun contraente conseguirà del negozio, appare quantomeno lontana dalla realtà. In questo senso, risulta contraddittoria la tesi che le parti siano in grado di conoscere il risultato economico del contratto al momento della sua conclusione; consapevolezza dell’esito che, se può avere qualche plausibilità nei negozi ad effetti istantanei, non è mai configurabile nei negozi ad effetti differiti, in cui il trascorrere di un lasso di tempo tra la conclusione e l’esecuzione espone le parti all’incidenza di fatti e circostanze sopravvenute che possono alterare il rapporto tra le prestazioni contrattuali.”

¹⁷² SÁNCHEZ HERRERO, “Los contratos...”, cit., p. 3 dice: que “en todo contrato hay o puede haber incertidumbre económica -en el sentido de falta de certeza acerca del resultado económico final de la operación (relación costo-beneficio) (...).”

En cuanto al contrato aleatorio, la falta de certeza puede estar tanto en las ventajas, como en las pérdidas. Se suelen distinguir tres modalidades en que se manifiesta la incertidumbre del contrato aleatorio. Primero, la ejecución de la prestación de una parte se supedita a un hecho incierto, a pesar de lo cual la otra debe cumplir la propia prestación. Segundo, la incertidumbre recae en saber cuál de las partes deberá cumplir una prestación. Por último, el alcance de alguna de las prestaciones depende de un hecho incierto.¹⁷³

La conclusión que surge es que el art. 1091 CCC, al referirse a contratos conmutativos y aleatorios, incluye solamente contratos onerosos.¹⁷⁴ Sin embargo, parte de la doctrina engloba también los contratos gratuitos en el campo de aplicación, argumentando que el art. 1091 CCC no exige específicamente que el contrato sea oneroso.¹⁷⁵ Esta posición parte de la base de considerar que los contratos conmutativos y aleatorios pueden ser onerosos o gratuitos.

Es cierto que el solo texto del art. 968 CCC no dice que todos los contratos conmutativos y aleatorios sean onerosos, sino que dice cuándo un contrato oneroso se debe considerar conmutativo o aleatorio.¹⁷⁶ Podrían existir

¹⁷³ *Ibid.*, p. 1 ejemplifica las modalidades con el contrato de seguro de responsabilidad civil, el juego y el contrato oneroso de renta vitalicia, respectivamente.

¹⁷⁴ PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 276; PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 397; HERNÁNDEZ, Carlos A., “Extinción y adecuación del contrato”, Rubinzal Culzoni, cita online RC D 140/2015, p. 12.

¹⁷⁵ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Comentario al art. 1091”, en ALTERINI, Jorge Horacio (dir.); ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Tomo 5, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 731 dice: “A diferencia del Código derogado el vigente no exige que el contrato sea oneroso, de modo que ante esa omisión queda habilitada la aplicación del instituto también a los contratos gratuitos.”

¹⁷⁶ SÁNCHEZ HERRERO, “Los contratos...”, cit., pp. 2, 3 dice: “Es cierto que, en una primera lectura, da la impresión de que los contratos conmutativos y aleatorios son subespecies de los onerosos. Sin embargo, no hay un solo término de la norma analizada que permita sostener que estos dos tipos de contratos sólo pueden ser subespecies de los onerosos. Lo que la norma dice es en qué casos los contratos a título oneroso son conmutativos o aleatorios -o, si se prefiere, cuál es el criterio para decidir si pertenecen a una u otra categoría-. No dice que los contratos gratuitos no puedan, también serlo.”

contratos aleatorios o conmutativos¹⁷⁷ que no fueran onerosos (gratuitos), pero esta proposición debería probarse a través de otras disposiciones del derecho positivo.

No obstante, la ley no contiene ningún indicio normativo en ese sentido.¹⁷⁸ La única referencia al significado de contrato aleatorio o conmutativo está en el art. 968 CCC, que es una clasificación de los contratos onerosos.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Sin tener en cuenta la definición del Código Civil y Comercial, lo conmutativo -en un sentido amplio- implica de por sí un intercambio, al punto que históricamente se contraponen entre la causa gratuita y la conmutativa en el ámbito de los contratos, por lo que un contrato conmutativo gratuito parece una contradicción en los términos. GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 2011, p. 49, al explicar los orígenes filosóficos de la moderna doctrina del contrato -que encuentra en la filosofía de Aristóteles y Santo Tomás, y la síntesis entre estas y el derecho romano hechas por los miembros de la escuela española del derecho natural-, cuando habla de la causa, dice: “In other instances, the medieval jurists reached much the same conclusions as the late scolastics, and did so because they, too, had read Aristotle. The formulation of the doctrine of *causa* by Bartolus and Baldus is one such instance. According to this doctrine, the consent of the parties is binding, in principle, only if it is given for one of two reasons or *causae*: liberality, or the receipt of something in return for what one gives. (...) The late scolastics found the doctrine congenial because they, like Thomas, thought the fundamental distinction among contracts was between acts of liberality and acts of commutative justice.”

¹⁷⁸ SÁNCHEZ HERRERO, “Los contratos...”, cit., p. 3 reconoce que la cuestión de los contratos conmutativos y aleatorios “tampoco se aborda en ninguna otra norma.” Sin embargo, parecería que el autor propone definir los contratos aleatorios y conmutativos en función de la certidumbre o incertidumbre de los sacrificios y ventajas, pero quitando la referencia al carácter oneroso. El problema es que el texto del art. 968 CCC, aun despojado de la parte “a título oneroso”, no sirve para concluir que el contrato conmutativo puede ser gratuito -más allá de la contradicción en los términos que se mencionó en la nota anterior-. La razón es que el artículo se refiere a las ventajas para “todos” los contratantes, por lo que necesariamente implica la noción de onerosidad, ya que lo que para uno es ventaja para el otro es sacrificio. Con los aleatorios, la definición mutilada quizá podría funcionar, porque se contempla el caso de la incertidumbre de la ventaja o pérdida para una sola de las partes. De todas maneras, aun si se aceptara que un contrato aleatorio, en el Código Civil y Comercial, pudiera ser gratuito, eso no implicaría la inclusión de los contratos gratuitos en el campo de aplicación de la imprevisión. Solamente estarían incluidos aquellos contratos gratuitos que, además, fueran aleatorios; pero no todos los gratuitos. Y las acciones podrían otorgarse siempre que la excesiva onerosidad no estuviera dentro del álea propia del contrato.

¹⁷⁹ Esto no significa que en otros ordenamientos no pueda regularse la cuestión de manera diversa. MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al Estudio del Derecho Civil Comparado*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1934, p. 128 explica que el derecho comparado es de gran importancia porque “despierta en el jurista un espíritu de moderación, que le enseña a juzgar las instituciones con un criterio de relatividad que excluye la insensata soberbia del dogmatista.” Dando una ojeada a otros ordenamientos, se puede ver que la aleatoriedad no siempre es considerada una propiedad exclusiva de los contratos onerosos. En el derecho italiano no hay

Por lo tanto, solamente creando definiciones doctrinales de contrato aleatorio y de contrato conmutativo en reemplazo de las que contiene el art. 968 CCC se podría llegar a sostener la posibilidad de un contrato aleatorio o conmutativo que sea gratuito.

Ahora bien, si el Código tiene una definición del contrato conmutativo que lo clasifica como oneroso ¿por qué habría que usar una definición extralegal para interpretar el significado de “contrato conmutativo” en el art. 1091 CCC? Lo lógico es usar el concepto que el mismo legislador provee.¹⁸⁰ Más aun si se tiene en cuenta que, durante la vigencia del Código Civil, la cuestión era

ninguna definición del contrato aleatorio, pero en general se considera que todo contrato aleatorio es oneroso, aunque en doctrina BALESTRA, *Il Contratto Aleatorio...*, cit., pp. 172-188 argumenta la compatibilidad de la aleatoriedad y la gratuidad de un contrato. Sobre el derecho austríaco, LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “La aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios (Revisión de los actos jurídicos aleatorios)”, La Ley, cita online AR/DOC/10701/2003, p. 3 explica que el Código Civil (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, abreviado ABGB) contempla la posibilidad de que el contrato aleatorio sea oneroso o gratuito. En efecto, el párrafo § 1267 ABGB (el texto se puede consultar en <https://www.jusline.at/gesetz/abgb>) dice: “Ein Vertrag, wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vortheiles versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag. Er gehört, je nachdem etwas dagegen versprochen wird oder nicht, zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen.” El párrafo puede traducirse del siguiente modo: “Un contrato, por medio del cual se promete y acepta la esperanza de una ventaja incierta, es un contrato de suerte (aleatorio). Pertenece, según se prometa o no algo en cambio, a los contratos onerosos o gratuitos.”

¹⁸⁰ LANDINI, Sara, “Il Ruolo delle Definizioni Legislative nell’Interpretazione del Diritto Civile”, *Diritto Privato*, 2001-2002, vol. VII - VIII, L’Interpretazione e il Giurista, Cedam, Padua, 2003, p. 307 indica que la definición legislativa es un método para limitar la discrecionalidad del intérprete. Por supuesto que, en ciertos casos, una definición legislativa puede ser descartada, como explican ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 450 de la siguiente manera: “Aunque el legislador haya formulado una definición explícita en el texto de la ley, es decir, haya *dicho* que va a usar un término en un sentido determinado, no hay garantías que lo haya *hecho realmente*, pues puede haber dado una definición y luego haber usado el término en cuestión en otro sentido. Y como para la identificación de la norma lo que importa es el sentido que las palabras tienen o efectivamente les da el legislador y no el que el legislador dice que tienen o dice que les da, la regla técnica se refiere al sentido con que el legislador dice haberlas usado.”

debatida, precisamente porque no se contaba con ninguna definición que zanjara la cuestión.¹⁸¹

Con todo, el sistema del Código privilegia la visión sistemática de los contratos aleatorios y conmutativos como subclase de los onerosos¹⁸², no sólo por el texto del art. 968 CCC, sino también si se considera la definición del art. 967 CCC. Según este artículo, los contratos son a título gratuito “cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes una ventaja, independientemente de toda prestación a su cargo”. El hecho de asegurar una ventaja no parece compatible con la incertidumbre propia del contrato aleatorio.

Así las cosas, el art. 1091 CCC incluye todos -y únicamente- los contratos onerosos cuando delimita el campo de aplicación. La exclusión de los contratos gratuitos ha sido criticada en doctrina, puesto que -se dice- implica dar un tratamiento más severo a quien actúa con espíritu de liberalidad.¹⁸³ En

¹⁸¹ TARELLO, *L'Interpretazione...*, cit, pp. 154, 155 sostiene: “Il fine che coloro che formulano le leggi si propongono di perseguire mediante l'inclusione in esse di definizioni, è evidentemente quello di rimuovere una delle ragioni per le quali le leggi sono aperte all'attribuzione di significati precettivi disparati e frequentemente le interpretazioni effettivamente compiute divergono tra loro. In altre parole, il fine perseguito dal legislatore con le sue attività definitorie è quello di rendere meno incerta l'attribuzione di significato alla legge (...).”

¹⁸² FREYTES, Alejandro, “El contrato en el proyecto de código. Concepto y clasificación”, *La Ley*, cita online AR/DOC/1058/2013, p. 4; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Clasificación de los contratos en el código de Vélez y en el proyecto del año 2012”, *Rubinzal Culzoni*, cita online RC D 758/2016, p. 8.

¹⁸³ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 257, luego de expresar críticamente que los contratos gratuitos resultan excluidos del ámbito de la imprevisión, dice: “Una solución de este tipo es necesaria para satisfacer adecuadamente los postulados de justicia que están en juego. El que actúa con el solo interés de beneficiar a otro, tiene más sobrados títulos que quien celebra un contrato a título oneroso para merecer el amparo en los supuestos en que su prestación deviene sumamente gravosa por un suceso excepcional que no pudo ser razonablemente previsto.” Más adelante el autor dice que de presentarse un caso de excesiva onerosidad en un contrato gratuito, se podría aplicar analógicamente el art. 1091 CCC en combinación con el art. 893 CCC inc. 3. Esta postura es compartida por TINTI, Guillermo Pedro; RIBA, Marina Andrea; LÓPEZ, Walter Marcelo, en TINTI, Guillermo P.; CALDERÓN, Maximiliano R. (dirs.), *Contratos. Parte General*, Zavallía, Buenos Aires, 2016, p. 43. Si se analiza más en detalle la cuestión, la aplicación analógica no parece posible. BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 266 define la analogía como “quel procedimento per cui si attribuisce ad un caso non regolato la stessa disciplina di un caso regolato *simile*.” Como se vio, por el juego de los arts. 959 CCC y 1091 CCC no hay laguna en la reglamentación, por lo que es claro que la parte de un contrato gratuito debe cumplir, aun en situación de excesiva

realidad, quien se constituye deudor en virtud de un contrato a título gratuito¹⁸⁴ no queda necesariamente desprotegido frente a los cambios de valor que pueda presentar la prestación que tiene a cargo. En la reglamentación de varios tipos de contratos hay normas que permiten proteger al obligado.

Por ejemplo, el art. 1357 CCC dispone que el depositante debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución de la cosa, en caso de que el depósito sea gratuito. La excesiva onerosidad de la prestación del depositario -custodia y restitución- puede consistir solamente en el mayor costo que estas actividades le generan. Para cubrir ese costo, el depositario incurre en gastos, que el depositante está obligado a restituir.

En el comodato, el art. 1539 CCC permite al comodante exigir la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo si la necesita por causa de una circunstancia imprevista y urgente. El art. 1587 CCC establece que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones y defensas propias y del deudor principal, aun las que este haya renunciado, por lo que si la prestación del deudor principal se torna excesivamente onerosa el fiador podrá hacer valer la excepción.

Por último, el art. 1555 CCC dispone que el donante responde por incumplimiento en la entrega de la cosa solamente en caso de dolo. Si no cumpliera a causa del cambio de circunstancias, se podría considerar que no

onerosidad. Sin embargo, agregando a este sistema otras normas del Código, la conclusión de que se trata más severamente a quien obra con espíritu de liberalidad puede variar, tal como se propone en el texto. Claro que, en caso de donación, si se da el supuesto de hecho se puede aplicar el beneficio de competencia del art. 893 inc. 3 CCC, pero esto es un remedio diverso de la imprevisión.

¹⁸⁴ Sea un contrato a título gratuito en el que una parte actúa con espíritu de liberalidad o no, ya que gratuidad y liberalidad no son sinónimos. Basta pensar en un contrato de transporte gratuito que una empresa ofrece para que potenciales consumidores puedan llegar a su centro comercial. Evidentemente, no hay espíritu de liberalidad, pero el contrato es gratuito porque una parte recibe una ventaja (ser transportada), sin tener prestación a su cargo.

responde.¹⁸⁵ Además, la protección para el obligado en virtud de un contrato a título gratuito se completa con la disposición del art. 1543 CCC, que establece la aplicación subsidiaria de las normas del capítulo de la donación para los demás actos jurídicos a título gratuito.

Sea como sea, no resulta controvertido que en el derecho positivo los contratos gratuitos no están incluidos en el ámbito de aplicación de la figura de la imprevisión, más allá de la valoración negativa que esto pueda despertar.¹⁸⁶ El art. 1091 CCC únicamente menciona los contratos onerosos, a través de sus dos subespecies, por lo que los contratos gratuitos caen bajo el campo de aplicación del art. 959 CCC¹⁸⁷, a menos que en la reglamentación del tipo especial puedan encontrar otro remedio.

Volviendo a los contratos conmutativos incluidos, el art. 1091 CCC dice que estos tienen que ser de ejecución diferida o permanente. A falta de definición

¹⁸⁵ Obviamente esto depende de lo que se entienda por “dolo” en el incumplimiento obligacional y de si se acepta que el cambio de valor de la prestación -que provoque también una mayor dificultad de la ejecución para el deudor- pueda justificar que se califique como “no doloso” un incumplimiento (sobre la diferencia entre la situación de onerosidad y de dificultad de cumplimiento se remite al capítulo 4.4). Con relación a la definición de dolo del art. 1724 CCC última parte, NIEL PUIG, Luis, “El dolo y el nuevo Código Civil y Comercial. Dolo Obligacional”, La Ley, cita online AP/DOC/122/2015 dice: “La unificación de los ámbitos de responsabilidad lleva a que en un mismo párrafo se reúna el concepto antes diferenciado, la intencionalidad del daño y la indiferencia por los intereses ajenos. Justamente esto último, manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, constituye un avance y clarificación respecto del dolo obligacional y contractual, principal fuente de obligaciones.” Ante un incumplimiento por cambio extraordinario de circunstancias que tornan más gravosa la prestación, es posible que no se esté frente a un caso de indiferencia por los intereses ajenos. Sin embargo, la cuestión depende de las circunstancias del caso.

¹⁸⁶ En todo caso, una razón *de lege ferenda* para incluir los contratos gratuitos en el campo de aplicación del art. 1091 CCC, teniendo en cuenta la fuerte protección que se acaba de mostrar en el texto, podría ser no tanto proteger al deudor, sino evitar que este, ante una situación de onerosidad, se exima totalmente de cumplir con su prestación, perjudicando al acreedor. En este sentido, la solución del art. 1468 CCit de conceder el remedio de la *reductio* es bastante adecuada. Si se siguiera este camino de política legislativa, habría que utilizar dos nociones diferentes de onerosidad, según el contrato sea gratuito u oneroso, como en el derecho italiano, o adoptar la propuesta de conceptualización de la onerosidad que se hará en el capítulo 4 -aunque en este último caso convendría no incluir la disminución de valor para los contratos gratuitos, al menos en los que presentan espíritu de liberalidad-.

¹⁸⁷ Toda clase de contrato que no esté incluida en el art. 1091 CCC cae automáticamente bajo la órbita del art. 957 CCC, como se explicó en el punto 2 de la Introducción.

legal, la doctrina conceptualiza estas clases de contratos de manera similar a lo que se vio para el derecho italiano. Las contraposiciones en las clasificaciones son, por un lado, contrato de ejecución inmediata/diferida y, por el otro, contrato de ejecución instantánea/permanente.¹⁸⁸ El contrato de ejecución permanente es asimilado a la categoría de los contratos de duración, en la que la doctrina incluye los contratos de ejecución continuada, periódica y escalonada.¹⁸⁹

Para los contratos aleatorios, el art. 1091 CCC no hace ninguna calificación ulterior. De todos modos, el contrato no puede ser de ejecución inmediata, ya que en ese caso no habría posibilidad ni de una alteración de circunstancias respecto al momento de la conclusión, porque coincidirían los tiempos de la conclusión y la ejecución, ni podría sobrevenir una excesiva onerosidad. Por lo tanto, sea para los contratos conmutativos, sea para los aleatorios, lo que cuenta es que haya un lapso entre la conclusión y la ejecución del contrato.¹⁹⁰

La última parte del art. 1091 CCC restringe la aplicación de la figura de la imprevisión en el caso del contrato aleatorio, puesto que las acciones se

¹⁸⁸ PIZARRO, “La teoría...”, cit., p. 277.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 399 expresa: “De hecho, y más que frente a un requisito legal, estamos aquí ante una necesidad lógica ya que el paso del tiempo constituye la razón misma para que pueda ocurrir la hipótesis de hecho prevista por la norma y es que nunca podrá darse un cambio en las circunstancias en contratos que agotan sus efectos en el momento mismo de su celebración. (...) Hubiera bastado, de nuevo, con aludir a ‘contratos’ a secas.” Como ejemplo de disposición que no hace referencia al campo de aplicación teniendo en cuenta clases de contratos, se puede señalar la formulación de la disposición francesa de la imprevisión del nuevo art. 1095 del *Code Civil*, reformado en 2016, que simplemente dice “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe.” Al respecto, TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves; CHÉNEDÉ, François, *Droit Civil. Les Obligations*, 12^o ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 715 dicen: “Seule limite, le texte ne saurait s’appliquer à un ‘contrat déjà achevé’ lorsque survient l’évènement imprévisible.”

otorgan solamente si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas ajenas al álea propia del contrato. De esta manera, para conceder las acciones, la ley distingue entre una serie de áleas¹⁹¹: el álea jurídica, que es el álea propia del contrato aleatorio, del álea económica. Sólo en el primer caso, excluye la acción por imprevisión.

El ejemplo que se da en doctrina es el contrato oneroso de renta vitalicia. En este contrato, el momento de la muerte de la persona cabeza de renta constituye el álea propia del contrato, por lo que ninguna excesiva onerosidad derivada de la mayor o menor duración de la vida del cabeza de renta da derecho a resolución o adecuación. En cambio, una alteración extraordinaria en la economía nacional que cause una excesiva onerosidad de la prestación sí legitima las acciones.¹⁹²

¹⁹¹ SACCO; DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 1687 plantean dos interpretaciones que se pueden hacer del art. 1469 CCit, según se considere que el juez tenga que examinar primero el contrato y en base a eso concluir si este es o no aleatorio por naturaleza o por convención, para decidir la aplicabilidad de la excesiva onerosidad; o bien, si el juez deba examinar la naturaleza del evento nocivo causante de la onerosidad para ver si el contrato adosa al perjudicado el riesgo de ese evento determinado. Los autores concluyen: “Con la prima lettura, l’art. 1469 discrimina una serie di contratti; con la seconda, una serie di alee (ripercorrendo la discriminazione che hanno fatto i contraenti).”

¹⁹² APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 256.

CAPÍTULO 3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Analizado el supuesto de hecho y el campo de aplicación de la imprevisión, hay que ver cuáles son las acciones que la ley da a la parte perjudicada por la excesiva onerosidad de la prestación. La solución del derecho argentino luego de la reforma de la ley 17.711 era muy similar a lo que prevé el derecho italiano para los contratos con prestaciones recíprocas. La acción dada al perjudicado era la resolución del contrato, pero el demandado podía impedir la resolución ofreciendo un reajuste equitativo. El Código Civil y Comercial adopta una postura distinta y otorga al afectado, a elección, la posibilidad de pedir la resolución o la adaptación del contrato.

1. Derecho italiano

El derecho italiano, al distinguir entre contratos con prestaciones recíprocas y con obligaciones a cargo de una sola de las partes, prevé diferentes consecuencias para el fenómeno de la excesiva onerosidad según la clase de contrato. Lo que no cambia es el ámbito en el que estas se deben hacer valer: se trata, en ambos casos, de remedios judiciales.

El art. 1467 CCit dispone que la parte que debe la prestación devenida excesivamente onerosa puede demandar la resolución del contrato. La demanda¹⁹³ de resolución puede ser introducida en el proceso de dos formas: o

¹⁹³ En el *Codice di Procedura Civile* italiano (CPCit), la demanda no es el acto que introduce el proceso, como en los diversos códigos procesales de las provincias argentinas o de la nación. Los actos introductorios, que deben contener una demanda, son la citación a juicio (para el rito ordinario: art. 163 CPCit) y el recurso (para el rito del trabajo: art. 414 CPCit y para el proceso cautelar: art. 609 bis CPCit). LUISO, Francesco P., *Diritto Processuale Civile*, Tomo 1: Principi Generali, 9º ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 58 explica: “La proposizione della domanda avviene necessariamente, ma non solo, con l’atto introduttivo del processo, che è lo strumento con il quale si mette in moto il meccanismo processuale. L’atto introduttivo del processo (di qualsiasi processo: cognitivo, esecutivo, cautelare) *deve* contenere una domanda giudiziale: altrimenti non è individuato l’oggetto del processo (...). Quindi il primo atto del processo deve necessariamente contenere la domanda; ma, come vedremo, una domanda può essere (ma non è necessario che sia) inserita anche in altri atti del processo (...).” En este sentido, el concepto es similar al de pretensión que da PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 95 cuando explica la diferencia entre demanda y pretensión: “En cambio, si se concibe a esta última como objeto del proceso, adquiere un significado específico

bien en vía principal, o bien en vía reconvenional ante la acción de cumplimiento o resolución por incumplimiento de la parte contraria.¹⁹⁴

En general no se admite que se deduzca como excepción¹⁹⁵, aunque en algunos casos la jurisprudencia lo ha aceptado, al solo efecto de paralizar la acción y no para producir el efecto resolutorio.¹⁹⁶ En caso de que la demanda de

que la distingue de la acción y de la demanda. (...) Sólo falta entonces destacar que tampoco puede ser identificada con la demanda, en tanto ésta no sólo no constituye el objeto del proceso, sino que es sólo un medio de promoverlo o, en otras palabras, un mero acto de iniciación procesal.”

¹⁹⁴ RICCIO, *Dell' Eccessiva...*, cit., p. 374. PANUCCIO DATTOLA, Francesca, *L'Offerta di Riduzione ad Equità*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 82, 83 explica las diferencias que trae, en el plano procesal, considerar la oferta de reducción a equidad como una excepción, una contrademanda o una demanda reconvenional: “La differenza fra questi istituti non è meramente teorica; infatti chi configura l'offerta come una vera e propria eccezione in senso sostanziale, ne ammette la proponibilità fino al momento di rimessione della causa al collegio, e anche in fase di appello. Analogamente, chi la configura come controdomanda la ritiene ammissibile in qualsiasi momento della lite, anche per la prima volta in appello. Chi invece la ritiene una domanda (se pur *sui generis*) mostra di propendere per l'applicazione di regole sostanziali, sostenendo che sia possibile evitare la risoluzione o la rescissione, fino a che vi sia lite pendente, salvo esigenze inderogabili del processo che vietino, in modo assoluto, la presentazione di nuove conclusioni. È ovvio poi che, se si tratta di domanda riconvenzionale, essa va proposta nella prima difesa (...).”

¹⁹⁵ BARBERINI, Antonella, en CENDON, Paolo (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1913 trae a colación una decisión de la Corte de Casación (Cass. Civ., 26/10/2004, n° 20744) en la que se dijo: “La richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto con prestazioni corrispettive (art. 1467 c.c.) costituisce una vera e propria domanda, e non una eccezione, atteso che, eccettuati i casi di risoluzione di diritto del contratto, la pronuncia della risoluzione ha carattere costitutivo.” Más recientemente, la Corte de Casación (Cass. Civ., Sez 2°, del 7/11/2017, n° 26363) analizó un caso de un contrato preliminar de venta de cuota de una SRL en el que se dedujo la excesiva onerosidad como defensa y dijo: “L'eccessiva onerosità sopravvenuta può sorreggere una domanda di risoluzione ex art. 1467 cc, ma non una eccezione (e quindi, a maggior ragione, nemmeno una mera difesa. (...) La richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto con prestazioni corrispettive (articolo 1467 del c.c.) costituisce, anche quando proviene dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, una vera e propria domanda, e non una eccezione, essendo diretta al conseguimento di una pronuncia que va oltre il semplice rigetto della domanda principale, né -tantomeno- una mera difesa.”

¹⁹⁶ RICCIO, *Dell' Eccessiva...*, cit., p. 376 dice: “Alcune sentenze, aderendo ad una parte della dottrina, hanno statuito che l'eccessiva onerosità sopravvenuta è dal debitore deducibile anche in via di eccezione, al solo scopo di ottenere il rigetto della domanda di adempimento proposta nei suoi confronti, in quanto nell'ampia facoltà di domandare la risoluzione del contratto -alla quale soltanto si riferisce la previsione letterale della legge- deve ritenersi compresa quella più ristretta di eccepire il venir meno o la sospensione dell'obbligo di adempimento e della responsabilità in virtù di quello stesso evento che autorizza a chiedere la risoluzione medesima.”

resolución prospere, el juez dicta una sentencia constitutiva que resuelve el contrato con los alcances del art. 1458 CCit -referido a la resolución por incumplimiento- al que expresamente remite el art. 1467 CCit. La resolución tiene efecto retroactivo¹⁹⁷, salvo en los contratos de duración, en los que la resolución no toca las prestaciones ya cumplidas.

Sin embargo, una vez introducida la demanda de resolución en el proceso, la contraparte tiene el derecho de evitarla y conservar la relación contractual, ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones del contrato.¹⁹⁸ Hay varias cuestiones que se discuten en torno a la naturaleza¹⁹⁹ y al

ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 956 explica que la cuestión de la excesiva onerosidad como excepción está relacionada con determinar si esta da a la parte perjudicada la posibilidad de suspender la ejecución por la sola configuración del supuesto de hecho, es decir, si justifica el incumplimiento. El autor (*Id.*) sostiene: “Sembra preferibile la risposta negativa. Quando la legge ha voluto sancire che l’inadempimento della parte è giustificato da quello di controparte, ha codificato l’eccezione d’inadempimento (art. 1460): non ha invece codificato *nessuna eccezione di onerosità, capace di giustificare stragiudizialmente l’inadempimento della parte onerata*. Questa non è liberata dal suo impegno di adempimento: se vuole liberarsi, ha l’onere di assumere il corrispondente iniziativa liberatoria (la domanda di risoluzione, necessaria per far sapere a controparte che il contratto è in crisi e non avrà futuro, e per consentirle di predisporre un’eventuale offerta di riduzione ad equità).”

¹⁹⁷ GALLO, *Contratto...*, cit., p. 987 agrega que las restituciones que surgen de la resolución en lo que respecta a los frutos, intereses, revaluaciones y mejoras se rigen, en principio, por las disposiciones del pago indebido, con los ajustes necesarios para la materia contractual.

¹⁹⁸ La jurisprudencia ha aclarado que solamente el demandado por resolución tiene el derecho de ofrecer la modificación de las condiciones. RICCIO, *Dell’Eccessiva...*, cit., pp. 241, 242 cita un caso en que la Corte de Casación (Cass., 30/4/1953, n° 1199) dijo “che dal chiaro tenore letterale della norma, la riduzione ad equità è un mezzo che compete solamente alla parte alla quale sia opposta la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, mentre la parte per la quale la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, deve limitarsi a chiedere la risoluzione.”

¹⁹⁹ Sobre la naturaleza procesal o sustancial de la oferta de modificación equitativa, CABELLA PISU, “I rimedi...”, cit., pp. 565, 566 dice: “Si è discusso se l’offerta abbia natura processuale o piuttosto natura sostanziale, anche se necessariamente avanzata nel corso del processo introdotto dalla domanda di risoluzione. Più aderente alla realtà dei rapporti economici sembra questa seconda prospettiva, e in particolare la configurazione della domanda di riduzione ad equità come esercizio di uno *ius variandi*, cioè come dichiarazione unilateralmente di volontà diretta alla modificazione del regolamento contrattuale, contenuta in un atto processuale: la controparte può aderire, ma ciò non è necessario perché in mancanza della sua adesione l’idoneità dell’offerta sarà accertata dal giudice, la cui pronuncia ha carattere costitutivo.” Sin embargo, GABRIELLI, “L’eccessiva...”, cit., p. 419 sostiene que la jurisprudencia de la Corte de Casación ha optado por la tesis de la naturaleza procesal de la oferta de reducción a equidad.

contenido²⁰⁰ de la oferta, pero aquí interesa el alcance de la *reductio ad aequitatem*.

Un asunto que se plantea con respecto a la oferta es determinar qué se entiende por “modificación equitativa”, es decir, cuál es la repercusión que debe tener la oferta con respecto al contrato. Para esto se bosquejan dos posibilidades. Por un lado, que se exija que la oferta restablezca el equilibrio original entre las prestaciones; por el otro, que se modifiquen las condiciones hasta borrar la parte de onerosidad que se considera excesiva.²⁰¹

La tesis que prevalece en jurisprudencia es esta última.²⁰² Basta reconducir el desequilibrio de las prestaciones dentro del álea normal del contrato²⁰³, siempre teniendo en cuenta el equilibrio dado por las partes al

²⁰⁰ En cuanto al contenido de la oferta, TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 190 plantea el problema de la siguiente forma: “Al riguardo l’interrogativo preliminare è quello di stabilire se il convenuto abbia l’onere di formulare un’offerta del tutto specifica ed articolata nei suoi elementi, oppure se sia bastevole una generica dichiarazione di disponibilità alla modifica delle condizioni contrattuali, lasciando alla discrezionalità del giudice la puntuale determinazione dell’offerta.” Luego de un análisis de la jurisprudencia, el autor llega a la conclusión de que prevalece la posición que permite la oferta genérica, en función de la conservación de la relación contractual.

²⁰¹ RICCIO, *Dell' Eccessiva...*, cit., p. 274. En este último caso, la solución puede variar según se considere que borrar lo excesivo de la onerosidad equivalga o no a reconducir el contrato al límite de álea normal del contrato. Todo depende de si se toman estos requisitos como autónomos o se los considera uno solo.

²⁰² TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 195 cita una decisión de la Corte de Casación (Cass., 11/1/1992, n° 247) y dice: “Secondo la prevalente opinione l’offerta può ritenersi idonea allo scopo allorquando riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione (*rectius*: esecuzione), la parte onerata non avrebbe avuto diritto a domandare la risoluzione’.” A la misma conclusión llega RICCIO, *Dell' Eccessiva...*, cit., p. 280. Sin embargo, para una conclusión diferente sobre cuál es la posición mayoritaria de la jurisprudencia se puede consultar PLENTEDA, Raffaele; RIGHETTI, Valentina, en VIOLA, Luigi (a cura di), *Inadempimento delle Obbligazioni*, Cedam, Padova, 2010, p. 433 que expresan, también con apoyo en una sentencia de la Corte de Casación (Cass. civ., 9/10/1989, n° 4023) lo siguiente: “Secondo l’orientamento assolutamente maggioritario, la proposta di modificazione delle condizioni contrattuali deve essere tale da assicurare l’oggettiva eliminazione dello squilibrio economico.”

²⁰³ TURNATURI, Egidio, “Sacrificio economico del debitore e risoluzione per eccessiva onerosità”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXVII, n° 1, Giuffrè, Milano, 1973, p. 162 dice: “È sufficiente infatti che sia rimosso quanto eccede l’alea normale del rapporto, ciò che in effetti costituisce eccessiva onerosità.”

momento de la conclusión y no un equilibrio ideal.²⁰⁴ El razonamiento que se da para llegar a esta conclusión es que, si el cambio de valor en la prestación no hubiera cruzado el umbral del álea normal del contrato, la parte no habría podido pedir la resolución.²⁰⁵

En síntesis, en los contratos con prestaciones recíprocas, el sistema da a la parte perjudicada solamente acción para que pida la resolución del contrato. No obstante, en función de la conservación del contrato, se da un derecho potestativo a la contraparte para que impida el operar de la resolución. En caso de que estime conveniente la continuación de la relación contractual, la parte contra la que se pide la resolución puede ofrecer una modificación equitativa de las condiciones de contrato.

En cambio, para los contratos con obligaciones de una sola de las partes, se prevé directamente la reconducción a equidad. Esta puede darse a través de la reducción de la prestación del deudor o de una modificación en las modalidades de ejecución. La doctrina explica que la diferencia de régimen con respecto a los contratos con prestaciones recíprocas se justifica para evitar un paso que, de otra manera, se daría siempre.²⁰⁶ En efecto, si se aplicaran las reglas del art. 1467

²⁰⁴ BIANCA, *Diritto Civile 5...*, cit., p. 429. GABRIELLI, *Alea e...*, cit., p. 17 dice: “La soluzione, a nostro avviso, più logica vuole che l’offerente si faccia carico di un maggior onere rispetto a quello che avrebbe sopportato al momento della conclusione del contratto. (...) è necessario che l’offerta consista in una prestazione o serie di prestazioni supplementari tali da eliminare la sproporzione al momento in cui la prestazione viene effettuata o la sentenza pronunciata.”

²⁰⁵ TERRANOVA, *L’Eccessiva...*, cit., pp. 195, 196 dice que esta explicación se da desde un punto de vista prevalentemente procesal, ya que “la predetta configurazione prospetta in sostanza che le modifiche debbano semplicemente ‘azzerare’ i presupposti dell’azione, lasciando che la parte onerata ed il beneficiario risentano pur sempre degli effetti della sopravvenienza riconducibili alle normali e perciò prevedibili oscillazioni di mercato.” Sin embargo, el autor no está de acuerdo con esta solución y se muestra partidario de la otra postura, ya que reconducir el contrato a valores del álea normal no significa reconducirlo a términos equitativos.

²⁰⁶ GALLO, *Contratto...*, cit., p. 984, luego de explicar que la doctrina se pregunta la razón de la disparidad de tratamiento, dice: “La ragione viene per lo più ravvisata nell’inutilità di prevedere un doppio passaggio, domanda di riduzione ed offerta ad equità; di qui dunque l’opportunità di consentire fin da subito al debitore di chiedere una riduzione ad equità della sua prestazione.”

CCit, el deudor pediría la resolución, ante lo que el acreedor ofrecería la reconducción a equidad, para así al menos recibir algo.

2. Derecho argentino

El régimen del Código Civil derogado preveía un sistema idéntico a la solución italiana para los contratos con prestaciones recíprocas.²⁰⁷ Sin embargo, a pesar de que el art. 1198 otorgaba a la parte perjudicada solamente acción de resolución²⁰⁸, en doctrina se discutía sobre la posibilidad de que la parte afectada por la excesiva onerosidad de la prestación pidiera directamente la revisión del contrato, llamada acción autónoma de reajuste.²⁰⁹

El art. 1091 CCC se hace eco de la posición doctrinal favorable a la acción autónoma de reajuste y permite que la parte afectada pida la resolución, total o parcial, o la adecuación del contrato. De esta manera, la suerte del contrato queda en manos de la decisión de la parte afectada, ya que, al no haber una jerarquización de estas dos acciones, la elección corresponde discrecionalmente al afectado. No obstante, en doctrina se dice que la contraparte de la perjudicada podría, ante un pedido de resolución, solicitar la adecuación del contrato y viceversa.²¹⁰

²⁰⁷ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 266.

²⁰⁸ Esta postura fue avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. MORELLO, Augusto M., *La Adecuación del Contrato*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994, p. 11 dice: “El Alto Tribunal de la Nación, en la causa “Kamenszein, Víctor J. y otros vs. Fried de Goldring, Malka y otros”, del 21-4-1992 reiterando una jurisprudencia de años anteriores, estableció de modo categórico y como directiva absoluta que el art. 1198 C.C. *no* concede una acción de revisión del contrato para el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente, al prever *únicamente* que la mejora equitativa puede ser ofrecida por la otra parte cuando se hace valer la defensa de la resolución del contrato con invocación de la teoría de la imprevisión.”

²⁰⁹ En favor de la acción autónoma se puede ver: TOBÍAS; DE LORENZO, “Apuntes sobre...”, cit.; MORELLO, *La Adecuación...*, cit.; CASIELLO, Juan José, “La adecuación del contrato”, *La Ley*, cita online AR/DOC/15447/2001; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Sobre una supuesta ‘herejía’ jurídica en torno a la acción por revisión del artículo 1198 (El derecho como religión, como ciencia y como arte)”, *La Ley*, cita online AR/DOC/20632/2001.

²¹⁰ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 273 se pregunta si, ante el pedido de resolución, la otra parte puede neutralizar la demanda y ofrecer la adecuación, a lo que responde: “Es dable dar razones para inclinarse por la solución afirmativa. (...) De este modo, si el perjudicado pide

Esta propuesta doctrinal se recoge en el art. 73 ARP. El segundo párrafo da al demandado por resolución el mismo derecho que tenía en el régimen derogado: si el demandado ofrece una mejora equitativa, puede impedir la resolución del contrato. El tercer párrafo regula el caso especular y da al demandado por adecuación la facultad de pedir la resolución. Como efecto, la suerte del contrato vuelve a depender de la voluntad de la parte no afectada por la onerosidad.²¹¹

A diferencia del derecho italiano, el art. 1091 CCC da la posibilidad de plantear la resolución o la adecuación de manera judicial o extrajudicial. Si se elige la vía extrajudicial, hay que distinguir entre adecuación y resolución. La adecuación extrajudicial solamente se puede obtener si se cuenta con el acuerdo de todas las partes. No existe un efecto de adecuación que surja de la sola petición extrajudicial de la parte afectada.²¹²

judicialmente la adecuación y su contraparte se opone, ello no impedirá que, en definitiva, el juez ordene la resolución si cabe reputar que la situación creada por el contrato en crisis torna inviable dicha adecuación. Asimismo, si el perjudicado opta por pedir la resolución, el silencio legal no impide reconocer la facultad de la contraparte del afectado, cuando la resolución pueda ser evitada, de solicitar la adecuación del contrato.”

²¹¹ El segundo párrafo del art. 73 ARP no deja lugar a dudas de que la suerte del contrato depende del demandado, porque, asumiendo cumplidos los requisitos de aplicación, si el demandado no ofrece la adecuación, el contrato se resuelve; si ofrece la mejora equitativa, el vínculo contractual permanece. La clave está en el uso del verbo “impedir”. Ante una demanda de resolución y contrademanda de adecuación -considerada equitativa-, el juez no tiene discrecionalidad para hacer lugar a la resolución. El tercer párrafo parece llevar a la misma solución, aunque los términos no sean tan tajantes, puesto que no dice que el demandado por adecuación puede impedirla, sino que puede pedir la resolución. Hay dos maneras posibles de interpretar el texto. Por una parte, una interpretación simétrica con la del párrafo segundo deja la cuestión en manos del demandado -no afectado por la onerosidad- y, ante la contrademanda de resolución, vincula al juez en ese sentido. Por otra parte, podría darse discrecionalidad al juez para decidir adecuación o resolución, según lo considere más conveniente; en tal caso, la suerte del contrato queda en manos del juez. La primera solución parece ser la que adoptan los redactores del Anteproyecto de Reformas Parciales, ya que en el comentario del texto dicen: “Se legitima al demandado por adecuación (reajuste) contractual a pedir la resolución del contrato. Ello por cuanto es posible que en el marco de una crisis económica de importancia su capacidad de pago no haya evolucionado de modo tal que le permita afrontar un reajuste, inclusive siendo este equitativo.”

²¹² APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., pp. 276, 277 es bastante crítico de la posibilidad de plantear extrajudicialmente la adecuación; en referencia al texto legal dice: “Si lo que se ha querido es plegarse a la corriente que tiende a promover la renegociación entre las partes, es

En cambio, cuando se trata de la resolución, el efecto resolutorio es posible con la sola comunicación, ya que su funcionamiento está previsto en las reglas generales del art. 1078 CCC (inc. a y b).²¹³ La comunicación, según el art. 1078 inc. f, produce la extinción del contrato de pleno derecho. Obviamente el resultado está supeditado a que efectivamente se haya configurado una situación de excesiva onerosidad. En la gran mayoría de los casos esto se discutirá en sede judicial, salvo que la parte que recibe la comunicación no cuestione los presupuestos del efecto resolutorio.

Por ejemplo, en un contrato de venta entre A y B, la prestación de A - transferir la propiedad de la cosa- aumenta excesivamente de valor y A declara extrajudicialmente la resolución, sin ejecutar su prestación. Ante esto, si B considera que no están dadas las condiciones de aplicación del art. 1091 CCC,

evidente que el resultado no se logra con esta anodina enunciación. Es claro que ella se limita a consignar una obviedad: cualquiera de las partes ante la eventualidad de un conflicto derivado de un contrato, puede plantear extrajudicialmente sus pretensiones a la otra, para intentar un arreglo sin necesidad de una norma que lo autorice.” El verdadero problema con el pedido extrajudicial de adecuación es que, al no estar contemplado en la sec. 3 cap. 9 del título de los contratos en general, no autoriza a la parte a suspender el cumplimiento de la prestación, por lo que, llegado el plazo de cumplimiento sin acuerdo, la parte debería cumplir o accionar judicialmente -siempre que la excesiva onerosidad persistiera. No obstante, en el caso “Salum, Jorge A. c. Tristán de Luciano, Olga N.”, del 22/5/1979, sobre un contrato de compraventa en el que faltaba de pagarse una parte del precio cuando sobrevino una fuerte devaluación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: “Al no haber plazo cierto para escriturar, puede afirmarse que la negativa a cumplir de la vendedora si el comprador no se avenía a un reajuste del precio resultó legítima y acorde con la facultad que le confería a ese respecto el art. 1198 del Código Civil, sin que, en consecuencia, pueda atribuirse virtualidad moratoria al telegrama cursado con posterioridad por la actora, pues mediaba el ejercicio regular y previo de una prerrogativa jurídica que obstaba al estado de mora de la demandada.”

²¹³ HERNÁNDEZ, “Comentario...”, cit., p. 172 dice que las disposiciones generales se redactaron teniendo en cuenta la resolución por incumplimiento. Probablemente por eso, algunos incisos (c, e, f -en la parte que se refiere al cumplimiento-, g) no resultan comprensibles si se piensa en el caso de excesiva onerosidad. Por ejemplo, el art. 1078 inc. e prevé que la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento. Aplicado esto a un caso de excesiva onerosidad, significa que el afectado -cuya prestación aumenta excesivamente de valor- puede pedir la resolución o el cumplimiento, algo que claramente no tiene mucho sentido. Por lo tanto, las disposiciones que no sean compatibles con la *fattispecie* de la excesiva onerosidad, no se pueden aplicar en esos casos. Esto no implica que las disposiciones compatibles, por más criticables que puedan ser, tampoco deban aplicarse, como es el caso de la posibilidad de resolver el contrato por excesiva onerosidad con una simple comunicación.

puede directamente²¹⁴ demandar el cumplimiento.²¹⁵ En el juicio, A se defiende argumentando la resolución extrajudicial cumplida y, a esta altura, surge el debate sobre la corrección o no de la disolución del contrato.²¹⁶

Volviendo a las posibilidades que da el art. 1091 CCC, en caso de que se prefiera optar directamente por la vía judicial, se permite expresamente que la adecuación o la resolución sean introducidas en el proceso como acción o como excepción. Esta última posibilidad es justamente criticada por ser impropia desde el punto de vista procesal.²¹⁷ Tanto la adecuación como la resolución constituyen pretensiones, por lo que la parte debe introducir las en el proceso a través de una reconvención y no una simple excepción.

Para el caso de que se pida la resolución -judicial o extrajudicialmente-, el art. 1079 CCC dispone el efecto retroactivo entre las partes, pero aclara que este no afecta los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe. El art. 1081 CCC, referido a los contratos bilaterales, prevé que las prestaciones cumplidas quedan firmes en cuanto resulten equivalentes. La doctrina precisa que, en los contratos de duración, las prestaciones recíprocas ya cumplidas no

²¹⁴ La ley no hace pesar sobre B ninguna carga de impugnar judicialmente la declaración de resolución extrajudicial por excesiva onerosidad enviada por A.

²¹⁵ B podría también contestar extrajudicialmente la resolución y, a su vez, intimar el cumplimiento bajo apercibimiento de resolución o valerse de una eventual cláusula resolutoria expresa. Luego promueve demanda y, en sede judicial, hay que determinar cuál de las declaraciones extrajudiciales produjo la disolución contractual. Si bien en ambos casos se produce la resolución del contrato, la posibilidad de reclamar daños y perjuicios se da únicamente en la resolución por incumplimiento.

²¹⁶ Otras variables que pueden influir en la actitud de las partes pueden ser las siguientes: a) el eventual cumplimiento de alguna prestación, b) si se trata de onerosidad por aumento o por disminución de valor.

²¹⁷ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 275 explica: “Cabe concluir que cuando la ley autoriza al perjudicado a prevalerse de las pretensiones que le confiere, como remedios en las hipótesis de imprevisión, expresando que puede hacerlo por medio de una excepción, utiliza el término en sentido amplio aunque impropio; tan solo quiere significar que puede deducir tales pretensiones como un medio de defensa si se le exige el cumplimiento de la prestación que se ha transformado en excesivamente onerosa. Empero, desde el punto de vista procesal deberá hacer valer tales remedios por vía de una demanda reconvencional.”

resultan alcanzadas por el efecto retroactivo²¹⁸, siguiendo en este punto lo dispuesto por el art. 1458 CCit.

Para el caso de que se demande la adecuación, el art. 1091 CCC no contiene ninguna reglamentación. Por lo tanto, las cuestiones debatidas en el derecho italiano probablemente se plantearán también en el derecho argentino. En cuanto al modo de pedir la adecuación, ¿basta una oferta genérica o debe ser específica? En cuanto al alcance de la adecuación, ¿basta borrar la excesiva onerosidad? ¿Hay que reestablecer el equilibrio originario? ¿O puede plantearse alguna otra opción?

Sobre la primera cuestión, no hay acuerdo en doctrina. Hay quienes admiten la posibilidad de hacer una oferta genérica o específica.²¹⁹ La diferencia entre una y otra está dada por las facultades que tiene el juez. En caso de oferta genérica, el poder otorgado es amplio, ya que el juez está facultado a intervenir directamente en el contenido contractual; por el contrario, si la oferta es específica, el juez sólo puede valorar si esta es equitativa o no, sin poder de realizar cambios.²²⁰

No obstante, otros sostienen que el pedido de adecuación siempre tiene que ser específico.²²¹ Se dice que la parte afectada que pide la adecuación debe proponer en concreto las modificaciones que pretende obtener en el contenido contractual. Ante esta demanda de adecuación, la contraparte puede oponerse u ofrecer subsidiariamente otros términos de reajuste. De la demanda y

²¹⁸ *Ibid.*, p. 274.

²¹⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 742; TOBÍAS; DE LORENZO, “Apuntes...”, cit., p. 987.

²²⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 742. El autor se refiere al régimen del Código derogado; por eso explica que, en el caso de oferta específica, si el juez no la considera equitativa, debe rechazar esa pretensión y hacer lugar al pedido de resolución.

²²¹ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 275.

contrademanda se forma el *thema decidendum* que marca los límites en los que el juez debe sentenciar, en función del principio de congruencia.²²²

Con respecto a la segunda cuestión, durante la vigencia el Código anterior, la doctrina en general coincidía en que la modificación equitativa solamente tenía que eliminar la parte “excesiva” de la mayor onerosidad de la prestación.²²³ La justificación que se daba era de carácter procesal, en términos similares a lo argumentado por la doctrina italiana. La modificación estaba dada como facultad para impedir la resolución y la resolución se impedía borrando el requisito de la excesiva onerosidad.²²⁴ Si se llevaba el contrato a un grado de onerosidad que no fuera excesivo, la parte perjudicada ya no habría tenido acción de resolución, justamente por la carencia de un requisito legal.

En el caso del derecho argentino vigente, hay que tener en cuenta que -a diferencia del derecho italiano y de la solución del Código derogado- el Código Civil y Comercial no prevé la adecuación como una forma de frenar los efectos de la resolución²²⁵, sino que la concede como acción autónoma. En abstracto, el

²²² *Ibid.*, p. 275 expresa que admitir la oferta genérica de adecuación vulneraría los requisitos que toda pretensión en juicio debe observar.

²²³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 743: “A nosotros nos parece que lo único que le cabe es suprimir la excesiva onerosidad.” LAVALLE COBO, “Comentario...”, cit., pp. 942, 943, con varias citas jurisprudenciales, dice: “El reajuste practicado por los jueces no es una revisión completa de los términos contractuales, que establezca un nuevo equilibrio absoluto, volviendo al momento de su celebración. (...) No hay que procurar la recomposición del equilibrio inicial, sino neutralizar los efectos producidos por el acontecimiento extraordinario e imprevisible.” BUSSO, Eduardo B., “La doctrina de la imprevisión”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 928, criticando la posición de Borda que está a favor de restablecer el equilibrio, dice: “No compartimos este criterio y consideramos con Boffi Boggero que el juez debe limitarse a quitar la proporción que en su magnitud hubiere tornado excesivamente onerosa la prestación.” TOBÍAS; DE LORENZO, “Apuntes...”, cit., p. 991 dicen: “En definitiva, se trata de restituir la economía del negocio dentro de los confines de su álea normal.” A favor de restablecer el equilibrio: MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., p. 378.

²²⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 743 explica: “Si nos pronunciamos a favor de la tesis limitativa, es teniendo en cuenta la función que cumple la contrademanda por modificación. Ella tiende a impedir la resolución, y naturalmente que la misma queda impedida cuando se suprime uno de sus presupuestos como es la excesiva onerosidad.”

²²⁵ Incluso teniendo en cuenta el art. 73 ARP, que da la opción al demandado de impedir la resolución ofreciendo adecuar el contrato -siempre que “mejora equitativa de los efectos” y

término “adecuación” puede significar tanto la reconducción del contrato a un equilibrio original, como la supresión de la excesiva onerosidad. La ley no da una indicación tajante sobre la norma que se debe recabar de la disposición del art. 1091 CCC, aunque el sistema parece inclinarse por la segunda opción.

En la interpretación del art. 1091 CCC, el juicio de valor para tener en cuenta concierne la distribución del riesgo contractual. Si se opta por definir la adecuación como la recuperación del equilibrio contractual originario, entonces el riesgo se descarga totalmente sobre la parte no afectada por el cambio de circunstancias. Por el contrario, interpretando la adecuación como una forma de borrar los efectos de la excesiva onerosidad, ambas partes lo soportan.

La primera opción implica que la parte cuya prestación devino excesivamente onerosa por el cambio extraordinario de circunstancias no sufre ningún perjuicio, ya que se vuelve al equilibrio original. Pero esto no significa que no haya una parte perjudicada, porque la otra parte deberá tomar a su cargo no sólo la excesiva onerosidad, sino también cualquier variación del grado de onerosidad de la prestación de la otra parte.

Sin embargo, esta solución no tiene en cuenta que el art. 1091 CCC, en la parte referida al riesgo asumido, pone a cargo de la parte afectada las variaciones previsibles de valor de las prestaciones. Aquí sirve el argumento que la doctrina daba durante la vigencia del Código derogado. Según el art. 1091 CCC, la parte afectada no podría accionar por adecuación si la consecuencia del cambio de circunstancias fuera una variación previsible del valor de la prestación. Por lo tanto, en caso de excesiva onerosidad, la acción otorgada no debería poner a la parte en una situación mejor a la que se encontraría si la onerosidad hubiera sido alta, pero no excesiva.²²⁶

“adecuación” se consideren sinónimos-, la adecuación sigue siendo una acción autónoma para la parte afectada.

²²⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 745, luego de poner un ejemplo en el que hay una parte cuya prestación se torna excesivamente onerosa y otra parte cuya prestación se torna onerosa, pero sin el carácter excesivo, manifiesta: “Sería realmente extraño que un juez pudiera

Por ende, para adecuar el contrato y evitar que el perjudicado soporte por entero el riesgo de la excesiva onerosidad hay que reconducir la onerosidad dentro de lo que no se considera excesivo.²²⁷ La contraparte toma a su cargo solamente lo excesivo de la mayor onerosidad de la prestación, mientras que la parte afectada soporta las variaciones normales de valor.²²⁸

No obstante, si se analiza bien la cuestión, borrar lo excesivo de la mayor onerosidad de la prestación quiere decir que la contraparte de la afectada toma a su cargo el entero riesgo de excesiva onerosidad. En esta materia hay dos tipos de riesgos. De un lado, está el riesgo de lo que exceda la normal variación de valor, que para la doctrina tiene que ser soportado por la contraparte del perjudicado; del otro, el riesgo de la variación normal, que está a cargo del afectado.

Sin embargo, parece más razonable plantear que el pedido de adecuación haga pesar el riesgo de excesiva onerosidad en partes iguales sobre ambos contratantes, para no cargar en una sola de las partes las consecuencias de lo que no se puede prever o evitar. En realidad, este riesgo es el que habilita la adecuación por excesiva onerosidad, por lo que bien podría preferirse en una suerte de “esfuerzo compartido” de esa excesiva onerosidad.²²⁹

decir: he aquí dos perjudicados, al que lo ha sido más, lo libero de todo incremento; al que lo ha sido menos, lo dejo en su situación. Sería la hora en que, frente a un acontecimiento extraordinario e imprevisible, el perjudicado rogara porque su perjuicio asumiera la máxima intensidad: ¡oh caso imprevisible, no te detengas, no hieras simplemente, mata!”

²²⁷ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 274 dice: “La revisión solo tiene por objeto eliminar ese exceso de onerosidad, sin que deba asegurarle al deudor toda la utilidad que pensaba obtener de la prestación en la situación de hecho originaria.”

²²⁸ Por supuesto que estos conceptos son fáciles de determinar en abstracto, pero en la aplicación a casos concretos la frontera entre el cambio normal y el cambio excesivo de valor no está delimitada con precisión.

²²⁹ El principio del esfuerzo compartido se usó en la crisis económica argentina de 2001 y fue previsto en el art. 11 de la ley 25.561, penúltimo párrafo, cuya parte pertinente dice: “El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del art. 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido.” También el art. 8 del decreto 214/02 fue relevante porque, luego de pesificar deudas en moneda extranjera externas al sistema financiero a razón de 1 dólar por 1 peso más CER, introdujo una acción autónoma de reajuste para el caso de que el valor de la

Se puede pensar en un caso de devaluación extrema que afecta una prestación dineraria de 10.000 dólares, que se torna excesivamente onerosa (sin afectar el valor de la contraprestación). En el momento de conclusión del contrato, 1 dólar es igual a 50 pesos, por lo que el valor de la prestación es de 500.000 pesos. El riesgo previsible de aumento de valor del dólar respecto al peso en ese momento con respecto al plazo de cumplimiento es del 25%, pero la devaluación posterior lo lleva al 100%.

En este caso, borrar la onerosidad implica que la contraparte de la perjudicada soporta la diferencia de cambio que excede el 25%. Si al momento de cumplimiento, la prestación dineraria tiene un valor de 1.000.000 de pesos y la variación previsible era que llegara hasta 625.000 pesos, adecuar el contrato borrando la onerosidad implica que el deudor paga solamente el equivalente a 625.000 pesos. De esta manera, la diferencia de 375.000 pesos es absorbida por el acreedor, ya que el valor de lo que debería recibir es 1.000.000 de pesos.

prestación fuera mayor o menor al momento del pago. Sobre esta acción y el modo del reajuste ver PITA, Enrique Máximo, “Pautas para la adecuación contractual en el régimen de emergencia económica”, La Ley, cita online AR/DOC/18341/2001. Una aplicación concreta del principio del esfuerzo compartido a un caso de excesiva onerosidad de la prestación se puede ver en la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, del 22/8/2005, “San Blas de la Tablada S.A. c/ Agroquímica Alberdi SRL”, en La Ley NOA, Noviembre 2006, p. 1230, en que dijo: “Atento que el dólar estadounidense se encuentra considerablemente más elevado que a la época de las contrataciones efectuadas entre las partes, cabe distribuir en partes iguales el perjuicio que provocó la distorsión del tipo de cambio y calcular el saldo adeudado convirtiendo la deuda a razón de un peso más el 50% de la brecha existente entre la moneda nacional y la extranjera, por aplicación de la doctrina establecida por el art. 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido.” Un análisis de la jurisprudencia relativa al esfuerzo compartido en la crisis de 2001 se puede ver en SANTARELLI, Fulvio G., “El esfuerzo compartido. La solución de la jurisprudencia a la pesificación de las relaciones contractuales entre particulares”, La Ley, cita online AR/DOC/10725/2003. El autor (*Ibid.*, p. 3) señala que el principio del esfuerzo compartido se utilizó en jurisprudencia para intentar restablecer el equilibrio originalmente establecido por las partes. En los términos que se usan en el texto, eso significa distribuir no sólo el riesgo de excesiva onerosidad, sino también el riesgo de un mero aumento de valor de la prestación. Para una crítica del modo en que la jurisprudencia aplicó el principio del esfuerzo compartido ver ANECHÁVAL, Hugo Alberto, “La no tan justa cuestión del `esfuerzo compartido’: equidad judicial vs. realismo económico”, La Ley, cita online AR/DOC/11378/2003.

Evidentemente, esta no puede ser la solución legal, ya que el único efecto que tendría sería cambiar un perjudicado por otro.

La adecuación tiene que permitir al afectado no soportar en soledad el cambio excesivo de valor de las prestaciones, pero no puede liberarlo completamente a costa del otro contratante. Si no, el cocontratante estaría actuando como un asegurador del riesgo de excesiva onerosidad y más convendría ser parte afectada que no afectada por la onerosidad. El mecanismo de la imprevisión hace que el riesgo contractual se divida entre las partes, pero quien mayormente debe soportarlo es la parte que ha sido afectada por el cambio de circunstancias.²³⁰

La incorporación del art. 1091 CCC permite suponer que, ante un evento fortuito, ninguna de las partes debe soportar en su totalidad el cambio de valor de las prestaciones que resulte excesivo. Si la ley pretendiera cargar el riesgo solamente en una de las partes, sería lógico hacerlo en la parte que de hecho sufre el perjuicio -nunca en la contraparte-, con lo que bastaría la regla del art. 959 CCC.²³¹

²³⁰ RIVERA; CROVI; DI CHIAZZA, *Contratos*, cit., p. 536 explican, con respecto a la adecuación, que “de lo que se trata es de expurgar el contrato de su flagrante injusticia, revisando sus condiciones de modo que el deudor pueda cumplir sin incurrir en un sacrificio extremo, pero no de equilibrar absolutamente las prestaciones. Ni mucho menos se trata de trasladar la pérdida de uno al otro.” Sumando el riesgo de hechos previsibles y el riesgo de onerosidad excesiva, es la parte afectada por el cambio de circunstancias la que debe hacer un esfuerzo mayor porque carga con el 100% del primer tipo de riesgo y no menos del 50% del segundo.

²³¹ Desde el punto de vista del análisis económico del derecho se propone que el riesgo se ponga a cargo de la parte que se encuentra en mejores condiciones para soportarlo. COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Law & Economics*, 5º ed., Pearson, United States of America, 2008, pp. 288, 289, en referencia a la imposibilidad física y económica -esta última es asimilable *grosso modo* a la excesiva onerosidad-, dicen: “The impossibility doctrine concerns contingencies that make performance impossible. These contingencies represent a risk, much like the risk of pneumonia or an automobile accident. Economics has a theory of efficient risk-bearing. Efficiency requires allocating risk to people who can bear it at least cost. If the impossibility doctrine in contract law were efficient, it would *assign liability to the party who can bear the risk that performance becomes impossible at least cost.* (...). Interpreting the impossibility doctrine to assign liability to the lowest-cost risk-bearer minimizes the cost of remote risks. Minimizing the cost of remote risks maximizes the surplus from the contract, which the parties can divide between them. Both parties stand to gain from the economic interpretation of the impossibility doctrine. We presume

Sin embargo, la ley considera que esa solución no es conveniente y por eso permite el juego de la imprevisión. Por lo tanto, es razonable pensar que el art. 1091 CCC no introduce una regla igual a la del art. 959 CCC, pero de sentido inverso, sino que pretende una distribución equitativa²³² de la parte de onerosidad que se considera excesiva.²³³

that, if the parties had explicitly allocated the risk, they would have assigned it to the party who can bear it at least cost. Thus, the economic principle can be defended as a rational reconstruction of the will of the parties. Moreover, the economic principle, if applied as a default rule, helps future parties to lower their costs of forming contracts or alerts them to assign liability differently from the default rule if they so prefer.” En una formulación parecida, pero con criterio *ex post* y teniendo en cuenta solamente el mayor o menor patrimonio, se puede ver el considerando 8 del voto del juez Zaffaroni, en el caso “Bustos, Alberto Roque c/ P.E.N. y otros s/amparo”, decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 26/10/2004, referido a la crisis económica argentina de 2001. En dicho considerando se dice: “Que atendiendo a las anteriores consideraciones se impone un tratamiento diferenciado de los depositantes de cuantías mayores y menores. Así, en primer lugar, cabe tener en cuenta que si los perjuicios del estado de necesidad deben repartirse entre todos, justo es que la mayor carga la soporten quienes tienen mayor capacidad para soportarla y, por ende, también mayor capacidad de recuperación frente a la lesión sufrida.”

²³² En el derecho italiano, CALISAI, Fabrizio, *Rischio Contrattuale e Allocazione tra i Contraenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 79, contraponiendo responsabilidad y riesgo, explica: “Dal momento che non sussistono profili di responsabilità ascrivibili ai contraenti, le conseguenze dei profili di rischio devono essere, almeno in teoria, equamente bilanciati.”

²³³ Esta solución es la que explícitamente ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Astilleros Príncipe y Menghi SA c/ Banco Nacional de Desarrollo”, del 10/6/1992 (cita online La Ley AR/JUR/517/1992), cuando se dijo: “(...) la naturaleza misma de la `teoría de la imprevisión` impide que, so pretexto de amparar a una parte perjudicada, se proyecte sobre la otra los efectos gravosos del factum, originando así una situación análoga a la que se pretende dar remedio y creando un nuevo perjudicado en sustitución del primero, con el agravante de que su perjuicio ni siquiera encontraría causa en los `acontecimientos` mentados por el precepto legal sino sólo en el arbitrio de quien decidiera la indebida traslación.”

SEGUNDA PARTE. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA ONEROSIDAD Y LA LEGITIMACIÓN

Después de haber pasado revista al funcionamiento general del instituto de la imprevisión en Argentina y en Italia, es momento de profundizar dos temas específicos del régimen argentino. Se trata del concepto de onerosidad de la prestación y la legitimación activa de la parte que ya ha ejecutado su prestación.

Entre ambas cuestiones hay un vínculo lógico de dependencia, porque el concepto de onerosidad que se use repercute en las posibilidades que tiene una parte que ya ha cumplido su prestación para valerse de las acciones por imprevisión. Consecuentemente, esta parte se divide en dos capítulos, uno por cada tema.

En el capítulo 4 se indaga en detalle el concepto de onerosidad de la prestación. Se hace un repaso de los significados más comunes en los que se ha entendido la expresión tanto en Italia como en Argentina, con algunas críticas en relación con la posibilidad de ser aplicados en el sistema argentino si se tiene en cuenta el resto del texto del art. 1091 CCC. Por último, se propone una definición de onerosidad que tiene en cuenta las preocupaciones prácticas de doctrina y jurisprudencia, y que se adecua al texto legal en su conjunto.

El capítulo 5 trata sobre la legitimación activa de la parte que ha cumplido su prestación a través de dos puntos. En primer lugar, se analiza el tema de la prestación sobre la que se tiene que producir la mayor onerosidad a través de la comparación de dos teorías sobre la onerosidad. En segundo lugar, se examina la formulación lingüística que se usa para otorgar la legitimación activa por medio de las diferencias con el derecho italiano y se profundiza el alcance del concepto de parte afectada.

CAPÍTULO 4. EL CONCEPTO DE ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

En este capítulo se hace una reconstrucción y una propuesta de definición del concepto de onerosidad de la prestación. Para eso, en primer lugar, se da una caracterización general del significado de lo oneroso como concepto relativo al costo o valor monetario. En segundo lugar, se repasan críticamente dos formas en las que se suele conceptualizar la onerosidad de la prestación. Estas son la tesis de la alteración del equilibrio contractual, que compara las prestaciones de las partes, y la postura de la onerosidad como aumento de la prestación en sí.

En tercer lugar, se desarrolla la propuesta de definición de onerosidad, teniendo en cuenta el cambio de visión sistemática que introduce el nuevo Código Civil y Comercial en comparación con el Código Civil derogado con respecto a la onerosidad de la prestación. Por último, se delimita la noción de onerosidad a través de las diferencias que presenta con la dificultad y la imposibilidad de cumplimiento.

1. Encuadre general

Uno de los requisitos para que se pueda pedir la resolución o adecuación del contrato previstas por el art. 1091 CCC es que la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa. Sin embargo, la ley no define en qué casos una prestación debe considerarse excesivamente onerosa, por lo que la adscripción de significado a dicha expresión es una tarea que se deja al intérprete.

En el Código Civil y Comercial hay dos artículos que utilizan el sintagma “excesivamente onerosa/o”: el art. 1091, referido a la imprevisión, y el art. 1740, relativo a la reparación plena en el ámbito de la responsabilidad civil. Este último artículo dice que “la víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea total o parcialmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.”

Otros artículos usan el adjetivo “oneroso/a”, a veces en soledad, otras veces acompañado de algún adverbio. Por ejemplo, el art. 902 CCC -sobre imputación legal del pago- establece que, a falta de imputación hecha por el acreedor o el deudor, el pago se imputa a la obligación de plazo vencido más onerosa para el deudor; si son igualmente onerosas, a prorrata. El art. 1575 CCC, referido a la fianza, dice que la prestación a cargo del fiador no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa que la obligación afianzada. Por último, el art. 2353 CCC, en alusión a las facultades del administrador de la sucesión, dispone que este puede enajenar por sí solo las cosas muebles cuya conservación sea manifiestamente onerosa.

A su vez, el art. 781 CCC, relativo a la obligación alternativa, regular usa el sustantivo “onerosidad”. El artículo dice que, en caso de imposibilidad de una de las prestaciones por causa imputable al acreedor, el deudor puede cumplir la prestación que todavía es posible y reclamar los daños y perjuicios emergentes de la mayor onerosidad causada por el pago realizado.

A priori se podría pensar que el legislador usa la palabra “oneroso” siempre con el significado que le da el uso común. El diccionario menciona como sinónimos de “oneroso” los adjetivos “pesado, molesto o gravoso”. De las tres palabras, la que mayor uso tiene en ámbito jurídico es “gravoso”, que el diccionario define como “que ocasiona gasto o menoscabo”.²³⁴

En este sentido, en el ámbito de las relaciones patrimoniales, la onerosidad está relacionada con el costo o con el valor de algo. Por ejemplo, en el art. 902 CCC, la obligación más onerosa es aquella de mayor valor. En el caso de la fianza, el fiador no puede obligarse de manera que el costo del cumplimiento sea mayor al costo que tendría el deudor principal.²³⁵

²³⁴ Las definiciones se toman del Diccionario de la Real Academia Española.

²³⁵ BORDA, Alejandro, en LORENZETTI, *Código...*, cit., Tomo 7, p. 753, al comentar el art. 1575 CCC, dice que “no sólo se deja de lado la posibilidad de que el fiador pueda obligarse por una suma superior a la deuda principal, sino también que se lo intente obligar en condiciones más gravosas que ese deudor.”

En el caso del art. 1091 CCC, lo que se califica de excesivamente oneroso es la prestación. Según el significado común de “oneroso”, la prestación, en función de su naturaleza y contenido²³⁶, tiene que sufrir alguna modificación en el costo o en el valor. Sin embargo, la ley no indica la forma en la que esa variación de costo o valor²³⁷ se debe medir, pero normalmente se plantean dos modalidades: tomar la prestación en sí misma o confrontarla con la contraprestación.²³⁸

2. La onerosidad con relación a la contraprestación

La forma más extendida de conceptualizar la onerosidad en el derecho argentino coincide con la definición de onerosidad que comúnmente se usa en el derecho italiano para los contratos con prestaciones recíprocas. No se define la

²³⁶ GAMBINO, Agostino, “Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell’alea normale del contratto”, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Anno LVIII, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Como, 1960, pp. 423, 424 explica la distinción entre el cambio de valor y de costo de la siguiente forma: “Ciò che per effetto del volgere del tempo muta nel rapporto obbligatorio è il *valore* della prestazione o, in altre parole, la misura convenzionale attraverso la quale è possibile porre in relazione obiettiva di valore le prestazioni del rapporto contrattuale. Allorché poi nel contenuto della prestazione, per natura del contratto o per clausola convenzionale, è compreso anche lo spiegamento di un’attività produttiva determinata nella sua entità per il riferimento ad un *opus* costituente l’oggetto essenziale del rapporto obbligatorio, può mutare l’entità delle energie necessarie alla produzione del risultato finale (*costo di produzione del risultato*), anche ove non debba variare il valore (di mercato) dell’*opus*.” En la misma línea de Gambino, CAGNASSO, *Appalto...*, cit., p. 154 dice que, en casos de onerosidad, para saber si hay que referirse al costo o al valor se debe tener en cuenta la naturaleza de la prestación. El autor pone este ejemplo: “Così, con riferimento all’appalto, sembrerebbe assumere rilevanza solo l’aumento nei costi di produzione e non l’aumento di valore dell’*opus*, tenuto conto della natura della prestazione dell’appaltatore e della natura del contratto (scambio non di un bene contro un prezzo, ma di un’attività produttiva contro un corrispettivo). Dubbi ulteriori possono sorgere nel caso di prestazioni che consistano in un *dare* combinato ad un *facere*, ad esempio nella vendita di una cosa futura da produrre: in tale ipotesi assumono rilevanza solo le variazioni del valore della cosa o anche quelle nei costi di produzione?”.

²³⁷ En adelante, para evitar repeticiones, cuando se haga referencia al valor, también se incluye la hipótesis del costo.

²³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, “La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 2002-1: *Emergencia y Pesificación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 173 dice: “El hecho referido debe provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida. La cuestión es si sólo debe tomarse en cuenta una afectación de la deuda desde la perspectiva del deudor o es necesario un desequilibrio en la relación de equivalencia.”

onerosidad -solamente- teniendo en cuenta la variación de valor de la prestación en sí, sino que se utiliza también un elemento de comparación.

Con el fin de garantizar la objetividad del juicio respecto de la onerosidad, este elemento se busca dentro de la relación contractual y está dado por la contraprestación.²³⁹ De esta manera, para esta postura, la onerosidad es un concepto que pone en relación las prestaciones de las partes para ver si el equilibrio del contrato se ha modificado excesivamente a causa de hechos sobrevenidos.

Para comparar prestaciones hay que tener en cuenta que cada prestación en sí considerada es igual a sí misma antes y después del hecho que desencadena la onerosidad.²⁴⁰ Por ejemplo, si la prestación consiste en transferir la propiedad del inmueble X, esta seguirá siendo la misma a pesar de la alteración de circunstancias.²⁴¹ Por lo tanto, para determinar si ha habido algún cambio, se recurre al valor de las prestaciones. Lo mismo pasa en caso de que la onerosidad se defina en función de la sola prestación afectada.

A los fines de poder comparar el valor en dos tiempos diferentes es necesario valerse de un *tertium comparationis* que mida el valor -en el sentido

²³⁹ PINO, *L'Eccessiva...*, cit. p. 32 dice que el término de parangón tiene que buscarse dentro de la relación y que lo único que puede garantizar un criterio objetivo para medir la onerosidad es tomar la contraprestación como medio de comparación.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 34, que defiende la tesis de la onerosidad como alteración de la relación de valor entre prestación y contraprestación, explica que de la comparación de la prestación con sí misma no se puede evidenciar ningún mutamento de valor porque una prestación siempre es igual a sí misma, por lo que es necesario valerse de un término de comparación. El autor dice que “ogni entità è sempre uguale a se stessa, ed il valore è una relazione che sussiste tra più entità. Potrebbe, però, rilevarsi che, nel porre la prestazione in raffronto con se stessa, si intende svolgere un confronto tra il valore della prestazione originaria e quello della prestazione da eseguirsi. Ma, quando si osserva un mutamento di valore di una prestazione, si compie un giudizio comparativo tra tre elementi, due dei quali costituiscono i termini del paragone mentre il terzo, che deve essere costituito da una costante, rappresenta il comune denominatore dei due termini.”

²⁴¹ Si el cambio de circunstancias hace que la prestación sea algo distinto, como puede pasar, por ejemplo, en una obligación de hacer, la situación podría ser de imposibilidad. Sobre las diferencias entre onerosidad e imposibilidad de la prestación se remite al punto 4 de este capítulo.

de poder adquisitivo²⁴²- o el costo de la prestación. Para establecer un medio de comparación, se pueden considerar dos datos legales. Por un lado, el art. 957 CCC expresa que el contrato es un instituto referido a relaciones jurídicas patrimoniales; por el otro, el art. 725 CCC dice que la prestación debe ser susceptible de apreciación económica.

Con estas dos disposiciones en mira, resulta lógico que se privilegie el dinero²⁴³, unidad de medida del valor de las cosas²⁴⁴, como el parámetro para medir el cambio de valor de la prestación, excepto que haya disposición convencional en contrario²⁴⁵ o que se trate de una deuda en moneda legal. En este último caso, se toma el poder adquisitivo del dinero²⁴⁶, medido a través de

²⁴² GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 425 sostiene explícitamente la postura del poder adquisitivo de la prestación como unidad de medida del valor. Al respecto dice: “In tale prospettiva, le norme sull’eccessiva onerosità postulano, a mio avviso, il riconoscimento che l’unità di misura del valore della prestazione è costituita dal potere d’acquisto della prestazione stessa.” Esto permite que, cuando una de las prestaciones es dineraria, se pueda medir su valor, no obviamente por medio del dinero, sino de su poder adquisitivo. En cambio, si las prestaciones no son dinerarias, el valor como poder adquisitivo se mide a través de la moneda.

²⁴³ En general se afirma que la onerosidad se debe entender siempre en sentido patrimonial e incluso netamente monetario. Ver, por ejemplo, FRANCESCHELLI, Remo, “La svalutazione monetaria come causa di risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità”, Temi Rivista di Giurisprudenza Italiana, Anno XXV, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 136, 137, quien, en referencia al art 1467 CCit, dice: “(...) il concetto di *onerosità*, che in tale articolo è presupposto, è da costruire in senso nettamente patrimoniale (art. 1174), e addirittura, dirò, monetario.” Coinciden con esta opinión GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 423 y PINO, *L’Eccessiva...*, cit. p. 35, a pesar de que sus visiones sobre cómo definir la onerosidad sean distintas, ya que el primero tiene en cuenta la prestación en sí, mientras que el segundo se refiere a la relación entre las prestaciones.

²⁴⁴ GUASTAVINO, Elías P., “El Derecho Civil ante la inflación”, La Ley, cita online AR/DOC/2095/2004, p. 2.

²⁴⁵ GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 426. Por poner un ejemplo, las partes podrían acordar en usar una moneda estable como parámetro para determinar la situación de onerosidad.

²⁴⁶ Con relación específica a las obligaciones dinerarias, antes de descartar un conflicto entre la teoría de la imprevisión y el principio nominalista, LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 726 dice: “El problema se complica cuando una de las prestaciones es en dinero, en cuyo caso hay que tener en cuenta el valor de este último que se refleja en un mayor o menor poder adquisitivo de la moneda. (...) Habrá que recurrir entonces a otro denominador, que por hipótesis haya permanecido inalterado en su valor. A tal denominador hipotético podemos llamarlo ‘moneda ideal’, denominando al dinero corriente cuyo poder adquisitivo fluctúa, ‘moneda real’.” Sin entrar en detalle en el tema, se aclara que, en realidad, puede darse un conflicto entre principio nominalista e imprevisión por devaluación, ya que el primero establece que la deuda dineraria se cancela según su monto nominal, mientras que la imprevisión permite la resolución o la

índices de precios. Por ende, para determinar si hay onerosidad se tienen en cuenta las variaciones que se producen en la relación de valor entre la prestación y la contraprestación en los tiempos de celebración y ejecución, usando la moneda -o índices de precios- como *tertium comparationis*.²⁴⁷

Siguiendo esta postura, en un hipotético contrato entre A y B, se configura onerosidad en los siguientes casos: a) la prestación de A sube de valor, mientras la de B baja o permanece igual; b) la prestación A baja de valor y la de B se mantiene igual o sube; c) tanto la prestación de A como la de B suben o bajan de valor simultáneamente, pero en distinta intensidad.

La introducción del parámetro de la contraprestación para definir la onerosidad es algo que no se encuentra en el texto del art. 1091 CCC²⁴⁸, que sólo habla de la prestación a cargo de una de las partes. Sin embargo, tanto la doctrina mayoritaria²⁴⁹ como la jurisprudencia prevalente²⁵⁰ -referida al art. 1198 del

adecuación del contrato con fundamento en la pérdida de valor del dinero. En casos de este tipo, ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni Pecuniarie*, en SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di), *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna, 1962, p. 337 soluciona el conflicto normativo diciendo que las acciones por excesiva onerosidad sobrevenida son un límite a las consecuencias que pueden surgir de la aplicación del principio del valor nominal de la moneda. Por su parte, DALLA MASSARA, Tommaso, *Obbligazioni Pecuniarie. Struttura e Disciplina dei Debiti di Valuta*, Cedam, Padova, 2012, p. 219 dice que “nell’art. 1467 cod. civ. è ravvisabile un’ `infiltrazione` di valorismo entro un sistema governato dall’art. 1277 cod. civ.” Así, el problema se soluciona dando preeminencia a las normas de la imprevisión por sobre el principio nominalista.

²⁴⁷ TURNATURI, “Sacrificio...”, cit., p. 155, para quien no puede dudarse que el parámetro por excelencia sea la moneda. GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 428 explica que quienes no señalaban la necesaria intermediación de la moneda para comparar prestaciones, lo hacían porque tenían en mente contratos en los que una de las prestaciones era dineraria.

²⁴⁸ Tampoco el art. art. 1198 del Código Civil hacía referencia a la contraprestación.

²⁴⁹ *Supra* Capítulo 1 punto 1.1.

²⁵⁰ Entre otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Giménez Blas y otros c/ Sociedad Anónima Financiera Comercial y de Tierras”, del 13/5/1982 (cita online La Ley AR/JUR/9/1982), hace referencia al fenómeno de la excesiva onerosidad como una alteración del equilibrio contractual al decir: “(...) si la excesiva onerosidad debe ser valorada al tiempo en que deben cumplirse las prestaciones, como señala el a quo, parece claro que el fenómeno producido en junio de 1975 y las posteriores derivaciones de la economía han superado los riesgos comunes a que se hallaban sometidos los contratos de compraventa de autos, incidiendo de un modo anormal el equilibrio de las prestaciones y transformando en irrisorio el precio que debía pagarse en 140 cuotas mensuales, a partir de mediados del año 1974.” La Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Buenos Aires, Sala 3, en el caso S. d D. M. B. Y otro

Código derogado- definen la onerosidad como una alteración de la relación de valor entre las prestaciones.

La situación es la misma que se da en el derecho italiano a la hora de definir la onerosidad en los contratos con prestaciones recíprocas. De hecho, el texto del art. 1467 CCit tampoco se refiere a la contraprestación²⁵¹, a pesar de lo cual la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias usan el cotejo entre prestaciones para establecer si se configura la onerosidad. La razón de esto es que, al interpretar nuevo Código en 1942, algunos juristas italianos no se detenían en la formulación del art. 1467 CCit, sino más bien en los desarrollos doctrinales²⁵² de los estudiosos favorables a la aplicación de la cláusula *rebus sic standibus* bajo la vigencia del *Codice Civile* de 1865, que no preveía ningún remedio en caso de excesiva onerosidad sobrevenida.²⁵³

c/ CNAS”, del 8/4/2014 (cita online MJ-JU-M87043-AR) se refiere al instituto de la excesiva onerosidad como un desequilibrio económico sustancial y como una pérdida en la relación de equivalencia o conmutatividad. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en el caso “Sonda Argentina S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires - pretensión anulatoria”, del 23/6/2009 (cita online MJ-JU-M-43982-AR) habla de la onerosidad como una alteración de la ecuación económico-financiera del contrato.

²⁵¹ SACCO; DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 1699 específicamente señalan: “La lettera della legge, parlando di onerosità `della prestazione`, non abbraccia l’ipotesi dello svilimento della controprestazione. Le due categorie sono logicamente distinte. Ma l’interprete, sovrapponendo parzialmente alla nozione di `squilibrio fra il valore attuale, e il valore originario della prestazione dovuta` la nozione di `squilibrio fra la prestazione dovuta e la controprestazione dovuta` equipara alla sopravvenuta onerosità della prestazione del debitore il sopravvenuto svilimento della controprestazione.” También GABRIELLI, “L’eccessiva...”, cit., pp. 396, 397 pone de manifiesto la misma situación: “La distinzione tra `onerosità della prestazione` del debitore e `svilimento o deprezzamento della controprestazione` in realtà non fa parte del linguaggio del codice (...).”

²⁵² TURNATURI, “Sacrificio...”, cit., p. 134 dice que identificar la *ratio iuris* de la institución con el equilibrio contractual “non risulterebbe poi sufficientemente meditata ma accolta acriticamente in ossequio alla tradizione, in contrasto con l’espressione letterale della norma, che non fa parola alcuna di controprestazione.”

²⁵³ GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 416 explica la razón por la que se suele conceptualizar la onerosidad como alteración del equilibrio contractual del siguiente modo: “L’appuntarsi della prevalente attenzione sul mutamento della complessiva economia contrattuale piuttosto che sulla variazione, per effetto dello scorrere del tempo nella fase esecutiva del negozio, del valore delle prestazioni in sé considerate, si pone in sostanziale continuità di pensiero con l’orientamento tradizionale che su quel dato aveva ripetutamente tentato, in mancanza di un’espressa disciplina legislativa, di dare rilevanza giuridica all’eccessiva onerosità.” A continuación, el autor (*Ibid*, p.

Para llegar a esta conceptualización, en ambos países, la doctrina inicia el recorrido argumentativo atribuyendo al texto relativo a la excesiva onerosidad sobrevenida la *ratio* de preservar el equilibrio entre las prestaciones.²⁵⁴ Una vez sentada esta tesis dogmática, se procede a adecuar la letra de la ley a la *ratio legis* previamente hipotetizada por los intérpretes.²⁵⁵ De allí se arriba fácilmente a incluir las hipótesis no contempladas expresamente por la disposición legal.

Así las cosas, tanto en el derecho italiano como en el argentino se da un caso de disociación de formantes.²⁵⁶ De un lado está el formante legal, mientras

417) dice que, luego de la sanción del Código de 1942, al estar la resolución por excesiva onerosidad expresamente regulada, el problema debe examinarse a la luz del texto legal y no en base a construcciones doctrinarias anteriores al nuevo Código.

²⁵⁴ En el derecho italiano, CAGNASSO, *Appalto...*, cit., pp. 156-163 no comparte la tesis de la alteración del equilibrio contractual, pero llega a la conclusión de que el envejecimiento de la prestación también es relevante partiendo del texto del art. 1664 CCit, referido al contrato de obra, cuyo primer párrafo dice: “Onerosità o difficoltà dell’esecuzione. Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d’opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l’appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.” Más adelante (punto 3.2 de este capítulo) se verá cómo, en el derecho argentino, la combinación del artículo de parte general (1091 CCC) con un artículo referido al contrato de obra (1255 CCC) permite hipotetizar un concepto de onerosidad distinto de la alteración del equilibrio, pero sin dejar de lado el caso de disminución de valor de una prestación.

²⁵⁵ En realidad, procediendo de esta manera se introduce un “prejuicio” que condiciona la interpretación del texto legal, cuando lo correcto es, primero, atribuir significado al texto y, en base a ese significado, hipotetizar cuál puede ser la *ratio*. En este sentido, GUASTINI, *Interpretare...*, cit., p. 274 dice: “D’altra parte, lo scopo della norma è, in un senso, non premessa, ma risultato dell’attività interpretativa. Nel senso, ovvio, che sono gli interpreti che, congetturalmente, attribuiscono alla norma l’uno o l’altro scopo.” En particular, MOSCARINI, Anna, *Ratio Legis e Valutazione di Ragionevolezza della Legge*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 53 explica que “l’argomento della *ratio legis* consentendo il passaggio dall’interpretazione della norma alla produzione di nuovi enunciati normativi implica una concezione dell’interpretazione comprensiva di argomenti produttivi, il che non esclude naturalmente che la *ratio legis* svolga una funzione sua propria anche nella produzione di norme in senso stretto.”

²⁵⁶ SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo, *Introduzione al Diritto Comparato*, 6° ed., Utet, Milano, 2015, pp. 55-58 explican el concepto de norma jurídica desde el punto de vista del comparatista contraponiéndolo a un punto de vista netamente territorial, a través del concepto de formante legal. Los autores (*Ibid.*, p. 56) dicen: “Quella visione parla comunemente della ‘regola del diritto’ del tal paese, e non delle ‘regole legali, dottrinali e giurisprudenziali’, oltre che delle costanti tratte dalle decisioni delle corti e dagli esempi dei manuali, perché è dominata da un ‘a priori’ fondamentale e caratteristico, secondo cui ‘in un dato paese, nel momento dato, la regola legale (L), la regola dottrinale (D), la regola che può essere estratta dagli esempi della dottrina (E), la regola che le corti enunciano nella massima (M), e la regola che le corti applicano (A),

que, del otro, los formantes doctrinario y jurisprudencial.²⁵⁷ Esto es así, porque la expresión de la ley no admite que se incluya la alteración del equilibrio contractual como uno de los significados posibles de la expresión “prestación que se torna onerosa”. Por lo tanto, la interpretación doctrinaria y jurisprudencial es una interpretación creativa, que propone un significado que excede el marco de significados posibles de la formulación lingüística.²⁵⁸

hanno un contenuto identico e sono perciò, per così dire, intercambiabili. Nella nostra attività di giuristi territoriali noi spesso ci adeguiamo all'idea positivista, e istintivamente rendiamo onore a questo principio di unità. (...)”. Los autores (*Ibid.* pp. 57, 58) luego explican que en general el jurista territorial tiende a ponerse la pregunta sobre la única respuesta para la cuestión jurídica planteada, pero la experiencia lleva a pensar que el axioma de la unidad sufre excepciones y que la identidad entre las diferentes reglas es sólo una presunción. Posteriormente, explican que en el discurso de los juristas se habla de normas legales, proposiciones doctrinales y reglas jurisprudenciales, y dicen (*Id.*): “Con una prima e grossolana analisi, diremo che nell'ordinamento coesistono questi vari insiemi, e ad ognuno di essi daremo il nome di 'formante' dell'ordinamento: avremo così un formante legale, un formante dottrinale, ecc. (...). Tornando alla visione positivista del diritto, l'operatore non può non constatare, empiricamente, che il diritto vivo comporta molti 'formanti' (L, D, M, A, E), ma elimina le complicazioni che possono derivare dalla molteplicità di formanti, attraverso un'equazione stabilita a priori: L=D=M=A=A (principio dell'unità dell'ordinamento giuridico). (...). Noi non troviamo assolutamente, all'interno di un sistema giuridico dato, un criterio capace di dirci qual è la posizione reciproca (coerenza oppure opposizione) dei formanti che ne fanno parte.”

²⁵⁷ Las formulaciones que corresponden, en parte, a la solución doctrinaria y jurisprudencial argentina son la de los instrumentos internacionales de *soft law*, como los PECL (6:111: “(...) because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished”), DCFR (III.1:110: “(...) because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished”) y de los Principios Unidroit. En estos últimos, el art. 6.2.2, en la traducción castellana de la versión 2016, dice: “Hay excesiva onerosidad (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido (...)” En este caso, se define la alteración del equilibrio contractual mencionando los dos casos en que tiene lugar: aumento de costo de la prestación y disminución de valor de la contraprestación. Hay que notar que en esta forma de conceptualizar la onerosidad se dejan fuera los supuestos de aumento de valor de la prestación y de disminución de costo de la contraprestación, no siempre excluidos por la doctrina argentina.

²⁵⁸ GUASTINI, *Interpretare...*, cit., pp. 59, 60, explica que un texto normativo tiene, potencialmente, una pluralidad de significados alternativos. Siguiendo a Kelsen, llama a esa pluralidad de significados como el “marco de significado del texto” y distingue entre tres tipos de interpretaciones: “(a) l'interpretazione cognitiva consiste nell'identificare la cornice, ossia nell'elencare i possibili (plausibili) significati del testo; (b) l'interpretazione decisoria standard consiste nello scegliere uno dei significati inclusi nella cornice; (c) l'interpretazione creativa consiste nell'attribuire al testo un significato che non rientra nella cornice. A rigor dei termini, tuttavia, in presenza di una 'interpretazione creativa', non dovremmo dire che l'interprete

El objetivo de esta interpretación es claro: crear una norma²⁵⁹ para abarcar casos que la disposición no incluye.²⁶⁰ La operación parte de identificar el concepto de onerosidad con una alteración del equilibrio²⁶¹ contractual entre la conclusión y la ejecución del contrato.²⁶² Corolario de esta definición es que,

(giurista o giudice) ha 'interpretato' il testo in questione: dovremmo dire piuttosto che ha creato una norma nuova, o, como dicono alcuni, cambiato il diritto preesistente.”

²⁵⁹ En realidad, la interpretación no crea una norma, sino una definición y, de esta manera, contribuye a crear derecho. Acerca de este modo de creación jurisprudencial de derecho, BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en ALCHOURRÓN; BULYGIN, *Análisis Lógico...*, cit., p. 369 dice: “Son relativamente raros los casos en que los jueces tienen oportunidad de crear una norma nueva. Las más de las veces lo que crean los jueces no son normas, sino enunciados definatorios, es decir, enunciados que determinan la extensión de un concepto. (...) Cuando estas definiciones llegan a adquirir vigencia -es decir, cuando hay buenas razones para creer que serán usadas por otros jueces- pasan a integrar el orden jurídico. (...) La jurisprudencia es fuente de derecho en el sentido de que los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas y a la definición de los conceptos jurídicos.”

²⁶⁰ Dejando a salvo lo que se dirá en el punto 3.2, la sola formulación del art. 1091 CCC, que sólo se refiere a una prestación, no alcanza para incluir la hipótesis de envilecimiento de la contraprestación (llamada “onerosidad indirecta”) dentro del campo de aplicación de la imprevisión. Para comprender esto, se puede hacer una comparación con una situación parecida del derecho laboral -en casos de extinción del contrato de trabajo- que sirve para darse cuenta de la necesidad de un texto legal explícito para asignar la misma consecuencia jurídica a hipótesis de hecho conceptualmente diversas. El art. 245 de la ley 20.744 establece una indemnización a favor del trabajador para casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa. De la sola lectura de dicha disposición no podría extenderse la indemnización para casos en que fuera el trabajador quien denunciara el contrato de trabajo por causas imputables al empleador. El marco de significados posibles de la disposición no lo incluye, ya que se refiere al “despido dispuesto por el empleador”. Por eso, el legislador agrega otro artículo, el art. 246, que rubrica “despido indirecto”, para que, en los casos en que sea el trabajador quien hace extinguir el contrato por justa causa, las consecuencias de indemnización sean las mismas que en caso de despido injustificado del empleador. En el caso de la onerosidad de la prestación y el envilecimiento de la contraprestación la situación es la misma: se trata de supuestos que, desde un punto de vista axiológico, quizá puedan merecer la misma respuesta legal, pero que desde el punto de vista conceptual son diferentes.

²⁶¹ En doctrina, esta equiparación se puede ver, por ejemplo, en BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho Civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, parágrafo 334 (versión ebook) que, refiriéndose al requisito de la excesiva onerosidad, dice: “Que la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa. Sería más apropiado decir: que se produzca una alteración grave del equilibrio normal de las prestaciones.” En jurisprudencia, se puede ver un ejemplo en la decisión de la Cámara 1º Civil y Comercial Sala I de San Isidro, en el caso “Sievers c/ Aliandro”, del 4/10/1990, que ha aludido a la excesiva onerosidad como una “concreta demostración de la desproporción entre las prestaciones, en la alteración del sinalagma contractual (...)”

²⁶² Una cuestión ulterior será decidir si se requiere que la alteración subsista hasta el momento de la demanda u otro momento posterior en el marco de un proceso.

a los fines de obtener un remedio para casos de excesiva onerosidad de la prestación, se puede aducir no solamente el aumento de valor de la propia prestación, sino también la pérdida de valor de la prestación de la otra parte.

Para sostener esta solución, en doctrina se dice que esta es la única forma de que el juicio sobre la onerosidad tenga un carácter objetivo.²⁶³ En realidad, hay una cuestión práctica que mueve a los intérpretes para preferir esta postura: solamente²⁶⁴ teniendo en cuenta la alteración del equilibrio contractual se puede dar relevancia a los casos de envilecimiento de la contraprestación.

En concreto, la preocupación pasa por poder otorgar algún paliativo en épocas de devaluación y de alta inflación, cuando una parte debe recibir moneda cuyo poder adquisitivo ha disminuido notablemente desde la época de la celebración del contrato. De hecho, la mayor parte de las veces en que se ha aplicado la teoría de la imprevisión en Argentina e Italia ha sido para casos de pérdida de valor de la moneda nacional que se debe entregar como contrapartida de una prestación en especie.²⁶⁵

²⁶³ LORENZETTI, *Tratado...*, cit., p. 522 dice que de la onerosidad debe medirse con relación a la contraprestación y aclara: “De no pautarse de este modo, la medida del desequilibrio del sinalagma contractual supone entrar en un terreno cenagoso, donde impera el subjetivismo y no hay parámetros razonables.” A su vez, APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 258 afirma: “Si se atribuye a la onerosidad un significado objetivo, ella no resulta de un examen de la prestación en sí y por sí, sino de su relación con la contraprestación.” En el derecho italiano, PINO, *L'Eccessiva...*, cit., p. 32 expresa la misma preocupación: “Solo così si possono conservare i criteri obiettivi nella determinazione, dell'onerosità, in coerenza con tutto il sistema giuridico, che induce a ritenere irrilevanti, per il rapporto contrattuale, ogni vicenda soggettiva della parte e ogni modificazione della sua capacità economica.” En realidad, el juicio puede ser de carácter objetivo, aunque la onerosidad se defina en función de la sola prestación afectada por el cambio de circunstancias. Aplicar un criterio objetivo quiere decir que no hay que tener en cuenta la situación personal o patrimonial de la parte afectada. Esto se puede hacer sin inconveniente calculando el valor de la prestación en dos momentos distintos, sin tener en cuenta la relación que se da entre el nuevo valor de la prestación y el patrimonio del deudor. La mera suba o baja de valor de la prestación en términos monetarios es siempre objetiva.

²⁶⁴ Con la salvedad de lo que se dirá en relación con la propuesta de definición de la onerosidad en el punto 3.2.

²⁶⁵ FLAHERTY; SMAYEVSKY, *Teoría...*, cit., pp. 85-97, cuando se refieren a los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles de la historia argentina que han dado lugar a jurisprudencia sobre la teoría de la imprevisión, mencionan siempre procesos inflacionarios o devaluaciones

2.1. El equilibrio alterado

Como la teoría de la alteración del equilibrio es la más difundida en doctrina y jurisprudencia, merece la pena analizarla en detalle con relación al punto central de la definición: la existencia de una relación de equilibrio entre las prestaciones en el momento en que se concluye el contrato. En abstracto, hay dos nociones de equilibrio que podrían aplicarse, una objetiva y otra subjetiva, por lo que vale interrogarse a qué tipo de equilibrio se hace referencia en este caso.

Una opción es que se trate de un equilibrio objetivo²⁶⁶ entre el valor de las prestaciones, en el sentido de que la prestación debe valer lo mismo que la contraprestación. Cualquier cambio con respecto a esa equivalencia objetiva, siempre que fuera excesivo y sobrevenido, podría dar lugar a la aplicación del art. 1091 CCC.

Para fundar la corrección de esta postura en el derecho positivo, habría que encontrar algún indicio normativo que obligara a cada contratante a dar algo

monetarias, que afectan el valor de las prestaciones dinerarias. En Italia, la situación era la misma antes del abandono de la lira como moneda nacional; de hecho, SACCO; DE NOVA, *Il Contratto*, cit., pp. 1699, 1700 dicen: “Possiamo dire, anzi, che l’art. 1467 è servito, quasi sempre, a liberare dal contratto colui che, in attesa del pagamento di una somma di denaro, aveva assistito alla svalutazione di quanto gli era dovuto.”

²⁶⁶ PITA, Enrique Máximo, “Los avances de la doctrina en el tema de lesión”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2007-1: *Desequilibrio Contractual*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pp. 118, 119 expresa que la calificación de un negocio como oneroso y conmutativo significa que las prestaciones deben tener un razonable grado de equivalencia y aclara: “Es cierto que, en un sistema regido por el principio de autonomía, el justo precio es el precio de mercado, determinado según las reglas de la libre contratación. No obstante, la señalada idea de equivalencia, propia de los contratos onerosos, no puede atender sólo a lo que las partes han querido, según sus propias apreciaciones y valoraciones, sino que también deberán considerarse parámetros objetivos y generales. Es lo que se ha dado en llamar el principio de ‘equivalencia objetiva’, que implica que cada parte contractual debe recibir una prestación que sea, respecto de la suya -y con independencia de su valoración personal-, equitativa, suficiente, justa y razonable (...).” En un escrito anterior, PITA, “Pautas...”, cit., p. 4, luego de afirmar que en los contratos sinalagmáticos la equivalencia es subjetiva, dice: “Pero ello no impide sostener que la equivalencia objetiva sea también considerada como propia de la estructura misma de este tipo de contratos, aun cuando el ordenamiento no contenga una norma central que determine su obligatoriedad.”

de igual valor de lo que recibe. En otras palabras: se debería probar que la ley prevé la equivalencia objetiva de las prestaciones como requisito de validez del contrato.²⁶⁷

Sin embargo, el análisis del articulado del Código Civil y Comercial muestra que la conclusión es precisamente la contraria: la equivalencia de las prestaciones no es requisito de validez de un contrato. No obstante, en doctrina se suele afirmar dogmáticamente que en todo contrato conmutativo de cambio es esencial la equivalencia de las prestaciones.²⁶⁸

A pesar de tal afirmación, si se considera la definición de contrato conmutativo del art. 968 CCC, salta a la vista que la característica definitoria de esta clase de contratos es que las ventajas para los contratantes sean ciertas. La definición no menciona ningún tipo de equivalencia.²⁶⁹ Por lo tanto, un contrato

²⁶⁷ GALLO, *Sopravvenienza...*, cit., p. 113 expresa que no puede determinarse el tipo de equilibrio al que se hace referencia en el instituto de la excesiva onerosidad sin ponerse la pregunta de si este es requisito de validez del contrato o no. Dice el autor: “Per misurare il valore dell’affermazione in base alla quale per eccessiva onerosità si intende la rottura del rapporto sinallagmatico di equivalenza tra le prestazioni, non possiamo quindi prescindere dall’accertare preliminarmente se l’equilibrio tra le prestazioni sia o meno un requisito richiesto dall’ordinamento ai fini della conclusione di un valido contratto.”

²⁶⁸ CORNET, “La renuncia...”, cit., p. 1 dice: “Es de la esencia de todo contrato conmutativo de intercambio la equivalencia o equilibrio entre las prestaciones. El principio de la justicia conmutativa, rectora o correctora de los intercambios es la igualdad de valor de las prestaciones intercambiadas, de modo que después del intercambio ninguno debe tener un mayor valor económico que antes, ni tampoco debe quedar con menos que antes, de acuerdo con la clara enseñanza de Aristóteles.” A su vez, MOSSET ITURRASPE; PIEDECASAS, *La Revisión...*, cit., p. 495 sostienen: “En los contratos onerosos lo que una de las partes da, hace o deja de hacer, debe guardar armonía o proporción con lo que la otra parte, a su vez, da, hace o deja de hacer. La equivalencia de los valores que se intercambian está en la naturaleza de tales contratos (...).” Los autores (*Ibid.*, p. 496) continúan diciendo que la desproporción de prestaciones es algo anormal, pero que a veces puede estar justificada. Esto último los lleva a concluir que es aceptable el rechazo de la mera lesión objetiva como causa de nulidad.

²⁶⁹ Una definición legal de contrato conmutativo que menciona la equivalencia es la del art. 1108 del Código Civil francés, según la reforma de 2016 en materia de obligaciones y contratos, que dice: “Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s’engage à procurer à l’autre un avantage qui est regardé comme l’équivalent de celui qu’elle reçoit”. La fórmula es similar a la del derogado art. 1104 del *Code Civil*, que decía: “Il est commutatif lorsque chacune des parties s’engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l’équivalent de ce qu’on lui donne, ou de ce qu’on fait pour elle”. Criticando la interpretación que veía en la formulación del art. 1104 una consagración del equilibrio subjetivo de las prestaciones, GHESTIN, Jacques, en

no deja de ser conmutativo, aunque una de las prestaciones valga más que la otra, siempre que las ventajas para cada una de las partes sean ciertas al momento de la conclusión del contrato.

Aparte de esto, hay otros dos artículos que resultan claves para dilucidar la cuestión. Por un lado, está la disposición del art. 1121 CCC, que establece que -en los contratos de consumo- “no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado”. Este artículo deja en claro que no es necesaria la equivalencia o equilibrio objetivo de valor de las prestaciones en los contratos de consumo. *A fortiori*, por lo tanto, en el caso de que el contrato sea paritario.

Por otro lado, otra disposición que ratifica que el equilibrio objetivo de las prestaciones no es requisito de validez del contrato es el art. 332 CCC, referido al vicio de lesión en los actos jurídicos. A los fines del argumento que se viene desarrollando, son importantes sus dos primeros párrafos, que dicen: “Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando

GHESTIN; LOISEAU; SERINET, *La Formation...*, cit., p. 321 expresa: “Ce texte ne dit pas seulement ‘regardée’, comme l’écrit M. Chénéde, mais ‘qui est regardée’. Or cette locution est ambiguë. Elle peut signifier ‘que l’on regarde’, ou ‘que chacune des parties regarde’, ou encore ‘que les parties regardent’. La première lecture consacrerait, à travers le pronom impersonnel ‘on’, une appréciation objective de l’équivalence, tandis que la deuxième consacrerait une appréciation subjective de chacune des parties et la troisième une appréciation contractuelle des parties. (...) En raison toutefois de la relativité des termes ‘objectif’ et ‘subjectif’ en matière contractuelle et de l’ambiguïté qui résulte ainsi de leur usage, il vaut mieux parler de commutativité contractuelle.” El autor (*Id.*) agrega que la equivalencia querida es contractual, no subjetiva, y menciona como ejemplo la formulación del art. 170 del Código libanés de 1932. Este artículo presenta cierta similitud con el art. 968 CCC, en cuanto deja claro que lo que interesa en el contrato conmutativo es que las ventajas sean ciertas al momento de la conclusión del contrato. Ghestin (*Ibid.*, p. 322) concluye diciendo: “L’équivalent voulu est ainsi contractuel et non pas subjectif. C’est ce que met en lumière l’actuel article 170 du Code libanais de 1932, en français et inspiré par Josserand, selon lequel ‘le contrat commutatif est celui dans lequel l’importance des prestations est fixée d’une façon ferme, dès l’origine, en sorte que chacune des parties puisse, au jour de la convention, mesurer les avantages qu’elle retire de l’opération ainsi que les sacrifices qu’elle consent.” Ghestin (*Ibid.*, p. 323) cierra el punto señalando el significado del principio de conmutatividad contractual de la siguiente manera: “*Le principe de commutativité contractuelle signifie ainsi que, pour chaque contrat pris individuellement, l’appréciation de l’équilibre des prestations est, en principe, l’apanage des parties elles-mêmes.*”

una de las partes explotando la necesidad, debilidad suica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.”

Si se dan ciertas condiciones, la consecuencia jurídica que prevé la norma es la nulidad o la modificación del acto jurídico. Una de estas condiciones es que una parte obtenga una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Este es el requisito objetivo de la figura.²⁷⁰ Con una lectura fugaz, podría pensarse que se est consagrando el equilibrio objetivo de las prestaciones como requisito de validez, especialmente cuando el segundo párrafo habla de “desproporción de las prestaciones”.

No obstante, la lectura detenida muestra que hace falta algo más que la desproporción de la ventaja patrimonial. Es necesario que se cumplan determinados requisitos subjetivos: situación de inferioridad de la parte perjudicada (necesidad, debilidad psuica o inexperiencia) y aprovechamiento de dicha situación por parte de quien obtiene la ventaja. Sin estos requisitos ulteriores no hay posibilidad de obtener la nulidad o la modificación del acto.

Por ende, el desequilibrio de las prestaciones no es, *per se*, causa de nulidad.^{271 272} El hecho de que el equilibrio objetivo de las prestaciones no sea

²⁷⁰ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 204, comentando el elemento objetivo de la disposición del art. 332 CCC, dice: “Con esta expresión se hace referencia al contenido objetivo del acto. Un negocio oneroso presupone que cada parte se somete a un sacrificio para obtener una ventaja. Pues bien, debe existir una falta de equivalencia objetiva entre ambos, en modo tal que una de las partes obtenga una ventaja patrimonial desproporcionada a expensas de la otra.”

²⁷¹ MOSSET ITURRASPE; PIEDECASAS, *La Revisión...*, cit., p. 496.

²⁷² La conclusión de que la equivalencia objetiva de las prestaciones no es requisito de validez es sostenida en el derecho italiano teniendo en cuenta la reglamentación de la *rescissione* del contrato -se usa directamente la palabra italiana porque no tiene el mismo significado que la rescisión del derecho argentino-, prevista en el capítulo 13 del título referido a los contratos en general (arts. 1447-1452 CCit). El art. 1448 CCit prevé la acción general de *rescissione* por lesión, en la que se conjugan requisitos objetivos y subjetivos. El primer párrafo del artículo - que es lo que aquí interesa- dice: “Se vi  sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell’altra, e la sproporzione  dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l’altra ha

causa de nulidad implica que tampoco es un requisito de validez del contrato.²⁷³ Por lo tanto, este concepto de equilibrio no es útil para calcular si una prestación se torna excesivamente onerosa en función de la contraprestación.²⁷⁴

Ahora bien, que no sea necesario un equilibrio objetivo entre prestaciones para celebrar válidamente un contrato no quiere decir que no exista ningún tipo de equilibrio. Si bien no se requiere un equilibrio objetivo *a priori*, una vez que el contrato ha sido concluido se puede analizar cuál es la relación de valor entre las prestaciones. Esta relación de valor es el equilibrio en sentido

approfitato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto (...).” GALLO, *Sopravvenienza...*, cit., pp. 127, 128, luego de haber analizado el tema del equilibrio en del derecho alemán, dice sobre la lesión del derecho italiano: “Anche in base alla norma italiana si richiedono infatti tre requisiti, vale a dire: a) la lesione che in particolare deve essere *ultra dimidium*; b) lo stato di bisogno del contraente debole; c) ed ancora la colpevolezza del contraente forte, ovvero l’approfittamento dello stato di bisogno. Anche a proposito del diritto italiano è quindi possibile ripetere quanto già asserivamo a proposito del diritto tedesco: lo squilibrio tra le prestazioni non assume rilevanza di per sè, ma solo in presenza di altri fattori (...) In Italia le parti possono quindi determinare a loro piacimento il contenuto del contratto (art. 1322 C.C.) e la congruità dei valori scambiati non è prevista come elemento per la validità della causa.” Por idénticas razones, arriba a la misma conclusión BRACCIANTI, Carlo, *Degli Effetti della Eccessiva Onerosità Sopravveniente nei Contratti*, 2º ed., Giuffrè, Milano, 1947, p. 63: “È certo anzitutto che il legislatore non ha pensato di fondare le norme in questione sul presupposto della necessità di una equivalenza obiettiva fra gli oggetti delle obbligazioni delle parti nei contratti a prestazioni corrispettive. La disciplina data all’istituto della rescissione per lesione, tanto dal codice 1865, che da quello vigente, dimostra che tale equivalenza non è stata accolta nella nostra legislazione come principio generale del diritto.”

²⁷³ LARENZ, Karl, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3º ed., Beck, München, 1963, p. 79, en referencia al derecho alemán, explica que el equilibrio objetivo de las prestaciones de un contrato con prestaciones recíprocas no es necesario: “Es liegt zwar nicht im Wesen des gegenseitigen Vertrages und der mit ihm gemeinten Äquivalenz, daß die beiden Leistungen, gemessen an einem objektiven, irgendwie allgemeingültigen Maßstabe, einander gleichwertig sind.”

²⁷⁴ PINO, *L’Eccessiva...*, cit., p. 41, expresa que no puede existir un principio jurídico de equivalencia absoluta de prestaciones porque el derecho no es una entidad que pueda someterse a la matemática y concluye: “L’equivalenza assoluta tra le prestazioni presupporrebbe una eguaglianza assoluta tra i diversi contraenti, tra le loro necessità e i loro bisogni, e dovrebbe prescindere del fatto che nella valutazione di un bene concorrono vari coefficienti e, in particolare, taluni, squisitamente subiettivi, quali l’intensità del desiderio e l’urgenza del bisogno economico dell’una o dell’altra parte, sui quali si impernia il fenomeno economico dello scambio, che il diritto ha, appunto, la funzione di tutelare. (...) L’art. 1245, in virtù del quale il creditore non può essere costretto a ricevere beni diversi da quelli dovuti, ancorchè di maggior valore, dimostra che la prestazione è considerata non tanto per il suo astratto valore economico, quanto piuttosto per il valore che, in concreto, ad essa hanno attribuito le parti.”

contractual, que puede también llamarse subjetivo²⁷⁵, aclarando que es el equilibrio que ha sido querido por ambas partes.

Para distinguir ambos tipos de equilibrio, es preciso hacer el análisis desde distintos momentos con relación al contrato. El tema del equilibrio objetivo se plantea como una cuestión preliminar a la celebración del contrato. La pregunta que suscita es si se puede concluir válidamente un contrato en el que la prestación no equivalga objetivamente a la contraprestación. Por el contrario, la cuestión del equilibrio subjetivo se presenta *a posteriori*, cuando el contrato ya ha sido válidamente concluido.

Para entender el equilibrio subjetivo o contractual, se puede tomar la perspectiva de un observador que mira el contrato desde afuera. Este observador externo advierte que, en el contrato, en función de lo que las partes han pactado, hay una relación de valor entre prestación y contraprestación. Dicha relación puede -o no- coincidir con la equivalencia objetiva de valor de las prestaciones.²⁷⁶

Por ejemplo, A se obliga a transferir un automotor, cuyo valor de mercado es \$250.000, y B, como contraprestación, se obliga a dar un caballo de carrera, cuyo valor de mercado es \$300.000. La relación entre ambos valores como se presenta a la óptica del observador externo, aunque no coincida con una equivalencia absoluta, es el equilibrio contractual. Por lo tanto, la relación de

²⁷⁵ LARENZ, *Geschäftsgrundlage...*, cit., p. 79 habla específicamente de equilibrio subjetivo. En sentido similar, BOSELLI, *La Risoluzione...*, cit., p. 85 dice que el fenómeno económico del intercambio quiere decir que cada parte reputa que lo que recibe es más útil de lo que da. Esta podría ser otra forma de considerar el equilibrio en sentido subjetivo.

²⁷⁶ Por supuesto que la relación de equilibrio depende del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de las cláusulas del contrato y no sólo de las prestaciones principales. Por ejemplo, cuando se compra un pasaje de avión, el precio del mismo trayecto puede variar notablemente si se elige una tarifa flexible que permite la cancelación del viaje con devolución del importe pagado.

valor que surge de lo que las partes han libre y voluntariamente pactado es el equilibrio en sentido subjetivo o contractual.²⁷⁷

Como las partes son libres de fijar la relación de valor entre las prestaciones, este es el concepto de equilibrio de las prestaciones que se puede tener en cuenta para calcular si una prestación se ha tornado -excesivamente- onerosa o no.²⁷⁸ Para esto, primero se determina el equilibrio contractual originario, es decir, el que las partes establecen cuando concluyen el contrato. Luego hay que analizar la relación de valor que surge entre las prestaciones por efecto del cambio de circunstancias al momento previsto para el cumplimiento. Si la relación original muestra alguna diferencia entre ambos momentos puede decirse que se da el supuesto de onerosidad, cuyo carácter excesivo habrá que comprobar posteriormente.

3. La onerosidad en función de la prestación en sí

3.1. Onerosidad como aumento de valor

El criterio de medir la onerosidad teniendo en cuenta solamente la prestación afectada por el cambio de circunstancias es el que se utiliza en el derecho italiano para el caso del art. 1468 CCit, referido a los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes. En doctrina era el criterio que prevalecía entre los primeros estudiosos del *Codice Civile* de 1942 también para

²⁷⁷ BOSELLI, *La Risoluzione...*, cit., p. 23, luego de descartar que se deba hacer referencia al equilibrio objetivo de las prestaciones, dice: “Dissipato l’equivoco, per opera dello stesso OSTI, l’equilibrio delle prestazioni da porre a fondamento dell’istituto della sopravvenienza prese ad essere concepito come una *proporzione* fra i valori attuali delle prestazioni scambiate ed il rapporto che al momento della stipulazione venne fra gli stessi valori liberamente istituito dalle parti.”

²⁷⁸ GABRIELLI, “L’eccessiva...”, cit., p. 368 rechaza la posibilidad de tomar en cuenta valores de mercado para calcular el equilibrio económico y expresa: “Ogni contratto ha infatti l’equilibrio economico che le parti gli conferiscono, di modo che nella sua ‘economia’, intesa come la ripartizione del rischio di sopravvenienza che risulta di volta in volta conforme al regolamento di interessi contrattualmente previsto, ogni prestazione ha sempre e soltanto il valore del corrispettivo concesso dal contraente interessato al fine di ottenerla e non un astratto e oggettivo valore di mercato.”

los contratos con prestaciones recíprocas, aunque esta posición es actualmente minoritaria.²⁷⁹

En el derecho argentino, el tenor literal del art. 1091 CCC relaciona de manera directa la onerosidad a la prestación de una de las partes. En efecto, la parte pertinente del artículo se refiere a “la prestación a cargo de una de las partes” y el resto del artículo no menciona ninguna contraprestación. Por lo tanto, el texto legal es compatible con una postura como la de los primeros exégetas del derecho italiano. En este caso, la definición de onerosidad se da exclusivamente en función de la prestación en sí, sin considerar las variaciones de valor de la prestación de la otra parte.²⁸⁰

Al igual que en la posición anterior, se usa el parámetro monetario, puesto que, para determinar si hay onerosidad, se compara el valor de la prestación al momento de la celebración del contrato y el valor al tiempo establecido para el cumplimiento. Si la prestación sube de valor entre ambos momentos, entonces se torna onerosa -cuestión ulterior será decidir si el grado de onerosidad califica de excesivo o no-. Desde este punto de vista, la onerosidad en función de la prestación en sí misma considerada se define como el aumento de valor o de costo de la prestación -afectada por el cambio de circunstancias- entre el momento de la conclusión del contrato y el tiempo determinado para la ejecución, medido a través del parámetro de la moneda legal.

Aplicando estos conceptos al caso de una permuta en la que A debe entregar un inmueble y B, un cuadro, para determinar si la prestación de A se ha tornado onerosa, hay que calcular el valor del inmueble al tiempo de la celebración y luego su valor al momento del cumplimiento. Si, por ejemplo, el inmueble de A ha aumentado de valor, entonces se habrá configurado un supuesto de onerosidad, sin importar si el cuadro también vale más. A la inversa,

²⁷⁹ GALLO, *Contratto...*, cit., p. 961.

²⁸⁰ GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 445 explica que las variaciones del equilibrio entre las prestaciones se tienen en cuenta para el requisito de la no superación del álea normal del contrato, pero no para definir la onerosidad de la prestación.

visto el caso desde la óptica de B, la cuestión se centra en el valor del cuadro, sin importar el del inmueble.²⁸¹

Esta definición de onerosidad, a diferencia de la mencionada en el punto anterior, no incluye el caso de pérdida de valor de la contraprestación. Si se trata de prestaciones no dinerarias, el envilecimiento de la prestación es totalmente irrelevante y no se da ninguna acción al afectado.²⁸² En el ejemplo anterior, aunque el inmueble pierda valor por causas extraordinarias, B no tiene ningún remedio por imprevisión a su disposición.

Sin embargo, esto no significa que en los casos de devaluación²⁸³ monetaria el acreedor de dinero quede necesariamente sin remedio. La depreciación tiene efecto tanto sobre la prestación dineraria, porque causa una pérdida del poder adquisitivo del dinero, como sobre la prestación no dineraria, puesto que todos los bienes y servicios suben en términos monetarios.²⁸⁴ Por lo tanto, el vendedor de un inmueble que espera recibir moneda fuertemente devaluada tiene a disposición la acción por imprevisión, pero no tanto por envilecimiento de la contraprestación, sino por aumento de la propia prestación. No obstante, con esta postura, el acreedor de moneda devaluada solamente está

²⁸¹ En caso de que ambas prestaciones se tornen excesivamente onerosas, ambas partes están legitimadas para pedir la resolución o la adecuación del contrato.

²⁸² GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 437.

²⁸³ A pesar de que en el texto no se usan los términos con la precisión del sentido técnico económico, sino como sinónimos, cabe señalar que, en rigor, hay diferencia entre los conceptos de depreciación y devaluación de la moneda. SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D., *Economía*, 19º ed., Mc Graw Hill, México, 2010, p. 570 explican: “Por definición, una caída en el precio de una moneda en términos de otra o de todas las demás se llama *depreciación*. Un alza en el precio de una moneda en términos de otra o de todas las demás, se llama *apreciación*. (...) Se utiliza un conjunto diferente de términos cuando una moneda tiene un tipo de cambio fijo. Cuando un país reduce el precio oficial de su moneda en el mercado realiza una *devaluación*. Una *revaluación* ocurre cuando se eleva el tipo de cambio oficial.”

²⁸⁴ GAMBINO, “Eccessiva...”, cit., p. 436. En realidad, una depreciación o devaluación no causan el inmediato aumento de todos los bienes en el mercado. Podría suceder que, al momento de vencimiento del plazo para cumplir la prestación en especie, el mercado no haya adecuado todavía los precios en función de la pérdida de valor de la moneda. En un caso así, la tesis de la onerosidad como aumento de valor dejaría al acreedor sin acción.

legitimado en casos en que su propia prestación esté pendiente de cumplimiento.²⁸⁵

A esta altura vale aclarar que, teniendo en cuenta que el *tertium comparationis* -en defecto de pacto contrario- es la moneda nacional y que el peso argentino suele ser bastante volátil²⁸⁶, lo más probable es que el valor en pesos de un bien -o el costo de un servicio- aumente si el lapso entre celebración y ejecución del contrato es prolongado. Por el solo hecho de la inflación y de la depreciación del peso, se dará un cambio de valor o costo. Por ende, al analizar la figura en un caso concreto lo más relevante son los otros requisitos: el carácter excesivo de la onerosidad y la proveniencia de un hecho extraordinario e imprevisible.

3.2. Onerosidad como cambio de valor: propuesta de definición²⁸⁷

La tesis de la onerosidad como aumento del valor o costo de una prestación en sí, si bien es respetuosa del texto legal, no se ha seguido en el

²⁸⁵ Sobre los problemas que presenta el texto del art. 1091 CCC en el caso de cumplimiento de una de las prestaciones se reenvía al capítulo 5.

²⁸⁶ LEWIS, Nathan, “What’s happening to the Argentine Peso?”, Forbes, 13/6/2018, consultado en línea en <https://www.forbes.com/sites/nathanlewis/2018/06/13/whats-happening-to-the-argentine-peso/#6adbeb1147b3>, muestra, a través de un cuadro comparativo, la depreciación del peso con respecto al dólar desde 1940 a 2018. CORNET, Manuel, “Obligaciones de dar dinero”, La Ley, cita online AR/DOC/713/2015, p. 2 analiza el fenómeno inflacionario en la Argentina y dice: “En la Argentina, en poco más de veinte años, la moneda perdió trece ceros, o sea que un peso de hoy equivale a diez billones, es decir a diez billones de millones del año 1969 (o sea \$ 1 = m\$n 10.000.000.000.000).”

²⁸⁷ Se trata de una definición estipulativa, para hacer referencia a una propuesta y no a una descripción del significado de la palabra. En este sentido, LANTELLA, Lelio, *Pratiche Definitorie e Proiezioni Ideologiche nel Discorso Giuridico*, en BELVEDERE, Andrea; JORI, Mario; LANTELLA, Lelio, *Definizioni Giuridiche e Ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 23, 24 señala que para las definiciones estipulativas se requiere un elemento de novedad con respecto al uso lingüístico anterior. En efecto, este autor dice: “(...) deve trattarsi della introduzione di una parola ‘nuova’ per un ‘vecchio’ significato, oppure di una parola ‘nuova’ per un ‘nuovo’ significato, oppure deve aversi l’inserimento di un ‘nuovo’ significato a corredo di una parola ‘vecchia’: anzi, in quest’ultimo caso si richiede addirittura una novità radicale (...)” ROBINSON, Richard, *Definition*, Clarendon Press, Oxford, 1954 (reimpresión 1972), p. 59 contrapone la definición lexical, que reporta el significado que una comunidad da a una palabra a través del uso, a la estipulativa, que conceptualiza de la siguiente manera: “By ‘stipulative’ definition, then, I mean the explicit and self conscious setting up of the meaning-relation between

derecho argentino, porque limita bastante el alcance de las acciones por imprevisión. Además, hace que, en práctica, solamente el deudor tenga a disposición las acciones, a pesar de que el texto del art. 1091 CCC se refiera al afectado, sin especificar si es deudor o acreedor.

Para llegar a una interpretación del concepto de onerosidad en el derecho argentino, no se puede prescindir de la tendencia jurisprudencial mayoritaria²⁸⁸, compartida por la doctrina. Desde la reforma del Código Civil del año 1968, la regla operativa para los supuestos de onerosidad ha sido conceder la acción en casos de pérdida de valor de la contraprestación que se espera recibir. Para esto se ha creado, al margen del texto legal, el concepto de onerosidad como alteración del equilibrio contractual.

Sin embargo, esa no es la única vía para solucionar el problema. Vale la pena preguntarse si, además del caso clásico de aumento de valor, la disminución de valor de una prestación puede, en el sistema del Código, formar parte de la definición de onerosidad teniendo en cuenta la sola prestación afectada. En caso positivo, el concepto de onerosidad como un cambio de valor o costo de la prestación, en alza o en baja, permitiría dar respuesta para los casos de envilecimiento de la contraprestación sin necesidad de apartarse de la letra del Código.

Una interpretación *prima facie*²⁸⁹ del texto del art. 1091 CCC podría llevar a descartar esta posibilidad. Sin embargo, teniendo en consideración la

some word and some object, the act of assigning an object to a name (or a name to an object), not the act of recording an already existing assignment.”

²⁸⁸ VIRALLY, Michel, *La Pensée Juridique*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2010, p. 165 señala la importancia de la jurisprudencia consolidada en cuanto fuente del derecho, al decir: “La multiplication des jugements consacrant la même solution et leur persistance dans le temps font pénétrer dans le droit positif la règle sur laquelle ils s’appuient.”

²⁸⁹ GUASTINI, *Interpretare...*, cit., p. 94 distingue entre el significado *prima facie* de una disposición normativa y el significado “todo considerado”: “Significato ‘prima facie’ (a prima vista) è quello che risulta dalla comprensione immediata e irriflessa del testo normativo, alla luce degli usi linguistici comuni. (...) Significato ‘tutto considerato’ (‘all considered’, come talvolta si dice, o anche significato ‘post interpretationem’) è il risultato della problematizzazione del

relación de la disposición del art. 1091 CCC con el texto del último párrafo del art. 1255 CCC -referido al tipo contractual de obras y servicios-, atribuir a la onerosidad de la prestación el significado de “aumento o disminución de valor o costo” es una interpretación plausible.

El art. 1255 CCC párrafo 3º dice: “Si la obra o el servicio se ha contratado por un precio global o por unidad de medida, ninguna de las partes puede pretender la modificación del precio total o de la unidad de medida, respectivamente, con fundamento en que la obra, o el servicio o la unidad exige menos o más trabajo o que su costo es menor o mayor al previsto, excepto en lo dispuesto en el artículo 1091.”

¿Cómo puede servir este artículo para reconstruir el concepto de onerosidad del art. 1091 CCC? La hipótesis que se intentará demostrar es que el supuesto de hecho del art. 1255 CCC párrafo 3º es una aplicación del concepto de onerosidad de la prestación al que se refiere el art. 1091 CCC. Dicho en otras palabras: la situación de que en una obra se dé un costo mayor o menor al previsto es un caso de onerosidad de la prestación.

Desde el punto de vista metodológico, hay que partir de la falta de definición legal de la onerosidad. El art. 1091 CCC no da ningún indicio para clarificar lo que quiere decir que una prestación se torne onerosa. Por ende, como ya se dijo, la tarea queda en manos del intérprete. Para la adscripción de significado, el intérprete debe valerse no sólo del texto, sino también del contexto²⁹⁰ de la disposición; en este caso, el art. 1255 CCC con el que presenta una fuerte conexión sistemática.

significato *prima facie* -ogniqualevolta esso appaia per qualsiasi ragione oscuro o insoddisfacente- e di ulteriore riflessione.”

²⁹⁰ En realidad, más que “contexto” debería usarse el tecnicismo lingüístico “cotexto”. VILLA, Vittorio, *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 40 dice que el contexto es un elemento fundamental para la interpretación en un doble sentido: “In un *primo senso*, il contesto è un elemento fondamentale inteso come contesto *prossimale*, nelle due varianti del *contesto situazionale concreto* in cui si situa l'interprete, e del *cotesto*, il testo giuridico complessivo (per come esso è interpretato nelle sue

El art. 1255 CCC párrafo 3º regula un supuesto de hecho de variación de costo de la prestación. Esta situación está conceptualmente relacionada con lo que se viene diciendo del concepto de onerosidad, referida al cambio de valor o costo de la prestación. La conexión sistemática entre estas disposiciones se evidencia en que el art. 1255 CCC hace una salvedad explícita a la disposición del art. 1091 CCC.²⁹¹

Justamente el hecho de dejar a salvo lo normado por el art. 1091 CCC es lo que permite catalogar al aumento o disminución del costo de la obra como un caso de onerosidad. Comparando los supuestos de hecho abstractos de ambos artículos, se ve que el art. 1091 CCC prevé los siguientes requisitos: onerosidad de la prestación, carácter excesivo, alteración extraordinaria de circunstancias por causa ajena a las partes y al riesgo asumido por la afectada. De estos requisitos, sólo uno puede coincidir con el supuesto de hecho del art. 1255 CCC: la onerosidad de la prestación. Por lo tanto, la salvedad que el art. 1255 CCC

varie parti, con l'inclusione delle ricostruzioni dogmatiche di cui è correato) in cui si inserisce la disposizione interpretanda. Il contesto, in queste due versioni è fonte inesauribile di arricchimento e di completamento del significato di partenza. In un *secondo senso*, il contesto è un elemento fondamentale come *contesto distale o di sfondo*, cioè come contesto che contiene (insieme ad altri elementi) tutte le presupposizioni culturali che assicurano, sino a prova contraria, la rigidità del significato convenzionale delle parole o locuzioni contenute nelle disposizioni, o comunque la rigidità del loro significato tradizionalmente accettato e spesso considerato come l'unico possibile (ad esempio, il significato delle clausole generali 'danno ingiusto', 'giusta causa', 'comune sentimento del pudore'). Questo significato convenzionale è destinato a cambiare con l'eventuale mutare del contesto di sfondo (o, meglio, delle assunzioni che ne fanno parte). Da questo punto di vista, pertanto, nessun significato, anche quello che, in un momento dato, viene dato per 'assolutamente scontato', può essere considerato come pregiudizialmente esente da modifiche e trasformazioni, talvolta anche radicali, in un momento successivo." Usando la diferencia entre contexto y cotexto, BARBERIS, Mauro, *Una Filosofia del Diritto per lo Stato Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 136 distingue entre interpretación judicial y doctrinal: "Ma l'interpretazione giudiziale è orientata al *contesto* del caso di applicazione, l'interpretazione dottrinale al *cotesto* formato da tutti gli altri testi -altre disposizioni, altre leggi, principi costituzionali ...- con cui i testi interpretati 'fanno sistema'."

²⁹¹ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 75 califica este tipo de situaciones como remisiones en el supuesto de hecho y explica: "Como es natural, para realizar una interpretación completa, y no sólo parcial, de una remisión es necesario consultar el objeto de remisión."

hace del art. 1091 CCC remite a los demás requisitos de aplicación de este último artículo.

Integrado con los requisitos del art. 1091 CCC, el mayor o menor costo de la obra justifica la modificación del precio si es excesivo y deriva de un cambio extraordinario de circunstancias, ajeno a las partes y al riesgo asumido por la afectada. Estas exigencias son, precisamente, lo que no se dice en el art. 1255 CCC. De allí que la disposición sirva como un campo de prueba para la construcción del concepto de la prestación que se torna excesivamente onerosa.

Para probar la hipótesis, es útil comparar brevemente las dos disposiciones del Código con sus equivalentes del Código derogado, esto es, los arts. 1198 y 1633 del Código Civil, reformados por la ley 17.711. El art. 1198 del Código Civil tenía la misma formulación de la excesiva onerosidad que el art. 1091 CCC, puesto que hacía referencia al supuesto (“si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa”), pero sin proveer definición de lo que se entendía por “onerosa”. A su vez, el art. 1633 del Código Civil decía: “Aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, el locador bajo ningún pretexto puede pedir aumento en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada, salvo lo dispuesto en el art. 1198.”

En la sistematización de estos dos artículos, siendo el supuesto del art. 1633 un caso de onerosidad de la prestación del art. 1198²⁹², era lógico interpretar el concepto de onerosidad exclusivamente como un aumento de costo o valor de la prestación. La razón era evidente: la única referencia a un caso de onerosidad era el art. 1633, que hacía alusión exclusivamente al encarecimiento de los materiales o de la mano de obra. No había en el resto del Código Civil otra disposición que permitiera incluir la disminución del valor o costo de la

²⁹² FLAH; SMAYEVSKY, *Teoría...*, cit., p. 52 señalan la conexión entre los arts. 1198 y 1633 del Código Civil de la siguiente forma: “La nueva formulación de los arts. 1633, 1633 bis y 1638, recoge el espíritu de equidad de la ley 17.711, y el primero consagra específicamente la aplicación del art. 1198 del Código Civil, hallándose reunidos los recaudos correspondientes, modificando la rigidez de la antigua redacción, basada en la imposibilidad de alterar el precio determinado.”

prestación dentro del concepto de onerosidad. La única relación a un caso de onerosidad era un artículo que solamente tenía en cuenta una variación de valor en aumento.²⁹³

Sin embargo, la situación cambia en el Código Civil y Comercial porque, precisamente, el art. 1255 CCC incluye ambos supuestos: aumento y disminución del costo de la prestación del contratista. El art. 1255 CCC disciplina el precio en los contratos de obra y servicio, y su último párrafo se refiere a la hipótesis de un contrato por precio global o unidad de medida. El artículo establece que, en este caso, el precio debe mantenerse igual, aunque la obra o la unidad cueste más o menos de lo previsto, dejando a salvo lo dispuesto en el art. 1091 CCC.

Por lo tanto, si un cambio extraordinario de circunstancias -ajeno a las partes y al riesgo asumido por el afectado- causa un excesivo aumento o una excesiva disminución del costo de la obra, se legitima a la parte perjudicada a pedir la modificación del precio. Ya no se habla solamente del locador, como en el Código derogado. En el sistema del Código Civil y Comercial, el contratista podría pedir un aumento de precio en caso de que subiera el costo de la obra y el comitente podría obtener una baja del precio en caso de disminución del costo previsto.

La diferencia en la formulación de los arts. 1255 CCC y 1633 del Código Civil permite teorizar un cambio en el concepto de onerosidad. Este ahora puede interpretarse como que engloba tanto el aumento como la disminución del valor o costo de la prestación.²⁹⁴ Para comprender la base de esta propuesta de definición hay que tener en cuenta el nuevo texto del art. 1255 CCC y su

²⁹³ A pesar de esto, como se dijo más arriba, para poder incluir la situación de disminución del valor de la contraprestación en el campo de aplicación del art. 1198 Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia crearon la noción de onerosidad como alteración del equilibrio contractual.

²⁹⁴ En rigor, el art. 1255 CCC solamente incluye el aumento o la disminución del costo de la prestación. La inclusión de la disminución de valor como supuesto de onerosidad deriva (no en sentido lógico formal, claramente) de la previa conceptualización de la onerosidad como algo referido al valor o costo.

conexión sistemática con el art. 1091 CCC.²⁹⁵ Si bien esta interpretación, en principio, parece no reflejar lo que se entiende por “oneroso” en el lenguaje común, en cuanto algo que causa gasto o menoscabo, puede comprenderse adoptando un punto de vista particular, indicado por el texto del art. 1091 CCC.

Por ejemplo, si una persona es dueña de una casa y esta baja de valor, es obvio que ha sufrido un menoscabo, por lo que se puede decir que su situación es más onerosa que antes. Si, en cambio, la casa sube de valor, no hay ningún menoscabo. En este caso interesa la perspectiva estática del propietario. Ahora bien, si esa persona tiene comprometida en venta su casa se puede razonar de manera similar. Sin embargo, es importante en este caso tomar un punto de vista particular para determinar si el cambio de valor causa un menoscabo y, en su caso, a quién.

Al tratarse en este caso de una relación contractual, es lógico que la perspectiva que hay que tener en cuenta sea la de alguna de las partes. Releyendo el art. 1091 CCC, el punto de vista que hay que adoptar es el de la perjudicada, ya que la disposición se refiere claramente a la parte afectada por la onerosidad cuando otorga las acciones pertinentes.

En el ejemplo, de cumplirse el contrato al pie de la letra, si el inmueble sube de valor, el afectado que sufre el menoscabo es el vendedor que debe transferir una cosa que ha adquirido mayor valor. Por el contrario, si lo que sucede es una disminución de valor, afectado es el comprador, ya que recibe una prestación de valor menor al que tenía al momento de la conclusión del contrato. En ambos casos, la prestación, al cambiar de valor, causa un menoscabo; lo

²⁹⁵ BARBERIS, *Una Filosofia...*, cit., p. 201 dice: “L’interpretazione letterale di un testo può variare nel tempo per le tre principali ragioni addotte da scetticismo e realismo interpretativo. Anzitutto, perché il *testo* può cambiare senso: singoli termini vengono ridefiniti e l’enunciato è re-interpretato. Poi, perché l’interprete cambia il *cotesto*, gli altri testi con cui il testo interpretato ‘fa sistema’ (...). Infine, e soprattutto, perché cambia il *contesto*: i casi stessi cui il testo si applica, che possono richiederne altre interpretazioni.”

importante es determinar a quién, para ver que tanto el aumento como la disminución pueden causarlo.

Por supuesto que esta es solamente una de las lecturas que los textos legales permiten. Otra manera plausible de ver las cosas es definir la onerosidad del art. 1091 CCC sólo como el aumento de costo o valor, y encuadrar la disposición del art. 1255 CCC como una regla especial que incluye un caso no previsto por la regla general del art. 1091 CCC. Es decir que únicamente en el caso del contrato de obra, dado el supuesto de imprevisión, las partes pueden pedir la adecuación (modificación del precio) tanto en caso de aumento como de disminución del costo de la prestación.²⁹⁶

²⁹⁶ Otra posibilidad interpretativa podría ser que el art. 1255 CCC, en vez de permitir definir la onerosidad como un aumento o disminución de valor o costo de la prestación, lo que hace es aceptar el supuesto de envilecimiento de la contraprestación como un caso de onerosidad de la prestación. En el derecho italiano también se ha usado el artículo que regula la variación de costo del contrato de obra para interpretar las disposiciones de la parte general de los contratos referidas a la excesiva onerosidad sobrevenida y se ha propuesto esa conclusión. Por ejemplo, CAGNASSO, *Appalto...*, cit., p. 138 expresa: “Dal confronto tra la norma contenuta nell’art. 1664 e quella prevista dall’art. 1467 risultano differenze sia sotto il profilo strutturale che sotto il profilo della disciplina: la diminuzione di costo della prestazione dell’appaltatore per diminuzione dei prezzi dei fattori produttivi costituisce, in senso stretto, non un’ipotesi di onerosità della prestazione del committente, bensì un’ipotesi di svilimento della controprestazione, che, secondo una corrente di pensiero, esula dall’area di applicazione dell’art. 1467 (...)” No obstante, es preferible la interpretación que se propone en el texto, sobre todo en el derecho argentino, en el que la conexión sistemática entre los arts. 1091 CCC y 1255 CCC es mucho más fuerte. De hecho, entre estos artículos no hay diferencias ni estructurales ni de disciplina como sucede en el derecho italiano. Lo único que hay en el art. 1255 CCC es una concretización del concepto de onerosidad, mientras el resto de los requisitos para pedir la adecuación surgen del art. 1091 CCC. Para preferir la lectura que se propone en el texto, es esencial notar que el art. 1255 CCC tiene en miras solamente la prestación del empresario cuando habla del aumento o la disminución del costo y no menciona cambios de valor del precio. Por ende, se puede distinguir entre dos cuestiones: a) la onerosidad, que es aumento o disminución de costo y b) la parte que resulta afectada por ese cambio de costo. Si se pretendiera usar el art. 1255 CCC para definir la onerosidad como alteración del equilibrio se estaría ante el mismo impedimento textual del 1091 CCC: la falta de mención de la contraprestación, en este caso, la falta de mención del envilecimiento de la moneda en que se paga el precio. Si la onerosidad fuera alteración de equilibrio ¿por qué el art. 1255 CCC no explicita también la posibilidad de adecuar el contrato en caso de suba o baja en el poder adquisitivo del precio? ¿Por qué no explicita un método de comparación de las prestaciones, en vez de establecer la comparación entre costo previsto al momento de contratar y costo luego del cambio de circunstancias? Parece claro que

Sin embargo, el principal problema de esta interpretación sería la escasa posibilidad de ser aceptada por doctrina y jurisprudencia mayoritarias, ya que deja de lado la hipótesis de onerosidad indirecta para los casos de contratos que no sean de obra. Por el contrario, la definición de la onerosidad como un aumento o una disminución en el costo o valor de una prestación permite dar respuesta a todos los casos abarcados por la posición que define la onerosidad como una alteración del equilibrio contractual.

La tesis de la alteración del equilibrio permite incluir como casos de onerosidad no solamente el aumento de valor de la propia prestación, sino también la disminución de valor de la contraprestación. Por ende, adoptando la definición de la onerosidad como cambio de valor -en alza o en baja- de la prestación en sí, el resultado práctico al que se llega en ambas posiciones es muy similar en los contratos en los que se da la posibilidad de confrontar las prestaciones.

Por ejemplo, supóngase que en un contrato de compraventa entre A (vendedor) y B (comprador), en el que ambas obligaciones estén pendientes de cumplimiento, la cosa baje de valor. Si se considera la onerosidad como aumento o disminución de valor, la prestación que se torna onerosa es la de A, que es la prestación que sufre los efectos del cambio de circunstancias. En cambio, razonando en términos de la alteración del equilibrio, la prestación que se torna onerosa es la de B, ya que se disminuye el valor de su ventaja.²⁹⁷ En ambos casos, el afectado es el comprador, que podrá valerse de las acciones por imprevisión.

En conclusión, se propone definir la onerosidad como un cambio de valor o costo de una prestación entre el momento de la conclusión del contrato y el de cumplimiento. Por ende, la prestación tocada por la alteración extraordinaria de

este artículo toma la onerosidad en función de la prestación en sí y que incluye tanto el aumento como la disminución del costo.

²⁹⁷ La diferencia está cuál es la prestación que se considera excesivamente onerosa. En el capítulo siguiente se verá cuál es la incidencia que esto tiene con relación a la legitimación activa.

circunstancias se torna onerosa si sufre un aumento o una disminución de valor o de costo entre la celebración del contrato y el plazo en que se debe cumplir.

3.3. La prestación en sí: necesidad lógica

Descartada la conceptualización de la onerosidad como aumento de valor de la prestación, la alternativa se da entre dos posturas con resultados prácticos parecidos. Para decidir entre una u otra de estas posiciones, hay que ver si estas son compatibles con el resto de los elementos normativos del art. 1091 CCC. Un análisis atento muestra la incompatibilidad de la teoría del equilibrio y la necesidad lógica de usar el criterio de la prestación en sí misma considerada.

Además de la literalidad de la disposición del art. 1091 CCC -que sólo se refiere a la prestación-, un indicio normativo cierto que sirve para sostener la tesis de la onerosidad en función de la prestación en sí es la inclusión de los contratos aleatorios dentro del campo de aplicación de la imprevisión. En los contratos aleatorios no hay una relación de equilibrio de prestaciones al tiempo de la celebración²⁹⁸, ya que -según la definición del art. 968 CCC- las ventajas o las pérdidas dependen de un acontecimiento incierto.²⁹⁹ Por lo tanto, para esta clase de contratos no se puede utilizar un concepto de onerosidad que tenga en cuenta la relación inicial de equilibrio entre prestaciones.³⁰⁰

²⁹⁸ TURNATURI, “Sacrificio...”, cit., p. 150, con relación a la exclusión de los contratos aleatorios del campo de aplicación de las acciones por excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1469 CCit), dice: “E tutto ciò in quanto nella singolare fisionomia di un contratto aleatorio non è possibile, quand’anche astrattamente pensabile, quantificare il preciso onere economico inizialmente assunto.”

²⁹⁹ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 1, cit., p. 108, luego de señalar que el contrato es conmutativo si al momento de la celebración se puede apreciar de manera inmediata y cierta la relación entre sacrificio y ventaja, expresa: “Por el contrario, cuando esa relación entre sacrificio y ventaja, no es factible de tal apreciación, porque depende de un acontecimiento incierto, el contrato recibe entonces el nombre de aleatorio.” Ya se dijo (capítulo 2, punto 2) que esto es una consecuencia de la incerteza de las ventajas o las pérdidas en el momento del perfeccionamiento del contrato.

³⁰⁰ En el derecho italiano la situación es diferente, porque el art. 1469 CCit excluye específicamente los contratos aleatorios del campo de aplicación de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida. MOSCO, *Gli Effetti...*, cit., p. 139 dice que el art. 1469 CCit excluye los contratos aleatorios por el fundamento mismo de la acción y aclara: “Poichè invero quest’azione tende a rimediare alla grave sproporzione fra le prestazioni corrispettive che si è

La prueba se puede ver en el contrato de juego (art. 1609 CCC). Este es un contrato aleatorio en el que el método de analizar la prestación en sí para medir la onerosidad es inevitable. Por medio de este contrato, las partes compiten en una actividad de destreza física e intelectual y ambas se obligan a pagar un bien a la que resulte ganadora. En este contrato no hay ninguna posibilidad de comparar valores, porque sólo una parte es la que debe pagar.

Por ejemplo, si a consecuencia del juego A debe entregar a la ganadora B una moto en un plazo determinado y la moto sube de valor por hechos extraordinarios antes del término establecido para el cumplimiento, la única forma de analizar la mayor onerosidad es comparando el valor de la moto al momento de la conclusión del contrato y al tiempo del cumplimiento. No hay contraprestación con la que se pueda dar una comparación.³⁰¹

Así como en el contrato de juego, la onerosidad en función de la prestación en sí es un concepto que debe también ser aceptado como una necesidad lógica en todos los contratos que carecen de una relación de equilibrio inicial entre las prestaciones.³⁰² Además, es una noción que se puede aplicar a todos los contratos incluidos en el campo de aplicación del art. 1091 CCC sin

verificata in confronto con quello ch'era il rapporto iniziale dei valori di esse, la stessa azione non può applicarsi ai contratti aleatori, poichè per essi il rapporto iniziale dei valori delle prestazioni rimane del tutto incerto (...)." Además, como el art. 1467 CCit se refiere a los contratos con prestaciones recíprocas -que no sean aleatorios- siempre hay una relación de equilibrio inicial.

³⁰¹ Si se considera que ambas partes estaban obligadas a entregar la moto hasta el momento en que una perdió y pasó a ser la única deudora, entonces la comparación debería ser entre dos cosas iguales, con lo que se dejaría de hecho sin acción a la parte cuya prestación se torna excesivamente onerosa.

³⁰² En el contrato oneroso de renta vitalicia tampoco hay relación de equilibrio inicial que permita comparar prestaciones, porque la extensión de la prestación de quien paga la renta no puede conocerse al tiempo de celebración; por definición, esta depende de la duración de la vida de la persona cabeza de renta. A su vez, en el contrato de seguro de responsabilidad civil se da la misma situación, puesto que entre el pago de las primas y la eventual prestación de indemnización del asegurador no hay ningún equilibrio inicial. Fuera del ámbito de los contratos aleatorios, se puede pensar en los contratos plurilaterales asociativos, en los que no hay relación directa de valor entre las prestaciones de las partes (equilibrio), aunque se puede ver una relación de proporcionalidad entre prestaciones y porcentaje de participación en el resultado común.

ningún inconveniente, cosa que no sucede con la tesis de la comparación entre prestaciones.

Si se define siempre la onerosidad como una confrontación entre prestaciones, entonces los contratos aleatorios quedan fuera del campo de aplicación del art. 1091 CCC. Pero la letra del artículo es clarísima al otorgar las acciones para los contratos aleatorios cuando la onerosidad proviene de causas ajenas al álea propia del contrato.

Por lo tanto, el significado que se dé a la onerosidad tiene que ser coherente con el resto de la formulación lingüística del art. 1091 CCC. La adscripción de significado a la palabra “onerosidad” tiene que ser compatible con la inclusión de los contratos aleatorios en el campo de aplicación. Esto es, el concepto debe poder aplicarse a un contrato aleatorio. Y, como se dijo, en esa clase de contratos el método de la prestación en sí es inevitable. Por ende, la postura de tomar la onerosidad como un cambio de valor de la prestación en sí misma considerada es una necesidad lógica para ciertas clases de contratos.

Una cuestión diferente es si esta definición se tiene que usar, también, para los contratos en que sí hay relación de equilibrio. La posibilidad lógica de utilizarla en este caso está fuera de discusión, aunque se podría plantear la conveniencia de dar diferentes definiciones según clases de contratos. Este es el caso del derecho italiano, que distingue entre contratos con prestaciones recíprocas y con obligaciones a cargo de una sola parte, y a cada clase le aplica un concepto distinto de onerosidad.

Sin embargo, esa operación interpretativa no funciona en el derecho argentino. La base de la distinción de las nociones en el sistema italiano es la existencia de dos artículos distintos para cada una de las clases de contratos. En cambio, para descartar el eventual uso de dos conceptos de onerosidad, hay que

tener en cuenta que en el sistema argentino no hay ninguna base textual para realizar una distinción de ese tipo.³⁰³

Adoptando la tesis de la prestación en sí y de la onerosidad como alteración de valor o costo -sea en baja o en alza-, se logra un concepto unitario de onerosidad. De esta manera, la misma noción se aplica a todas las clases de contratos incluidas en el campo de aplicación del art. 1091 CCC y esto lleva a dar un tratamiento igual a todos los contratantes en casos de imprevisión.³⁰⁴

Para mostrar este trato igualitario, se puede retomar el ejemplo del contrato de juego entre A y B, por el que A debe entregar una moto al ganador B en un plazo determinado. Más arriba se dijo que, en caso de que la moto subiera de valor por hechos extraordinarios entre el momento de la conclusión y el del pago, A podría valerse de las acciones por imprevisión. Ahora bien, si la onerosidad significa aumento o la disminución del valor de una prestación, B también podría acudir a las acciones legales en caso de que el valor de la moto disminuyera abruptamente.

No hay ninguna razón para tratar de manera diferente ambos casos. Si el perdedor del juego tiene el derecho de aminorar su prestación si esta aumenta mucho de valor, ¿por qué no tiene también el deber de aumentarla si la prestación disminuye drásticamente de valor? La situación es la misma en ambos casos, porque siempre hay un patrimonio que sufre un perjuicio. Si hay aumento, es el del deudor; si hay disminución, el del acreedor. Si se distribuye el riesgo en una

³⁰³ Descartar la comparación de prestaciones para definir la onerosidad no significa que aquella no pueda ser útil en las cuestiones relacionadas a la aplicación de las acciones por imprevisión. Para el uso de la comparación de prestaciones se remite al capítulo 5 punto 2.2.

³⁰⁴ El asunto pasa, en todo caso, por decidir si se acepta una noción unívoca de onerosidad, o bien si hay que distinguir según clases de contratos. Si se prefiere esta última opción, hay que distinguir dos situaciones: en los contratos en que se puede ver un equilibrio original de prestaciones, la onerosidad se define como una alteración del equilibrio; en los demás, como un aumento o disminución de la prestación afectada. La ventaja de la noción unitaria es que permite conciliar las soluciones prácticas valorativamente aceptadas con el texto actual de la ley y evita el tratamiento desigual que genera la tesis de la alteración del equilibrio, como se explica en el capítulo siguiente.

situación, hay que distribuirlo simétricamente en la otra, sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 1091 CCC da acción al afectado, sea acreedor o deudor.

Que se trate de un contrato aleatorio lúdico no significa que no sea digno de protección legal. Es cierto que históricamente el contrato de juego era visto con cierto recelo³⁰⁵, pero el art. 1609 CCC cambia esa visión, ya que considera el contrato de juego digno de tutela legal al otorgar acciones de cumplimiento como a cualquier otro contrato.³⁰⁶ Sólo se deja sin acción a los contratos de juego y apuesta de puro azar, para los que el art. 1611 CCC consagra únicamente la *soluti retentio*.

En resumen, la noción de onerosidad como un cambio de valor o costo de una prestación es una necesidad lógica para cierta clase de contratos expresamente incluidos en el art. 1091 CCC. Además, es compatible con todas las categorías de contratos comprendidas en el campo de aplicación de la imprevisión. Por lo tanto, la adopción de esta definición de onerosidad permite usar un solo concepto y, así, garantizar un tratamiento igual en todos los casos de imprevisión.

³⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 537, dice: “En la época en que se sancionó en Código Civil el juego era estimado como ‘propio de vagos o mal entretenidos’, y por ello fue sancionado en algunos casos y, sobre todo, privado de acciones legales, salvo en los supuestos de destreza física.” El art 2055 del Código Civil decía: “Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía”. Comentando el artículo, el autor (*Ibid.*, p. 543) señala: “Por lo tanto, sólo son accionables las deudas que provengan de los juegos mencionados caracterizados por el desarrollo de la habilidad o fuerza física. Esta norma está concebida como una excepción a la regla de la prohibición que el mismo artículo consagra, con lo cual es de interpretación restrictiva, de modo que lo que no está expresamente contemplado no puede ser incluido por extensión analógica. Por esta razón no tienen acción los juegos que no provienen del ejercicio de la fuerza, como los intelectuales y los de mero azar.” La diversa formulación de la norma en el Código Civil y Comercial permite apreciar el cambio de paradigma con respecto al contrato de juego.

³⁰⁶ Con la salvedad del art. 1610 CCC, que da la posibilidad de reducción de la deuda en caso de que esta sea extraordinaria con relación al patrimonio del deudor. El art 1610 CCC sí es una disposición que protege solamente al deudor y no al afectado, como el art. 1091 CCC.

4. Diferencia de otras situaciones

Una vez definido el concepto de onerosidad como el aumento o la disminución de valor o costo de una prestación, hay que delimitar la noción distinguiéndola de situaciones con las que tiene puntos de contacto. Se trata de la dificultad y la imposibilidad de cumplimiento.

La dificultad de cumplir (*difficultas praestandi*) es una situación de carácter subjetivo³⁰⁷ que afecta al deudor y se refiere a la impotencia de su patrimonio para hacer frente a una deuda.³⁰⁸ Por ejemplo, un caso de dificultad puede darse si, en un contrato de compraventa, el deudor del precio no puede pagar porque atraviesa una mala situación económica, aunque esta haya sido causada por un hecho fortuito. La valoración es subjetiva, porque depende solamente de la situación individual de la parte afectada. Se puede decir que su prestación se vuelve más costosa en función de su patrimonio, porque si antes podía pagar la deuda con un 10% de su patrimonio, ahora debe utilizar el 50% o directamente no le alcanza.³⁰⁹

Normalmente, la dificultad de cumplimiento no constituye una excusa para no cumplir o para atenuar la deuda³¹⁰, aunque en algunos casos la ley tiene

³⁰⁷ TARTAGLIA, Paolo, *Eccessiva Onerosità ed Appalto*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 20 dice: “La *difficultas*, infatti, si concretizza in un impedimento di natura soggettiva che scaturisce da eventi che incidono direttamente sulla sfera patrimoniale del debitore e non sulla prestazione che a lui incombe.” Posteriormente, el autor (*Ibid.*, p. 21) aclara que la dificultad de cumplir es una mera construcción doctrinal y que no se encuentra en el vocabulario del Código Civil italiano. En el Código argentino, sólo el art. 698 CCC menciona específicamente la dificultad económica.

³⁰⁸ BOSELLI, *La Risoluzione...*, cit., p. 145 define la dificultad como “l’insufficienza dei mezzi e della economia del debitore”.

³⁰⁹ En contra de lo que se sostiene en el texto, PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 403 se pregunta cómo calcular la excesiva onerosidad en las deudas contraídas en dólares y responde: “Tratándose de particulares, lo más razonable es emplear los niveles de ingresos y el poder de compra efectivo. Así, por ejemplo, y frente a una devaluación, no es lo mismo que una persona esté dispuesta a pagar por un inmueble el equivalente a diez años de su salario que treinta años, y esto, aun cuando aquél mantenga el mismo valor en moneda extranjera.” En el ejemplo propuesto por el autor, la valoración de la excesiva onerosidad se hace con un parámetro claramente de tipo subjetivo y se iguala la noción de onerosidad con la dificultad.

³¹⁰ PINO, *L’Eccessiva...*, cit., pp. 24, 25 explica el fundamento de esa regla de la siguiente forma: “Attribuire alla *difficultas* una rilevanza, significa, praticamente, indebolire la forza dei vincoli giuridici, ottenendo così un risultato profondamente in contrasto con le odierne esigenze sociali.

en cuenta la particular situación patrimonial del deudor. Por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, el art. 1742 CCC faculta al juez a atenuar la indemnización si lo considera equitativo, teniendo en cuenta del patrimonio del deudor. En el campo contractual, el art. 1610 CCC dispone que el juez puede reducir la deuda que surge de un contrato de juego si esta resulta extraordinaria con respecto a la fortuna del deudor.³¹¹ Fuera del Código, el art. 69 de la ley 24.522, de concursos y quiebras, legitima al deudor que tiene dificultades económicas o financieras de carácter general a valerse de la figura del acuerdo preventivo extrajudicial. En estos casos, la referencia a la situación subjetiva del patrimonio del deudor es evidente.

Por el contrario, el criterio para apreciar si una prestación se ha tornado onerosa tiene que ser objetivo³¹², puesto que la ley refiere la onerosidad excesiva

È più necessario consolidare che indebolire i vincoli giuridici, per evitare il triste fenomeno, che sembra aver caratterizzato i tempi moderni, e, cioè, il progressivo infiacchirsi degli istituti giuridici.”

³¹¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 717 aclara que la disposición del art. 2056 del Código Civil -similar al art. 1610 CCC- nada tiene que ver con la noción de excesiva onerosidad.

³¹² APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 258; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La imprevisión y su aplicación a la compraventa de inmuebles por hiperinflación”, *La Ley*, cita online AR/DOC/1880/2001, p. 2; LORENZETTI, *Tratado...*, cit., p. 522; BOSELLI, *La Risoluzione ...*, cit., p. 141; MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOEFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des Obligations*, 8º ed., Lgdj, Paris, 2016, p. 408 (referido al nuevo art. 1195 del Código civil francés). SACCO; DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 1699 dicen: “L’onerosità eccessiva va riferita alla prestazione considerata oggettivamente, e non alla situazione soggettiva in cui si trova il debitore.” En realidad, más allá del amplio consenso doctrinal, el Código Civil y Comercial no establece este requisito de manera explícita, ni tampoco lo hace el Código italiano. MOSCO, *Gli Effetti...*, cit., p. 139 explica que en el derecho italiano la valoración de la onerosidad con carácter objetivo viene de la *Relazione al Codice* y de la concorde opinión de doctrina y jurisprudencia. De allí que, también en el derecho argentino, se considere como requisito la apreciación objetiva de la onerosidad. Claro que, como se dice en el texto, la onerosidad se refiere a la prestación y esto es un buen indicio para adoptar la valoración objetiva, sobre todo si se pone en contraste con los arts. 1610 y 1742 CCC. En el derecho italiano, la diferencia entre apreciación subjetiva y objetiva es más clara si se tiene en cuenta el art. 2058 CCit, sobre responsabilidad extracontractual. El artículo faculta al juez a disponer que el resarcimiento se haga sólo por equivalente en caso de que la reintegración en forma específica resulte excesivamente onerosa para el deudor. La valoración objetiva de la onerosidad también es la visión que prevalece en función de la formulación de los Principios Unidroit, tal como lo sostiene BRUNNER, Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Wolters Kluwer, Great Britain, 2009, p. 400: “As for an increase in the cost of performance, the decrease in value of the counter-performance must also be capable of objective

a la prestación.³¹³ El texto del artículo no dice que la prestación tiene que tornarse excesivamente onerosa para una de las partes³¹⁴, sino que simplemente habla de la prestación que deviene más onerosa a causa de la alteración de circunstancias. Además, este criterio es el único compatible con el concepto de onerosidad como alteración del valor o del costo de la prestación.³¹⁵

measurement; a mere change in the personal opinion of the receiving party as to value of the performance is of no relevance.”

³¹³ RIVERA; CROVI; DI CHIAZZA, *Contratos*, cit., p. 532 explican que “el mero hecho de que la parte que invoca la excesiva onerosidad obtenga ganancias en virtud de otras actividades que realiza o de otros contratos no constituye obstáculo alguno para hacer lugar a las acciones previstas en el art. 1091.” BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La imprevisión frente a los sistemas convencionales de reajuste del valor de las deudas dinerarias”, *La Ley*, cita online AR/DOC/984/2001, p. 2 cita un caso de la Cámara Nacional Civil, sala C, del 9/12/1974 en el que se dijo: “La teoría de la imprevisión alude a la excesiva onerosidad de las prestaciones establecidas en los contratos en relación con las prestaciones de la otra parte, no a la que resulte de las condiciones patrimoniales del deudor, es decir, de su empobrecimiento o del aumento de sus erogaciones.” No obstante, recientemente en jurisprudencia se puede ver un ejemplo diametralmente opuesto en el caso “Carbone, Manuel R y otra c/ Abad, Julián H. s/cumplimiento de contrato” decidido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala 1, el 16/6/2017, cita online IJ-XD-890, referido a una permuta de inmueble por terneras, en que se dijo: “En efecto, si observamos el contrato desde una perspectiva puramente objetiva, podríamos concluir que el inmueble se tornó demasiado oneroso para el demandado. Sin embargo, (...) no interesa tanto la equivalencia objetiva, sino que el juez debe recurrir a la equidad, y tener en cuenta otros aspectos como son las circunstancias del caso y la `situación patrimonial de las partes` (...). Trasladando estos conceptos al caso de autos, el demandado es productor agropecuario y por tanto puede producir terneras (...), de modo que si bien la permuta, aisladamente considerada, le pudo haber resultado un mal negocio, ha de presumirse que su situación económica general mejoró sensiblemente con la suba del precio de la carne.”

³¹⁴ BRACCIANTI, *Degli Effetti...*, cit., p. 82.

³¹⁵ CAGNASSO, *Appalto...*, cit., p. 154. No obstante, a pesar del consenso en la doctrina argentina acerca de la valoración objetiva de la onerosidad, la jurisprudencia a veces tiende a confundir la noción de onerosidad con la mera dificultad subjetiva del deudor. Por ejemplo, FLAH; SMAYEVSKY, *Teoría...*, cit., p. 170 citan un caso en que se dijo que “para que funcione el instituto de la imprevisión, según lo dispone el art. 1198 del Cód Civil, es necesario que una de las prestaciones se haya tornado excesivamente onerosa, y tal situación se da cuando el mantenimiento de la obligación en los términos originarios significará para el deudor un grave quebrantamiento o su ruina económica (...).” Obviamente, si la onerosidad se da cuando produce una ruina económica del deudor, la valoración es subjetiva, puesto que mucho depende del patrimonio del deudor.

Tomar un parámetro objetivo para valorar la onerosidad significa que la particular situación patrimonial del afectado³¹⁶ es irrelevante a los fines de la imprevisión. Esto no implica, por supuesto, que dificultad y onerosidad estén totalmente desconectadas. De hecho, la mayor onerosidad puede, en algunos casos, tener influencia sobre la dificultad que una persona tenga para cumplir.³¹⁷

En efecto, desde el punto de vista del deudor, el hecho de que su prestación se torne excesivamente onerosa -por aumento- puede ser causa de una dificultad de cumplir. No obstante, también puede suceder que la mayor onerosidad no afecte en nada la capacidad patrimonial del deudor.³¹⁸ Sea en uno como en otro caso, como corolario de la apreciación objetiva de la onerosidad, el deudor puede pedir la resolución o adecuación del contrato.³¹⁹

³¹⁶ Otra diferencia entre dificultad y onerosidad es que la primera solamente puede referirse al deudor, mientras que, en la onerosidad, por expresa indicación legal, el punto de vista que hay que tener en consideración es el de la parte afectada, sea deudor o acreedor.

³¹⁷ TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 113 dice que los conceptos de onerosidad y dificultad no se pueden asimilar, porque no siempre se sobreponen en el caso concreto. El autor (*Id.*) concluye diciendo que “se è infatti vero che all'onerosità spesse volte si accompagna una condizione di difficoltà del debitore ad eseguire la prestazione, non è men vero che l'onerosità può pienamente sussistere pur in assenza di una concomitante situazione di difficoltà.”

³¹⁸ Por ejemplo, A y B celebran un contrato de obra por 500 mil pesos y A debe entregar la obra a los 6 meses de la celebración. A los 3 meses, un cambio extraordinario en el mercado hace que el costo de la obra de A se cuadruplique. Si A tiene activos patrimoniales por 1000 millones de pesos, es obvio que la mayor onerosidad de la prestación no se traduce en una dificultad para cumplir. En este caso, la diferencia entre la onerosidad y la dificultad subjetiva es clara.

³¹⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 736, irónicamente, dice: “Una concepción sentimentalista del Derecho podrá quizás pretender que lo que es excesivamente oneroso para la generalidad, puede no serlo para un deudor concreto.” Luego concluye (*Ibid.*, p. 737): “Que un desequilibrio sobreviniente sea tolerable o no para un contratante concreto, es algo que no concierne examinar al juez.” MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2º ed., Hart Publishing, Oregon, 2006, pp. 327, 328 señalan que, en la jurisprudencia alemana de la época de la primera guerra mundial, se comenzó a excusar -estirando la noción de imposibilidad a la imposibilidad económica- el incumplimiento de los deudores en caso de que el cumplimiento, más oneroso por la alta inflación, los llevara a la ruina. Sin embargo, los autores explican que el criterio no se mantuvo en la jurisprudencia posterior porque implicaba hacer una distinción injusta. Los autores (*Ibid.*, p. 328) concluyen el punto diciendo: “Another Division of the *Reichsgericht* thus wondered whether this defence led to an unfair distinction between wealthy and impecunious or badly organised debtors, the latter categories too easily attracting the sympathy of the courts (RGZ 103, 177, 178); and by the end of 1921, when the movement of prices had become even more pronounced, this theory was abandoned.”

Delimitados los conceptos de dificultad y de onerosidad, hay que ver en qué se distingue esta última de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. El Código regula la imposibilidad de cumplimiento como un modo de extinción de las obligaciones diverso del pago en la sección 6º del capítulo 5º del título referido a las obligaciones en general.³²⁰

El art. 955 CCC, rubricado “definición”, dice: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.” El art. 956 CCC se refiere a la imposibilidad temporaria y dice: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.”

³²⁰ En esta materia incide el art. 60 ARP, que modifica el art. 955 e incorpora los arts. 955 bis, 955 ter y 955 quater. A continuación, se reporta el texto de los artículos:

“Art. 955. Definición. La imposibilidad total, sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad.

Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

Si lo debido es fungible puede reclamar un bien equivalente más los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya generado.”

“Art. 955 bis. Imposibilidad total de entregar una cosa. Se considera que hay imposibilidad total de entregar la cosa debida si: a) se destruye completamente; b) desaparece de manera que no se sabe de su existencia; c) debe estar en el comercio para poder ser objeto de la relación jurídica, y es puesta fuera de él.

Iguales reglas se aplican en lo pertinente a los bienes que no son cosas.”

“Art. 955 ter. Imposibilidad parcial. Si la imposibilidad es parcial, el acreedor tiene derecho a optar entre: a) reclamar el cumplimiento de la prestación en la parte que es posible, con disminución proporcional del precio si estuviese fijado o para disolver la obligación; b) reclamar el valor del bien debido; c) reclamar un bien equivalente, si el debido es fungible.

Si la imposibilidad de cumplir obedece a causas que comprometen la responsabilidad del deudor, debe reparar los daños conforme a lo dispuesto en el tít. V de este libro.”

“Art. 955 quater. Obligación de dar para restituir. Si la obligación es de dar para restituir y la cosa cierta sufre deterioros por causas ajenas a la responsabilidad del deudor, este debe entregar la cosa cierta deteriorada en el estado en que se encuentra y el acreedor está obligado a recibirla.”

En términos generales, hay imposibilidad cuando el deudor se ve impedido, jurídica o materialmente³²¹, de ejecutar la prestación a la que se ha comprometido.³²² De la lectura conjunta de los arts. 955 y 956 CCC, se infiere que hay dos parámetros para que una situación de imposibilidad se considere imposibilidad sobrevenida de cumplimiento en sentido técnico: esta debe ser absoluta y objetiva.³²³

El carácter absoluto de la imposibilidad quiere decir que el impedimento que afecta la prestación no puede ser superado de ninguna manera, sea cual sea el esfuerzo del deudor.³²⁴ El carácter objetivo, tal como en el caso de onerosidad,

³²¹ El art. 888 del Código Civil decía textualmente: “La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor.” El texto del nuevo Código utiliza palabras similares en el art. 725, al regular los requisitos de la prestación; no obstante, la caracterización totalmente rígida de la imposibilidad es atenuada por el art. 1732 CCC, como se dirá más adelante en el texto.

³²² LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo 3, 5º ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 249 explica la imposibilidad de pago en contraposición con la noción de dificultad: “Queda descartada, pues, una dificultad para cumplir, ‘difficultas prostandi’, por extremada que ella sea, aún ruinosa para el deudor: tal evento no libera al deudor aunque él puede encontrar un paliativo para remediar lo infortunado de su situación en el juego de la teoría de la imprevisión.”

³²³ Para determinar los elementos definitorios de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento hay que buscar qué tienen en común los supuestos de los arts. 955 y 956 CCC. Lo común es precisamente el hecho de que el impedimento sea objetivo y absoluto. El carácter definitivo o temporario no es elemento definitorio de la imposibilidad de cumplimiento, sino una calificación ulterior que sirve para determinar cuál es la disciplina aplicable al fenómeno de la imposibilidad de cumplimiento. Es decir, si la imposibilidad (en sentido genérico) no es absoluta y objetiva, entonces no es imposibilidad de cumplimiento (en sentido técnico-jurídico). Por el contrario, si se configura el fenómeno de la imposibilidad de cumplimiento (por definición absoluta y objetiva), esta puede ser definitiva, si es irreversible, o temporaria, si la prestación puede volver a ser susceptible de ejecución. En síntesis, que la imposibilidad de cumplimiento sea temporaria o definitiva no es relevante para determinar el significado del sintagma “imposibilidad de cumplimiento”, sino que es una clasificación relevante para determinar la disciplina aplicable.

³²⁴ BIANCA, *Diritto Civile 4. L'Obbligazione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 531, referido al derecho italiano, que no cuenta con una definición de la imposibilidad de cumplimiento, sino que regula sus efectos en los arts. 1256-1259 CCit, en el ámbito de las obligaciones, y 1463-1466 CCit, en el campo de la resolución del contrato. CAZEAUX, Pedro N.; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Tomo 2, 2º ed., Librería Editora Platense, La Plata, 1992, p. 230 definen el carácter absoluto teniendo en cuenta lo que generalmente se entiende por objetivo cuando dicen: “Por regla general, la imposibilidad debe ser absoluta, es decir que lo sea para todo el mundo y no únicamente para la persona del obligado; pero en las obligaciones de hacer *intuitu personae*, en las que se ha tenido particularmente en cuenta las condiciones

significa que la imposibilidad se debe referir a la prestación en sí misma considerada y no con relación a persona del deudor o a su patrimonio.

Si bien estos requisitos pueden parecer muy rigurosos y, por ende, de difícil configuración en la práctica, el art. 1732 CCC, ubicado en el campo de la responsabilidad civil, establece un parámetro de apreciación de la imposibilidad basado en las exigencias de la buena fe y de la prohibición del ejercicio abusivo del derecho. De esta manera se atenúa el juicio de apreciación de la existencia de la imposibilidad de cumplimiento³²⁵, que no coincide necesariamente con una imposibilidad en el sentido común de la palabra.³²⁶

Una vez que se determina cuál es el límite -según los parámetros del art. 1732 CCC- del esfuerzo requerido al deudor para superar los obstáculos que se presenten, sólo se pueden dar las siguientes dos situaciones: o la prestación se considera posible, o bien imposible. Lo que no llegue al límite de la imposibilidad puede ser, a lo sumo, una simple dificultad, que generalmente no sirve para excusar un incumplimiento. Por esto se dice que la imposibilidad es

especiales del deudor, una imposibilidad relativa que sólo afecte a este último, puede constituirse sin embargo en causal extintiva de la obligación por imposibilidad de cumplimiento.”

³²⁵ CARESTIA, Federico, en HERRERA; CAMELO; PICASSO, *Código...*, cit., Tomo 3, p. 331 da el siguiente ejemplo de atenuación del carácter objetivo de la imposibilidad: “En este contexto, un impedimento que solo afecta al deudor (como la pérdida de la visión para realizar un retrato) puede ser tenido en cuenta para configurar una imposibilidad objetiva. Es que en este supuesto el inconveniente está íntimamente relacionado con la prestación.”

³²⁶ BOSELLI, *La Risoluzione...*, cit., p. 144 explica que, para determinar el concepto jurídico de imposibilidad, la ley establece cuál es el límite hasta el cual el deudor está obligado a cumplir y luego acota: “Vero è (...) che tutti gli impedimenti alla prestazione, siano più o meno intensi ed estesi, si dispongono idealmente come una serie continua e crescente che da gradi di minore o di minima *difficoltà* procede via via verso gradi di *difficoltà* massima; ed è vero che per stabilire il limite fino al quale il dovere di adempimento del debitore deve spingersi (c.d. *impossibilità* giuridica della prestazione), il legislatore è libero di prescegliere uno qualunque fra codesti gradi, ancorchè non coincidente con quello della *impossibilità* fisicamente o naturalisticamente intesa.” En el mismo sentido, antes de aclarar que la noción de imposibilidad no es otra cosa que una situación de dificultad, COTTINO, Gastone, *L’Impossibilità Sopravvenuta della Prestazione e la Responsabilità del Debitore*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 4 dice: “Il debitore può incontrare, nell’adempimento, ostacoli di svariata natura che lo pongono in una situazione più o meno intensa di *difficoltà* ad adempiere: il problema dell’interprete è di stabilire quali di queste difficoltà siano state accolte nella *nozione giuridica* di impossibilità. Non esiste mai un limite rigido. La zona dell’impossibilità può allargarsi e restringersi in base a semplici considerazioni di politica legislativa.”

una noción cualitativa³²⁷, puesto que no hay grados de imposibilidad. O la prestación es posible o es imposible: *tertium non datur*.

Por el contrario, la noción de excesiva onerosidad es cuantitativa³²⁸, porque la onerosidad es susceptible de alcanzar diferentes niveles, ya que la prestación puede tornarse más o menos onerosa. La onerosidad es el cambio de valor o costo de la prestación que puede graduarse en una escala hasta llegar al punto en que la onerosidad se considera excesiva y adquiere relevancia para el derecho.³²⁹

Desde el punto de vista conceptual, la diferencia entre imposibilidad de cumplimiento y onerosidad radica en que esta hace exclusivamente referencia al cambio de valor o costo de la prestación, mientras que la imposibilidad se traduce en un impedimento de ejecutar la prestación.³³⁰ Sin embargo, se ha

³²⁷ CAGNASSO, *Appalto...*, cit., p. 174.

³²⁸ TUCCARI, Emanuele, *Sopravvenienza e Rimedi nei Contratti di Durata*, Cedam, Milano, 2018, p. 17 explica que el debate sobre la diferencia entre excesiva onerosidad e imposibilidad en el derecho italiano se ha consolidado actualmente en la conclusión que “le disposizioni riconducibili alla prima disciplinano gli eventi che modificano principalmente il valore di scambio della prestazione contrattuale (cc.dd. `variazioni quantitative`); le disposizioni riconducibili alla seconda disciplinano gli eventi che incidono direttamente sul contenuto contrattuale (cc.dd. `variazioni qualitative`).”

³²⁹ TERRANOVA, *L'Eccessiva...*, cit., p. 117, luego de explicar que lo único que acomuna la imposibilidad de cumplimiento y la onerosidad es que ambas nociones están pensadas para tutelar al deudor en caso de eventos sobrevenidos que afectan la prestación, dice: “Sotto ogni altro profilo le nozioni di impossibilità e onerosità sono concettualmente distinte ed operative su piani significativamente diversi: il primo è parametro di natura esclusivamente qualitativa tendente alla verifica della possibilità o meno della prestazione; il secondo è referente d'ordine esclusivamente quantitativo diretto all'accertamento del grado di aggravio della prestazione.”

³³⁰ En jurisprudencia se ha explicitado la distinción entre onerosidad e imposibilidad en los casos relacionados con el cepo cambiario del año 2012. Los deudores de dólares, a causa de la comunicación del Banco Central de la República Argentina n° 5318, no podían adquirir la divisa estadounidense en el mercado cambiario, sino que debían recurrir a operaciones financieras que tenían un costo mayor al del tipo de cambio oficial peso/dólar. En el caso “Producción Animal S.R.L. c/ B.M.I. s/consignación”, del 5/4/2016, cita online MJ-JU-M99018-AR, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A dijo: “Aun en caso de que la normativa vigente en ese momento no les haya permitido a los deudores adquirir directamente en una entidad financiera la totalidad de las sumas necesarias para cancelar sus obligaciones, lo cierto es que existían mecanismos -como la adquisición de títulos de la deuda pública y su posterior liquidación en el mercado de valores- por medio de los cuales podría haberse hecho de la precitada divisa; y que esto resultara eventualmente más oneroso para los deudores no implica

planteado la cuestión de saber si una situación de excesiva onerosidad de la prestación no pueda asumir un grado tan elevado como para transformarse en imposibilidad.³³¹

La solución, para evitar confusiones conceptuales, puede pasar por distinguir el tipo de prestación de que se trata y ver si lo que está en juego es una onerosidad por aumento³³² de valor o de costo. Se puede excluir la imposibilidad siempre que se dé un aumento de valor de una prestación que consista únicamente en dar una cosa, por más extremo que sea.³³³ En este caso, el remedio que se puede utilizar es exclusivamente la teoría de la imprevisión.

El asunto se torna más complicado si la onerosidad se produce por aumento de costo de una prestación de hacer en la que el deudor se compromete a lograr un resultado desplegando una actividad. En esta hipótesis, el cambio de circunstancias hace que el resultado esperado por la actividad sea físicamente posible, pero la actividad comprometida por el deudor para obtenerlo se torna extremadamente más onerosa. En este caso, primero hay que determinar con precisión la actividad a la que el deudor se ha comprometido según el contrato en cuestión.

Delimitado el contenido de la prestación, la clave para distinguir entre una situación de imposibilidad de cumplimiento y una de onerosidad está en el

que pueda hablarse de imposibilidad de cumplimiento, que en tanto tal debe tener siempre carácter absoluto.”

³³¹ CAGNASSO, *Appalto...*, cit., p. 176, citando a Trimarchi, pone el ejemplo de un contrato de transporte celebrado por una empresa de transporte terrestre que no puede ejecutar la prestación a causa de un bloqueo de todas las vías terrestres. En ese caso, según Trimarchi, se estaría frente a un caso de imposibilidad y no de mayor onerosidad, puesto que no puede pretenderse que la empresa realice el transporte por vía aérea. Cagnasso (*Id.*) expresa: “Tale soluzione è condizionata a) all'accoglimento della tesi che ritiene rilevante anche l'impossibilità `relativa' (nel caso: alla natura dell'impresa del debitore) b) alla natura della prestazione promessa (nel caso: di trasporto).”

³³² Obviamente que si lo que se produce es una onerosidad por disminución de costo o valor de una prestación -incluida dentro del concepto de onerosidad propuesto en el punto anterior- la posibilidad de confusión entre onerosidad e imposibilidad ni siquiera se presenta.

³³³ La solución se ve ratificada por el Anteproyecto de Reformas Parciales, que no incluye este caso entre los supuestos del art. 955 bis, referido a la imposibilidad total de entregar una cosa.

análisis del contenido de la prestación antes y después del cambio de circunstancias. Si el contenido de la actividad del deudor es el mismo que el originalmente prometido, el aumento del costo, por excesivo que sea, sólo puede encontrar un paliativo en el juego del art. 1091 CCC, ya que se trata únicamente de onerosidad. Por el contrario, si el cambio de circunstancias hace que la prestación no sólo sea excesivamente onerosa, sino además que su contenido sea sustancialmente diverso al originario, el parámetro de la buena fe del art. 1732 CCC podría llevar a que se configurara una situación de imposibilidad.

Un ejemplo simple, sobre la plataforma fáctica de los casos por el cierre del canal de Suez entre noviembre de 1956 y abril de 1957, puede ayudar a echar luz sobre el asunto.³³⁴ En un contrato se establece que A se obliga a transportar por barco mercadería desde Sudán hasta Francia en un plazo determinado. La ruta más directa para realizar el transporte pasa a través del canal de Suez. Luego de la conclusión del contrato, se produce el cierre del canal a causa de una guerra, por lo que la única ruta navegable para transportar la mercadería es a través del Cabo de Buena Esperanza.

En un caso de estas características, solamente si la prestación está descrita con una ruta predeterminada, que prevé el paso por el canal de Suez, se puede decir que el cambio de circunstancias (cierre del canal) causa la imposibilidad de la prestación. En esta hipótesis, la obligación de A es transportar la mercadería a través del canal de Suez. Por lo tanto, delimitada con precisión la obligación, es claro que el cierre del canal hace imposible el transporte en esas condiciones.

En cambio, si el contrato solamente dispone que la prestación de A consiste en transportar la mercadería por barco, sin precisar la ruta, la situación

³³⁴ La base del ejemplo es el caso inglés “Albert D. Gaon & Company v. Société Interprofessionnelle des Oléagineux fluides Alimentaires”, analizado en BIRMINGHAM, Robert L., “A second look at the Suez Canal cases: excuse for non performance of contractual obligation in the light of economic theory”, *Articles by Maurer Faculty*, Paper 1700, 1969, en línea en <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2702&context=facpub>.

que se crea por el cambio de circunstancias no altera el contenido de la prestación asumida. La prestación en sí no cambia; lo que se ve afectado es el mayor costo que se le genera a A por tener que realizar el transporte por una ruta más larga.

Por supuesto que también se podría argumentar que, a pesar de la falta de precisión del contrato, una interpretación razonable podría llevar a delimitar la prestación en el sentido de que incluye una ruta específica. Esta sería una cuestión de interpretación que debería ser argüida y probada por la parte de manera concreta con elementos externos al contrato (información precontractual, comunicaciones posteriores a la celebración, etc.).

Más allá del ejemplo sugerido, lo que debe quedar claro es que el criterio de distinción entre excesiva onerosidad e imposibilidad propuesto en el texto se debe aplicar *post interpretationem*, esto es, luego de la delimitación³³⁵ de la prestación a través de la interpretación del contrato.³³⁶ Realizada esta tarea, si la conclusión es que la prestación sigue siendo idéntica a sí misma, pero con variación de costo, la situación es de onerosidad. Por el contrario, hay imposibilidad si el contenido de la prestación sufre una alteración sustancial.

³³⁵ Con el criterio de distinción indicado, a mayor precisión de la prestación, mayor será la probabilidad de que se configure una situación de imposibilidad.

³³⁶ PIZARRO, "Reflexiones...", cit., p. 4 advierte que el principio de la buena fe sirve también para calibrar y modular el objeto de la obligación.

CAPÍTULO 5. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA PARTE QUE HA CUMPLIDO

Una vez que se configura, en un caso concreto, el supuesto de hecho abstracto de la imprevisión, el art. 1091 CCC prevé la posibilidad de pedir la resolución o la adecuación del contrato como consecuencia jurídica. En el caso del derecho italiano, solamente se puede demandar la resolución, aunque se concede a la parte demandada el poder de ofrecer una adecuación del contrato para evitar la resolución.

Hay dos cuestiones relevantes para determinar si una parte que ya ha cumplido su prestación tiene a disposición las acciones por imprevisión. Por un lado, hay que establecer cuál es la prestación que debe sufrir una variación de costo o valor, es decir, cuál es la prestación que se tiene que tornar excesivamente onerosa. En este punto, los textos legales del derecho italiano y del derecho argentino no difieren en lo sustancial. Mientras que, para resolver este punto, el art. 1467 CCit hace referencia a “la prestación de una de las partes”, el art. 1091 CCC, a “la prestación a cargo de una de las partes”. Por el contrario, la diversa conceptualización de la onerosidad tiene especial importancia.

Por otro lado, para calibrar el alcance de la legitimación, hay que prestar atención a la formulación legal con la que se conceden las acciones.³³⁷ En este tema, las letras de los artículos 1467 CCit y 1091 CCC presentan algunas diferencias relevantes. Mientras el art. 1467 CCit concede el poder de pedir la resolución a la parte que debe la prestación que se torna excesivamente onerosa, el art. 1091 CCC otorga las acciones a la parte que es afectada por la excesiva onerosidad de la prestación.

³³⁷ A los fines de este trabajo no interesa la legitimación que el art. 1091 CCC otorga al tercero a quien le han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones resultantes del contrato. Para una crítica de la formulación legal en ese punto se puede ver APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., pp. 277, 278.

Dirimir cuál es la prestación que tiene que tornarse excesivamente onerosa y quién es la parte perjudicada por la onerosidad son dos asuntos esenciales para definir en qué casos una parte que ya haya cumplido puede valerse de las acciones. Por lo tanto, siguiendo ese orden, se profundizan estos aspectos del derecho argentino a través de la comparación con el régimen italiano.

1. La prestación que se torna onerosa

El art. 1467 CCit expresa que la prestación que debe devenir excesivamente onerosa por los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles es la prestación de una de las partes. A su vez, de manera más categórica, el art. 1091 CCC dispone que la prestación que tiene que tornarse onerosa como consecuencia de la alteración de circunstancias es la prestación a cargo de una de las partes.

Corolario de estas formulaciones es que, para acceder a las acciones, la prestación en cuestión no debe haber sido cumplida, ya que el cumplimiento produce la extinción de la prestación. Al haber dejado de existir, ya no se está frente a una prestación; por lo tanto, no puede tornarse más ni menos onerosa.³³⁸ El texto argentino expresa esta idea de manera cabal, puesto que dice que la prestación debe estar “a cargo” de una de las partes cuando se produce el cambio de circunstancias. *Ergo*, si la prestación fue cumplida, ya no está a cargo de la parte.

Por ejemplo, en un contrato A se obliga frente a B a transportar determinada mercadería a cambio de 2 mil pesos, que se deben pagar en el plazo de 1 mes. A transporta la mercadería y, posteriormente, el precio de la nafta sube

³³⁸ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 947 explica que “se la prestazione è esaurita -cioè completamente uscita dalla sfera di chi la doveva, e completamente entrata nella sfera di chi l’attendeva- gli eventi che la riguardano toccano qualcosa che in realtà non è più ‘prestazione’, ma è oramai elemento interno al patrimonio della parte accipiens.”

por causas extraordinarias. Como consecuencia del aumento de costo, los transportes de mercaderías suben también de precio.

En una situación de este tipo, B no puede pretender modificar el contrato con fundamento en la excesiva onerosidad aduciendo que el costo actual de un transporte, igual al que B ha ya realizado, es ahora más elevado. El cambio de circunstancias no ha afectado la prestación a cargo de B, ya extinguida, sino el costo de actividades similares a las desempeñadas por B en el marco del contrato celebrado con A.

Sin embargo, a veces la situación parece más confusa, aunque la conclusión, a fin de cuentas, sea la misma. En ciertas clases de contratos, puede suceder que el bien que una parte se había obligado a transferir a la otra suba de valor con posterioridad al cumplimiento de la prestación. Por ejemplo, en una compraventa, A ejecuta su prestación mediante la transferencia de un automóvil a B el 1/1/2018 y, luego, el auto sube de valor. Podría pensarse que A tiene derecho obtener la adecuación en función del nuevo valor del bien. Sin embargo, tampoco en este caso la prestación está “a cargo” de una de las partes, por lo que la literalidad de la ley impide otorgarle la acción.

Para entender esta conclusión, hay que recordar que la prestación es el comportamiento debido por el deudor.³³⁹ En este caso, la prestación es la

³³⁹ En referencia al objeto de la obligación, luego de repasar las distintas teorías sobre la prestación, PIZARRO, “Reflexiones...”, cit., p. 4 dice: “Nosotros pensamos que el objeto de la obligación está dado por el comportamiento debido por el deudor (prestación) y por el interés perseguido por el acreedor que debe ser satisfecho a través de aquella. (...) El objeto de la obligación consiste, de tal modo, en un plan o proyecto de conducta futura del deudor para satisfacer un interés del acreedor.” En el derecho italiano, BIANCA, *Diritto Civile 4...*, cit. p. 68 define la prestación como “il programma materiale o giuridico che il debitore è tenuto a realizzare e a cui il creditore ha diritto.” Estos conceptos están referidos a la prestación de la obligación y, en parte, coinciden con lo que puede pasar con respecto a la prestación contractual. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 318 explica que la noción de prestación contractual es más amplia que la prestación de la obligación y dice: “O meglio, se un contratto ha effetti solo obbligatori, può ammettersi che l’una assorba l’altra. Non così tutte le volte che il contratto abbia effetti costitutivi di diritti reali o traslativi di diritti (...)” El argumento es válido también en el derecho argentino, ya que, en el sistema del Código Civil y Comercial, el contrato no tiene solamente por efecto la creación de obligaciones.

transferencia de la propiedad y no la cosa en sí, que -en todo caso- constituye el objeto mediato del contrato.³⁴⁰ Realizada la transferencia, la prestación como tal deja de existir y, por lo tanto, no puede volverse más onerosa, por más que el valor del bien sobre el que recaía la prestación ya cumplida sufra una gran variación de valor. En el ejemplo, el automóvil, luego del cumplimiento de la prestación, se incorpora en el patrimonio del contratante que lo recibe, por lo que los aumentos o disminuciones de valor que sufra benefician o perjudican únicamente al actual propietario.³⁴¹

En conclusión, el hecho de que la prestación de la cual se predica la excesiva onerosidad a causa del cambio de circunstancias esté todavía pendiente de cumplimiento es un requisito de aplicación de la figura. Dicho de otra forma: una prestación ya cumplida no puede tornarse excesivamente onerosa. Ahora bien, el cumplimiento de este requisito en casos concretos muestra notables diferencias aplicativas según el concepto de onerosidad que se adopte.

En el capítulo anterior se dijo que hay dos formas de conceptualizar la onerosidad: con relación a la contraprestación y en sí misma. En el derecho

³⁴⁰ LUMINOSO, Angelo, *La Compravendita*, 8ª ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 47, 48 explica que, para determinar cuál es el objeto del contrato de compraventa, se debería primero tomar posición acerca del concepto de “objeto del contrato” entre las siguientes posturas: “Secondo la maggior parte degli autori l’oggetto della vendita è costituito dalla *cosa* e dal *prezzo*; per altri, la cosa è oggetto solo mediato e il diritto è oggetto immediato; altri scrittori ancora ravvisano l’oggetto immediato nel *trasferimento* della proprietà e quello mediato nel bene oggetto del trasferimento.” Esta última posición es la que parece tener acogida en el art. 1123 CCC, según el cual las prestaciones que nacen del contrato de compraventa son el pago del precio y la transferencia de la propiedad de una cosa. Por tanto, la prestación no puede identificarse directamente con la cosa. Esto explica que, si la cosa ya ha sido transferida, no subsiste ninguna prestación a cargo del vendedor. En términos más genéricos, el art. 1005 CCC da una indicación clara de que el objeto del contrato no debe confundirse *tout court* con el bien al disponer que “cuando el objeto se refiere a bienes, éstos deben estar determinados en su especie (...)” De la primera parte de la formulación lingüística se deduce que el objeto no es el bien, sino que, a veces, puede referirse a bienes. Por supuesto que este modo de ver la cuestión no incide en el hecho de que una prestación todavía no cumplida pueda tornarse más onerosa porque, por ejemplo, la cosa cuya transferencia debe hacerse sufre una fuerte variación de valor.

³⁴¹ AL MUREDEN, Enrico, *Le Sopravvenienze Contrattuali tra Lacune Normative e Ricostruzioni degli Interpreti*, Cedam, Padova, 2004, p. 61 dice que “infatti con il trasferimento della proprietà insieme al rischio per il perimento si trasferiscono anche quelli in esso assorbiti.”

italiano, para los contratos con prestaciones recíprocas, se adopta la teoría de la onerosidad como alteración del equilibrio contractual, que también es sostenida por la doctrina mayoritaria en Argentina sin distinguir clases de contratos. Por lo tanto, a pesar de que la definición propuesta en el capítulo anterior es ver la onerosidad como un cambio (aumento o disminución) del valor o costo de la prestación, vale la pena analizar la cuestión de la prestación que se torna onerosa desde ambas posiciones.

1.1. Alteración del equilibrio

Para la postura que define la onerosidad como una alteración del equilibrio contractual, la onerosidad de la prestación se puede manifestar de dos modos³⁴²: como onerosidad directa, por aumento de costo o valor de la prestación, o indirecta, por disminución de la contraprestación.³⁴³ Al tratarse de alteración de equilibrio, se requiere además que la otra prestación no haya sufrido variaciones de costo o valor en sentido similar.

Para ejemplificar, se puede pensar en un contrato de permuta en el que A debe un inmueble y B debe un automotor. Desde el punto de vista de A, hay onerosidad directa si el inmueble sube de valor y el automotor permanece igual, mientras que la onerosidad es indirecta si el automotor baja de valor y el inmueble permanece igual. Desde la perspectiva de B, en cambio, la situación se da vuelta.

Definiendo la onerosidad como alteración de equilibrio, es necesario distinguir conceptualmente entre la prestación que se torna onerosa y la prestación directamente tocada por el cambio de circunstancias. No siempre la prestación que se torna onerosa es la que resulta directamente alcanzada por el cambio de circunstancias. En caso de onerosidad directa, las dos situaciones

³⁴² APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 259.

³⁴³ GABRIELLI, “L’eccessiva...”, cit., p. 394 se refiere a esta hipótesis como “onerosità rovesciata”.

concuerdan, porque las nuevas circunstancias causan el aumento de precio de la prestación de A que, por esta razón, se torna onerosa.

En cambio, en caso de onerosidad indirecta, las dos hipótesis conceptuales no coinciden. Por un lado, está la prestación directamente tocada por el cambio de circunstancias y, por el otro, la prestación que se torna más onerosa. La alteración de circunstancias toca directamente la prestación de B, al hacer que el automotor disminuya de valor, y esto produce que la prestación de A se torne más onerosa. En definitiva, en el supuesto de onerosidad indirecta, la prestación directamente afectada es la contraprestación que se envilece y la prestación que se torna onerosa es la propia.

En concreto, para establecer cuál es la prestación que se torna más onerosa, sea en el caso de onerosidad directa como indirecta, hay que adoptar el punto de vista de la parte que pretende introducir la acción legal.³⁴⁴ Siempre es la prestación de esta parte la que se considera más onerosa, aunque no necesariamente la propia prestación sea la alcanzada de manera directa por el hecho extraordinario. En el ejemplo, si A quiere accionar por imprevisión, se considera que su prestación de transferir el inmueble se torna onerosa tanto si la alteración de valor en alza afecta su prestación, como si se produce una disminución de valor del automóvil.

Así las cosas, hay que poner a prueba la tesis de la alteración del equilibrio con la letra del art. 1091 CCC -1467 CCit en el derecho italiano- para comprobar el cumplimiento de las condiciones de aplicación. En particular, interesa cómo funciona la tesis del equilibrio con el requisito de la pendencia de cumplimiento de la prestación, puesto que la disposición legal relaciona la

³⁴⁴ MOSCO, *Gli Effetti...*, cit., p. 107 explica los dos casos en que una prestación se torna más onerosa: “Quindi la prestazione è eccessivamente onerosa non soltanto quando il valore di essa è notevolmente aumentato, in confronto con quello della controprestazione, ma ancora quando, essendosi mantenuto fermo il primo, è diminuito sensibilmente il secondo.”

pendencia con la prestación que se torna onerosa y no con la prestación afectada por el cambio de circunstancias.³⁴⁵

Por lo tanto, para determinar si la prestación de la que se pretende una excesiva onerosidad está todavía pendiente de cumplimiento (“a cargo”), hay que analizar varias situaciones que pueden darse tanto en un contexto de onerosidad directa como indirecta. Por un lado, se presentan casos en que ambas prestaciones están pendientes de cumplimiento; por el otro, casos en que alguna de las prestaciones ya se ha cumplido.

Si ambas prestaciones están todavía pendientes de cumplimiento, no surge ningún problema aplicativo. Sea que se alegue aumento de valor de la propia prestación o disminución de la contraprestación, la prestación que se torna onerosa estará todavía “a cargo” de una de las partes. Por ende, el requisito legal se cumple.

Sin embargo, puede suceder que alguna de las prestaciones ya haya sido cumplida y la otra esté pendiente. En este supuesto, hay que distinguir entre el caso de onerosidad directa e indirecta, para ver qué prestación debe todavía estar pendiente de cumplimiento. Retomando el ejemplo de la permuta, desde la perspectiva de A se dan las siguientes posibilidades.

Si se trata de onerosidad directa, puede ser que se haya cumplido la prestación de A o la contraprestación de B. En el primer caso, el requisito no se cumple si hay aumento de valor, porque la excesiva onerosidad caería sobre algo que ya no es prestación y, por ende, no está a cargo de la parte. En este caso, A ha transferido el inmueble y no puede alegar variaciones de valor que lo afecten después del cumplimiento. En el segundo caso, A todavía no ha transferido el

³⁴⁵ PRIETO MOLINERO, “Las vicisitudes...”, cit., p. 405, hablando de un ejemplo de una compraventa inmuebles que se paga con dinero devaluado, cuestiona el modo habitual de ver la onerosidad indirecta y dice: “Forzando las cosas, siempre se podrá decir que la prestación a cumplir por el acreedor significa ‘mucho’ en función de lo que recibe a cambio y que eso implica ‘excesiva onerosidad’, pero lo que aquí en realidad está ocurriendo es un ‘excesivo empobrecimiento’ para el vendedor y un ‘excesivo enriquecimiento’ para el comprador.”

inmueble, pero ya ha recibido el automotor cuando se produce un aumento de valor del inmueble.³⁴⁶ Dado que el art. 1091 CCC solamente exige que la excesiva onerosidad se dé en la prestación a cargo de una de las partes, el requisito legal se cumple, aun cuando la contraprestación haya sido ya ejecutada.

Por el contrario, cuando se trata de onerosidad indirecta, la literalidad del texto legal en lo relativo al requisito de pendencia de la prestación complica el asunto. En este caso, A lamenta una pérdida de valor del automotor que tiene que recibir (contraprestación). Obviamente el caso de cumplimiento de la prestación de B no interesa, puesto que, por definición, la prestación de B tiene que estar pendiente de cumplimiento. Si así no fuera, A no podría aducir un caso de onerosidad indirecta, puesto que ya no habría contraprestación capaz de envilecerse.³⁴⁷

Por lo tanto, la cuestión gira en torno a la prestación de quien pretende invocar el remedio por onerosidad indirecta, es decir, A. La pregunta que se pone es si debe estar pendiente de ejecución la propia prestación de la parte que invoca (A) la excesiva onerosidad para cumplir con el requisito legal o si basta con que esté pendiente sólo la contraprestación de la contraparte (B).

Para responder hay que tener en consideración que, para la teoría de la alteración del equilibrio, la prestación que se torna onerosa en caso de

³⁴⁶ En esta situación, hay que realizar una comparación de las prestaciones para decidir si se ha producido o no una alteración del equilibrio. Como el texto legal no dice nada, puesto que ni siquiera habla de la comparación de prestaciones, el momento en que hay que valorar la prestación ya cumplida (*rectius*: objeto mediato) puede ser el de su cumplimiento o el mismo momento en que se valora la excesiva onerosidad de la prestación de A.

³⁴⁷ El caso es simétrico con respecto al de onerosidad directa. Si en esta última, A no puede valerse de un aumento de valor del inmueble después de que ha cumplido, tampoco puede pretender hacerlo en caso de onerosidad indirecta porque el automotor de B baja de valor después de cumplida la prestación. En la tesis de la alteración del equilibrio, la regla es que la prestación tocada por el cambio de circunstancias debe siempre estar pendiente. Esto es útil sobre todo en tema de devaluación monetaria, cuando una parte recibe un pago en dinero que pierde valor luego del cumplimiento y antes de que la parte ejecute su propia prestación. Al respecto, SACCO; DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 1700 sintetizan la regla jurisprudencial italiana para estos casos con la siguiente máxima: “A pagamento esaurito, la svalutazione successiva è irrilevante.”

onerosidad indirecta es la de A, aunque la prestación directamente tocada por la alteración de circunstancias sea la de B. Por lo tanto, aplicando el requisito que impone que la prestación que se torna onerosa esté a cargo de una de las partes, la lógica más elemental indica que la acción no puede ser usada si la prestación de A fue cumplida.

En definitiva, en un caso de este tipo, se requiere que ambas prestaciones, tanto la de quien invoca como la que se envilece, estén aún sin cumplir. Esta es la solución a la que lleva una interpretación literal de la formulación “la prestación de una de las partes” del texto del art. 1467 CCit³⁴⁸ y, sobre todo, de la expresión “la prestación a cargo de una de las partes” del art. 1091 CCC.

Sin embargo, a pesar de la similitud de las disposiciones, sobre esta cuestión no hay coincidencia entre la visión que prevalece en el ordenamiento italiano y la que se propicia en el ordenamiento argentino. En el derecho italiano, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias aceptan la interpretación que respeta el texto legal y se exige que, en casos de onerosidad indirecta, ambas prestaciones estén pendientes de cumplimiento.³⁴⁹

Por el contrario, en el derecho argentino, la doctrina en general no se muestra satisfecha con la solución dispuesta por la ley y propone una interpretación contraria al texto legal, que coincide con la doctrina minoritaria

³⁴⁸ En el derecho italiano, a pesar de que la frase no es tan categórica como la del art 1091 CCC, puesto que no dice que la prestación debe estar “a cargo”, la conclusión mencionada está reforzada porque el texto del art. 1467 CCit dice que quien puede pedir la resolución del contrato es “la parte que debe tal prestación.” En el ejemplo, la prestación que se torna onerosa es la de A, a causa del envilecimiento de la contraprestación, y es A quien debe tal prestación.

³⁴⁹ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 951 resume la cuestión en los siguientes términos: “In sintesi. Per attivare il rimedio, *occorre sempre che la prestazione della parte che l’invoca sia non esaurita al tempo della sopravvenienza*. Quanto alla *controprestazione*, bisogna distinguere: nel caso di *onerosità diretta* (la prestazione diventa più costosa o preziosa), la *controprestazione può anche essere esaurita* al tempo della sopravvenienza; invece nel caso di *onerosità indiretta* (si svilisce la *controprestazione*), anche la *controprestazione deve essere ancora in itinere*.” A su vez, SACCO; DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 1700, cuando sintetizan las reglas jurisprudenciales, dicen que, para casos de onerosidad indirecta, “l’attore non può contestare il contratto se al momento dello svilimento della prestazione del convenuto ha già prestato.” También GABRIELLI, “L’eccessiva...”, cit., p. 397 reporta la misma solución jurisprudencial.

italiana.³⁵⁰ Básicamente, se resta valor a la expresión de la ley en la parte que dice que la prestación debe estar “a cargo” de una de las partes, calificándola de imprecisa.³⁵¹ Al prescindir del requisito de la pendencia de la prestación que se torna onerosa, se llega a la conclusión de permitir las acciones en caso de onerosidad indirecta aun si la prestación de quien invoca el remedio se ha cumplido.

No obstante, la letra de la ley luce bastante clara: la prestación a cargo de una de las partes es una prestación que la parte todavía debe. Esta misma expresión y otras similares aparecen en diversas disposiciones del Código Civil y Comercial con idéntico sentido.³⁵² Por ejemplo, el art. 1171 CCC, referido a la oponibilidad del boleto de compraventa, en su última parte dice: “En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.” También el art. 1575 CCC, sobre la extensión de la fianza, se refiere a la prestación a cargo del fiador y dispone que debe ser equivalente a la del deudor principal.

³⁵⁰ AL MUREDEN, *Le Sopravvenienze...*, cit., p. 73, luego de aducir que la hipótesis de envilecimiento de la contraprestación es un caso de laguna, propone una adaptación del art. 1467 CCit para adecuarlo al caso no contemplado y concluye: “In altri termini l’inesecuzione della prestazione colpita si configura come presupposto necessario e sufficiente al fine di attribuire rilevanza alle circostanze sopravvenute che incidono su di essa. Da ciò deriva che, nel caso in cui si verifici soltanto lo svilimento della controprestazione, l’avvenuta esecuzione della prestazione svilita basterà a precludere l’applicazione dell’art. 1467 c.c. a prescindere del fatto che la prestazione a carico di chi domanda la risoluzione sia stata eseguita o meno; per converso la domanda di risoluzione ex art. 1467 c.c. potrà essere esperita anche dalla parte che ha già eseguito la propria prestazione e attende di ricevere la controprestazione svilita.” Como se ve, la regla que propone el autor no es referir el requisito de pendencia de la prestación a la prestación que se torna excesivamente onerosa, sino a la prestación tocada por los hechos imprevisibles.

³⁵¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 731, sobre la expresión “la prestación a cargo” del art. 1198 del Código Civil, manifiesta: “Es verdad que podría pensarse que esa idea de deber ya se encuentra volcada en la primera expresión cuando se habla de prestación ‘a cargo’ de una de las partes. Pero nos parece que el vocablo es demasiado incidental e impreciso al permitir otra lectura, como para ser decisorio (...).”

³⁵² Circunscribiendo el campo a las disposiciones sobre contratos, la idea de la prestación u obligación a cargo de una parte se puede ver en los arts. 997, 1138, 1171, 1245 inc. d, 1413 (rubricado “obligaciones a cargo de las partes”), 1469 y 1575 CCC.

En ninguna de estas disposiciones podría pensarse que, cuando la ley habla de la prestación a cargo de una de las partes, en realidad, hace referencia a una prestación ya cumplida. No hay razón para atribuirle un significado diferente a la misma expresión en el art. 1091 CCC. Más que de imprecisión de la letra de la ley, hay una disconformidad con respecto al resultado práctico al que lleva la formulación del derecho vigente combinada con el concepto de onerosidad adoptado.³⁵³

En conclusión, la lectura que propone la doctrina mayoritaria no es una interpretación plausible de los posibles significados de la expresión usada en el texto legal³⁵⁴, aunque desde el punto de vista valorativo se pueda coincidir con la solución práctica propuesta. Por tal razón, vale la pena buscar una posición que resulte, a la vez, axiológicamente aceptable y fiel a la formulación lingüística de la ley. Esto es lo que resulta de la conceptualización de la onerosidad que se propuso en el capítulo 4, por lo que a continuación se confronta esta definición con el texto legal en cuanto al requisito de pendencia de la prestación que se torna onerosa.

³⁵³ Esta valoración negativa se puede ver, por ejemplo, en APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 260 que, luego de mencionar la solución italiana, dice: “Con la misma rigidez, podría argüirse que cuando el art. 1091 del CCCN se refiere ‘... la prestación a cargo de una de las partes ...’, excluye la que ha sido cumplida, en cuanto ya ha dejado de estar a cargo del obligado. Una interpretación tan estrecha e innecesariamente limitativa, puede conducir a resultados reñidos con la equidad, que no consultan el fundamento de la norma. Por eso, no es óbice que la prestación de una de las partes haya sido cumplida para que esta pueda ampararse en la norma del art. 1091, cuando se dan las condiciones prescriptas, esto es, si la prestación pendiente de cumplimiento ha perdido notablemente su carácter compensatorio por un acontecimiento extraordinario e imprevisible.”

³⁵⁴ No obstante, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en el caso “CP Tecnologías S.A. c/ Plus Salud S.A.”, del 28/12/2007, cita online MJ-JU-M-25565-AR, ha dicho lo siguiente sobre la onerosidad: “El caso típico es el encarecimiento excesivo de la prestación que falta por cumplir (en la especie, se alega la mayor onerosidad de los salarios que debieron proveerse), pero puede ocurrir también que la prestación que falta por cumplir haya devenido insignificante con relación a la que se cumplió.” Como se ve, la segunda hipótesis se refiere a la onerosidad indirecta, pero no se exige que la prestación que se torna onerosa -por envilecimiento de la contraprestación- esté todavía a cargo de la parte.

1.2. Cambio de valor de la prestación en sí

En el capítulo anterior, se definió la onerosidad como una alteración de valor o costo de una prestación en sí misma considerada. Esta alteración no solamente puede consistir en un aumento, sino también en una disminución del valor o costo de la prestación. Dicho en otras palabras: las dos posibilidades que se dan para que una prestación se torne onerosa es que esta suba o baje de valor.

A diferencia de la tesis anterior, con este concepto de onerosidad no hace falta distinguir entre la prestación que se torna onerosa y la prestación que es tocada por el cambio de circunstancias. Al incluir tanto el aumento como la disminución de valor de una prestación, la prestación que se torna onerosa es necesariamente aquella a la que la alteración de circunstancias golpea directamente.

La ley establece que la alteración de las circunstancias tiene que causar que la prestación a cargo de una de las partes se torne onerosa. En la definición propuesta, esto significa que el efecto del cambio de circunstancias tiene que producir un aumento o una disminución del valor de la prestación de una de las partes. Retomando el ejemplo de la permuta de inmueble por automotor entre A y B, si el cambio de circunstancias produce la suba o la baja del valor del inmueble, la prestación de A se torna onerosa.

La diferencia entre la tesis de la alteración del equilibrio y la posición del cambio de valor de la prestación en sí, en lo que hace a la prestación que se torna onerosa, depende del punto desde el que parte el análisis. La primera tesis se focaliza primero en ver cuál es la parte afectada por el cambio de circunstancias. Luego hace coincidir esta parte con la parte cuya prestación se torna onerosa, sea por aumento de la propia prestación o por disminución de la contraprestación. En resumen: la prestación que se torna onerosa es siempre la de la parte afectada.

En cambio, para la segunda postura, lo primero que hay que determinar es la prestación que se torna onerosa, es decir, la que sufre una variación

cuantitativa de valor o costo. En base a esto, posteriormente se pregunta cuál es la parte afectada a causa de la onerosidad de esa prestación.³⁵⁵ Por eso, a diferencia de la otra tesis, la onerosidad de una prestación puede afectar a una u otra parte. En otros términos: la prestación que se torna onerosa no siempre es la prestación a cargo de la parte afectada.

Una vez aclarados estos conceptos, hay que verificar -en la tesis del cambio de valor- en qué casos se cumple el requisito de la pendencia de la prestación que se torna onerosa. Al no distinguirse entre onerosidad directa e indirecta de manera preliminar³⁵⁶, ni entre prestación que se torna onerosa y prestación tocada por el cambio de circunstancias, el sistema es obviamente simple. Al igual que para la postura anterior, cuando ambas prestaciones están aún pendientes de cumplimiento el requisito se cumple siempre. Por el contrario, el requisito no se cumple nunca si el cambio de valor se da con respecto a una prestación ya agotada³⁵⁷, en cuanto ya no está “a cargo” de una de las partes.

Por ende, solamente se pueden aducir cambios de valor de una prestación tocada por el cambio de circunstancias que esté todavía por cumplirse. Para que esto resulte menos obvio y circular, se puede explicitar lo mismo hablando de onerosidad directa o indirecta. En el primer caso, la propia prestación debe estar pendiente y es irrelevante el eventual cumplimiento de la contraprestación. En

³⁵⁵ Recién una vez que se constata quién es la parte afectada se puede hablar de prestación o contraprestación, ya que esto implica necesariamente tomar el punto de vista de alguna de las partes.

³⁵⁶ Una vez que se identifica la parte afectada, las posibilidades de onerosidad coinciden con las de la tesis anterior. Si hay una prestación que sube de valor, la parte afectada es la que debe esa prestación; si la prestación baja, la afectada es la acreedora que debe recibirla. Por eso, también para esta conceptualización se puede hablar de onerosidad directa, si es por aumento de la propia prestación, u onerosidad indirecta, por envilecimiento de la contraprestación.

³⁵⁷ En este caso, la prestación no puede tornarse onerosa porque ya no existe. Pero el bien objeto de la prestación puede aumentar o disminuir de valor con posterioridad al cumplimiento de la prestación. Por ejemplo, si una persona paga \$100.000 como precio por la venta de un automotor y, luego del pago, la moneda sufre una fuerte devaluación por hecho del príncipe, el vendedor no puede argüir que es afectado por la pérdida de valor del dinero recibido, debido a que esa prestación no estaba ya a cargo de la otra parte. Por el contrario, si la devaluación de la moneda también tiene como efecto que el automotor suba de valor, puede valerse de las acciones por imprevisión aduciendo la onerosidad de esa prestación que aún debe cumplir.

el segundo caso, la contraprestación debe estar pendiente de cumplimiento, sin importar la eventual ejecución de la propia prestación.

Como consecuencia lógica, esta regla permite incluir en el campo de la imprevisión un caso que la tesis de la onerosidad como alteración del equilibrio, en una interpretación fiel al texto legal, excluye. Es la hipótesis de onerosidad indirecta por envilecimiento de la contraprestación cuando el afectado ya ha ejecutado su prestación. En el ejemplo propuesto, se trata de la disminución de valor del automotor que B todavía debe cuando A ya ha transferido la propiedad del inmueble.

En este caso, un aumento o una disminución en el valor del inmueble ya entregado, obviamente, no pueden ser esgrimidos como supuestos de onerosidad por ninguna de las partes. A la inversa, ambas variaciones de valor en el automotor constituyen casos de onerosidad. Aun partiendo del punto de vista de A, lo primero que hay que buscar es qué prestación se torna onerosa. Teniendo en cuenta la definición de onerosidad propuesta, hay que ver qué prestación sube o baja de valor.

En el caso del ejemplo, la constatación de que el automotor ha bajado de valor lleva a la conclusión de que la prestación que se torna onerosa es la de B. Por ende, el requisito de la pendencia de ejecución de la prestación que se torna onerosa se cumple, aunque A haya ya cumplido su prestación de transferir el inmueble.

La razón por la que este caso ahora sí resulta incluido es que, a diferencia de la tesis de la alteración del equilibrio, la prestación que se torna onerosa no es la de A, sino la de B. La prestación de B es directamente tocada por el cambio de circunstancias, que la hace bajar de valor (esto es: la hace devenir onerosa).

Por lo tanto, aplicando el texto legal en la parte que requiere que la prestación que se torna onerosa esté “a cargo” de una de las partes, la definición de onerosidad como variación de valor de una prestación incluye, sin manipular

la letra de la ley, el caso de pérdida de valor de la prestación que una parte espera recibir luego del cumplimiento de la propia prestación. Así, la solución coincide con el criterio valorativo de la posición mayoritaria de la doctrina argentina y las soluciones jurisprudenciales.

Además de lograr unir un criterio de justicia difusamente compartido con el respeto de la ley, la conceptualización de la onerosidad como variación de valor de una prestación -como se dijo en el capítulo anterior- garantiza un trato igualitario para situaciones que son totalmente simétricas. Desde el punto de vista del perjuicio patrimonial, la posición del deudor cuya prestación aumenta y la del acreedor que espera recibir una prestación desvalorizada son iguales. Por ende, la solución equitativa de las acciones por imprevisión tiene que estar disponible en ambos casos.

En el ejemplo ya propuesto, si A ha transferido la propiedad del inmueble y luego el automotor que B debe entregar sube excesivamente de valor, B puede pedir la resolución o la adecuación para no soportar en soledad la mayor onerosidad. De la misma manera, si el automotor -en vez de subir- pierde gran parte de su valor, es justo que el riesgo no sea soportado enteramente por A.

Dado que se trata del aumento o la disminución de valor de la misma prestación, es razonable que el riesgo se distribuya en ambos casos o en ninguno. Cuando lo que se aduce es un cambio de valor de la prestación de la otra parte, aún pendiente, en nada cambia que A haya o no cumplido con su prestación. No hay razón para distinguir entre esas hipótesis como debería hacerse siguiendo la tesis de la alteración del equilibrio.³⁵⁸

³⁵⁸ APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 260, a pesar de que adopta la tesis de la onerosidad como alteración del equilibrio, dice que no importa que esté cumplida la prestación de la parte que pretende valerse de la imprevisión si esta se funda en la disminución de valor de la contraprestación y concluye: “Cabe concluir que siempre que se produce un considerable desequilibrio entre las prestaciones en el período de ejecución del contrato, incluyendo los supuestos en que el perjudicado, una vez cumplida su prestación *in natura*, por un acontecimiento extraordinario e imprevisible posterior, se ve forzado a recibir una

En conclusión, el texto del art. 1091 CCC exige que la prestación se torne excesivamente onerosa, esto es, que sufra una variación de valor o costo. Al momento de tornarse onerosa, esta prestación debe estar a cargo de una de las partes, es decir, debe estar todavía pendiente de cumplimiento cuando se produce su aumento o disminución de valor. Sobre la otra prestación no se dice nada, por lo que es indiferente que esté ya cumplida o no. Por lo tanto, el hecho de que una parte haya cumplido no le impide ejercer las acciones legales en caso de imprevisión si el motivo es la disminución de la contraprestación.

2. La parte legitimada

Una vez aclarado el funcionamiento del requisito de la pendencia de la prestación que se torna onerosa, el segundo paso del análisis consiste en determinar cuál de las partes puede ejercer las acciones que la ley prevé en caso de imprevisión. En esta cuestión, el derecho italiano y el argentino tienen previsiones distintas: el primero legitima a la parte que debe, mientras el segundo, a la parte afectada.

La primera parte de este punto se concentra en el análisis comparativo de las diferencias textuales de ambas expresiones para resaltar el mayor alcance de la formulación argentina. Posteriormente, se centra la atención en la parte afectada y en el rol que puede desempeñar la situación contractual global para calibrar el grado de afectación y las acciones disponibles.

2.1. Las diferencias textuales

El art. 1467 CCit dice que la parte que debe la prestación que se ha tornado onerosa tiene la facultad de pedir la resolución del contrato. Esta parte del artículo, combinada con la definición de onerosidad como alteración del

contraprestación depreciada, cuya entidad retributiva se ha disminuido considerablemente, procede la utilización de este remedio.”

equilibrio contractual, lleva a la postura mayoritaria a negar la acción legal en casos de onerosidad indirecta si quien demanda ya ha cumplido su prestación.³⁵⁹

Si la onerosidad es la alteración del equilibrio contractual, la hipótesis de disminución de valor de la contraprestación, *a priori*, justifica la acción de resolución contractual. La situación que se da es que la prestación de una parte se torna onerosa porque la contraprestación se envilece. Sin embargo, como el art. 1467 CCit otorga la acción a la parte que debe tal prestación -la que se ha tornado onerosa-, la acción no está disponible para la parte que ha cumplido. La resolución sólo procede si ambas prestaciones están pendientes de cumplimiento.³⁶⁰

Así, la referencia a la *parte che deve* disminuye considerablemente los efectos que la definición de la onerosidad como alteración del equilibrio contractual podría, potencialmente, desplegar.³⁶¹ No hay que olvidar que la creación doctrinaria y jurisprudencial de ese concepto de onerosidad tuvo como interés principal otorgar acciones para el caso del envilecimiento de la contraprestación.

No obstante, si la primera manipulación del texto legal con relación a la definición de onerosidad no viene seguida de una segunda manipulación para adaptar la legitimación activa, el objetivo inicial queda truncado. Basta pensar en los casos de compraventa inmobiliaria en los que el vendedor que ya haya

³⁵⁹ DE MARTINI, Angelo, *L'Eccessiva Onerosità nell'Esecuzione dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 26 expresa: "(...) considerato che l'art. 1467 parla di azione della *parte che deve la prestazione divenuta eccessivamente onerosa*, mentre nella specie agirebbe la parte che *ha già effettuato* e non quella che *deve* la prestazione, lamentando non un eccessivo onere per sé, che ormai non ha più alcun carico, ma un eccessivo *alleviamento* della controparte, l'art. 1467 non sembra applicabile."

³⁶⁰ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 951.

³⁶¹ En el derecho argentino, esta situación es igual porque el art. 1091 CCC requiere que la prestación que se torna onerosa esté "a cargo" de una de las partes. Como se explicó, según la tesis de la alteración del equilibrio, en el caso de onerosidad indirecta la prestación que se torna excesivamente onerosa no es la que se envilece, sino la otra. Como esta tiene que estar "a cargo" de una de las partes, la parte que ya ha cumplido no cuenta con acción.

transferido la propiedad³⁶² nunca podría argumentar el envilecimiento de la contraprestación por devaluación monetaria.³⁶³ Por el contrario, el comprador que adquiere la propiedad queda liberado de todo riesgo de variación en disminución de su prestación, mientras que puede pedir de la resolución si el dinero se revalúa.

Como consecuencia del alcance menguado, la ley trata de manera desigual dos situaciones que, aunque diferentes, son totalmente simétricas y, por ende, sustancialmente iguales.³⁶⁴ Si el comprador puede valerse de la resolución por aumento de valor de su prestación, es justo que, en la situación especular de que su prestación disminuya de valor, el vendedor tenga la misma posibilidad.

³⁶² Como se dijo más arriba, en el caso del derecho italiano la regla es que la transferencia de la propiedad se produce por efecto de la conclusión del contrato, en virtud de lo dispuesto en el art. 1376 CCit, que dice: “Contratto con effetti reali. Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.”

³⁶³ Esta es precisamente la solución que se da en jurisprudencia, tal como resume GALLO, *Contratto...*, cit., p. 934: “In particolare, sempre secondo la giurisprudenza, dopo che ha avuto luogo il trasferimento della proprietà, non potrebbe assumere alcuna rilevanza lo svilimento della controprestazione, in ipotesi dovuto a svalutazione della moneta, e così via.” AL MUREDEN, *Le Sopravvenienze...*, cit., p. 70 cita una decisión de la Corte de Casación (Cass., 22/6/1951, n. 1671) donde se afirmó que “fino a che la chiara espressione dell’art. 1467 c.c. prevede l’eccessiva onerosità solo in rapporto alla prestazione ancora dovuta, stabilendo che ha diritto di chiedere la risoluzione del contratto solo la parte che deve ancora la prestazione, divenuta nel frattempo eccessivamente onerosa, non possono riconoscersi concorrenti i presupposti voluti dalla legge quando la svalutazione monetaria sia avvenuta dopo che era già avvenuto il passaggio di proprietà della cosa venduta.”

³⁶⁴ CAGNASSO, *Appalto...*, cit., p. 172, refiriéndose al envilecimiento de la contraprestación, dice: “Si potrebbe aggiungere -non per amor di simmetrie, ma sul fondamento della considerazione degli interessi in gioco- come l’ipotesi in esame costituisca il caso simmetrico di quella relativa all’aumento di valore (di costo) della prestazione non adempiuta, che si propende a ritenere rilevante. In quest’ultimo caso il contraente che ha ricevuto la controprestazione è gravato dall’aumento di valore (di costo) della prestazione che deve adempiere; nel primo caso il contraente che ha già adempiuto è ‘gravato’ dallo svilimento della controprestazione. La somiglianza di situazioni economiche mi sembra abbastanza evidente.”

En nada influye el hecho de que la prestación del vendedor haya sido cumplida.³⁶⁵

Por esta razón, la doctrina minoritaria italiana propone una adaptación³⁶⁶ del texto legal en el fragmento que dice *la parte che deve* para que sea adecuada a la situación de envilecimiento de la contraprestación. El punto de vista desde el cual analizar el caso es el de la parte que demanda la resolución, esto es, el acreedor de la prestación envilecida³⁶⁷; en el ejemplo de la compraventa, el vendedor, acreedor de una suma de dinero con menor valor real a causa de la devaluación monetaria.

Desde esta perspectiva, se propone reemplazar el texto problemático *la parte che deve* por *la parte gravata dalla eccessiva onerosità*³⁶⁸, argumentando siempre que la *ratio* de la ley es la protección del equilibrio contractual.³⁶⁹ En definitiva, no interesa cuál es la parte que todavía adeuda la prestación, sino cuál

³⁶⁵ Con relación a esta situación que se da, GALLO, *Contratto...*, cit., p. 935 dice: “Ne consegue un’indubbia disparità di trattamento rispetto ai casi di svilimento della controprestazione monetaria successivi al trasferimento della proprietà, sulla cui razionalità è dato interrogarsi.”

³⁶⁶ AL MUREDEN, *Le Sopravvenienze...*, cit., p. 48, en referencia a la aplicación del texto del art. 1467 CCit para el caso de envilecimiento de la contraprestación, dice: “Tuttavia la meccanica trasposizione di questo criterio all’ipotesi dello svilimento della controprestazione conduce a risultati non appaganti. (...) Di qui l’opportunità di un ‘riadattamento’ de la norma -scritta in funzione dell’eccessiva onerosità della prestazione- alla figura speculare dello svilimento della controprestazione.”

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 68 insiste en que la disposición del art. 1467 CCit está formulada desde la perspectiva del deudor y propone adoptar el punto de vista del acreedor cuando se trata de disminución de valor de la contraprestación: “Risulta più opportuno, invece, individuare il principio sotteso a tale regola e riadattarlo alla particolare struttura dello svilimento della controprestazione, che si configura come speculare rispetto a quella dell’eccessiva onerosità della prestazione.”

³⁶⁸ FISSOTTI, Carlo, “Adempimento totale di una delle prestazioni e risoluzione del contratto per eccessiva onerosità”, *Il Foro Italiano*, Vol. 80, 4ª parte: Monografie e Varietà, Roma, 1957, p. 79 dice que “l’espressione usata -la parte che deve tale prestazione- sta con tutta evidenza per ‘la parte gravata dalla eccessiva onerosità’.”

³⁶⁹ BOSELLI, *La Risoluzione...*, cit., pp. 105, 106, quien incluso dice que la expresión *la parte che deve* no ha sido usada intencionalmente por el legislador para resolver la cuestión de la legitimación activa. Por su parte, RICCIO, *Dell’ Eccessiva...*, cit., p. 147 dice que la expresión, para no entrar en conflicto con el espíritu de la norma, tiene que ser interpretada como *la parte gravata*.

es la que se perjudica porque hechos imprevisibles y extraordinarios producen la excesiva onerosidad de una prestación.

Sin embargo, para que el resultado buscado sea alcanzado, no basta con esto. Si, en el caso de onerosidad directa, la parte perjudicada es el deudor de la prestación excesivamente onerosa, mientras que, en la onerosidad indirecta, es el acreedor de la contraprestación envilecida, la pretendida adecuación tampoco podría alcanzar el fin propuesto. La razón es que se pasa por alto que lo que debe tornarse oneroso es una prestación y tal no es la que ya ha sido cumplida.³⁷⁰ Si el vendedor ha cumplido, su prestación no puede tornarse onerosa por envilecimiento del precio.

Por ende, para completar el proceso de adaptación del texto legal, hay que proceder a una separación neta de las dos hipótesis: por un lado, onerosidad de la prestación, por el otro, envilecimiento de la contraprestación. Ya no se habla de una prestación que se torna onerosa por envilecimiento de la contraprestación, sino que el envilecimiento se toma como un caso autónomo en que se concede la resolución del contrato en los términos del art. 1467 CCit.³⁷¹ De esta manera, lo único que hace falta es que la contraprestación esté pendiente de cumplimiento en el momento en que se produce la pérdida de valor para que el acreedor pueda obtener la resolución.³⁷²

³⁷⁰ ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 947.

³⁷¹ AL MUREDEN, *Le Sopravvenienze...*, cit., p. 17 hace esta distinción y rechaza la tesis de la onerosidad como alteración del equilibrio. De hecho, como ya se dijo, el autor inicia su estudio encuadrando la hipótesis del envilecimiento de la contraprestación como un caso de laguna del derecho, para el que luego propone reglas adaptadas en base a los regímenes de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida y de la resolución por imposibilidad sobrevenida.

³⁷² *Ibid.*, p. 73 resume la regla de la siguiente forma: “In altri termini l’inesecuzione della prestazione colpita si configura come presupposto necessario e sufficiente al fine di attribuire rilevanza alle circostanze sopravvenute che incidono su di essa. Da ciò deriva che, nel caso in cui si verifici soltanto lo svilimento della controprestazione, l’avvenuta esecuzione della prestazione svilita basterà a precludere l’applicazione dell’art. 1467 c.c. (...) per converso la domanda di risoluzione ex art. 1467 c.c. potrà essere esperita anche dalla parte che ha già eseguito la propria prestazione e attende di ricevere la controprestazione svilita.”

Como se puede apreciar, el distanciamiento entre el texto de la ley y la solución que propone la doctrina minoritaria no es para nada menor. Por esta razón, quizá, la propuesta no es seguida por la doctrina mayoritaria ni por la jurisprudencia.³⁷³ No obstante, aquí resulta útil para poner de manifiesto qué tan diverso es el alcance de la formulación del art. 1091 CCC. En efecto, lo que la doctrina minoritaria propone no es otra cosa que adoptar un texto similar al del derecho argentino en la parte que da legitimación activa a la parte afectada.

La frase del art. 1091 CCC que concede la legitimación activa es la que dice: “ésta tiene derecho a plantear (...)”. El pronombre tiene el antecedente en la frase anterior que dice: “sobvenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”. Por lo tanto, la conexión semántica del pronombre se refiere a la parte que es afectada por la excesiva onerosidad. La similitud con *la parte gravata dall’onerosità* es evidente.

Sin embargo, en el derecho argentino, si se sigue la tesis de la alteración del equilibrio, el resultado final es el mismo que se da en la doctrina italiana mayoritaria. El efecto expansivo que podría tener la legitimación de la parte afectada -en lugar de la parte que debe, del derecho italiano-, se ve reducido por el requisito de que la prestación esté “a cargo” de la parte. La parte afectada debería ser siempre una parte que debe su propia prestación, por más que el cambio de valor se produzca en la contraprestación.

Solamente adoptando la tesis de la onerosidad como aumento o disminución del valor o costo de la prestación se logra una legitimación activa para los casos en que se deprecie la prestación que el acreedor que ya ha

³⁷³ CARINGELLA, Francesco, *Manuale di Diritto Civile II. Il Contratto*, Dike, Roma, 2011, p. 1646, citando un caso de la Corte de Casación (Cass. Civ., Sez. 2º, 8/8/2003, n. 11947), resume la posición de la jurisprudencia: “La Suprema Corte, in applicazione del principio di diritto sopra enunciato, ha affermato che, per stabilire se la risoluzione ex art. 1467 c.c. possa essere invocata da parte del contraente che ha già eseguito la sua prestazione, occorre avere presente che, anche nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta per svilimento della prestazione attesa, deve risultare che la prestazione di chi agisce in giudizio fosse ancora *in itinere* al tempo della sopravvenienza.”

cumplido espera recibir. De esta manera, la diferencia textual que se da entre el art. 1467 CCit y 1091 CCC cobra relevancia y produce un efecto práctico.

Siguiendo esta postura, el procedimiento mental que hay que seguir es, además, bastante sencillo. En primer lugar, se busca la prestación pendiente que cambia de valor. En segundo lugar, se determina cuál es la parte la parte afectada por la excesiva onerosidad. Así, la parte que ha cumplido su prestación está legitimada cuando resulta afectada por la disminución de valor de la contraprestación esperada, es decir, en caso de onerosidad indirecta.

2.2. Parte afectada y situación contractual global

La parte afectada es aquella que sufre un detrimento patrimonial a causa de la onerosidad. Tanto un aumento de valor o costo de la propia prestación como una disminución de la prestación que se espera recibir bastan, en principio, por sí solos, para influir desfavorablemente sobre la parte. Por ende, esto es suficiente para calificar a una parte como afectada -en sentido lato o formal- por la onerosidad de una prestación. Esta primera aproximación conceptual sirve para adosar a la parte formalmente afectada el riesgo previsible de variación de valor de la prestación tocada por el cambio de circunstancias. Por el contrario, la alteración de valor excesiva, que es el riesgo propio de la excesiva onerosidad, se distribuye entre ambas partes.

No obstante, al tratarse de una relación contractual, para determinar si la parte resulta perjudicada en el caso concreto hay que tener en cuenta la situación contractual objetiva globalmente considerada, por más que la onerosidad se defina en función de la sola prestación afectada. Para determinar esta afectación en sentido fuerte o sustancial, hay que dar relevancia a las variaciones de valor que la otra prestación pueda sufrir, recuperando así parte de la tesis de la alteración del equilibrio, o indagar según ciertos parámetros que permitan calibrar el verdadero alcance de la afectación de la posición de una parte en el caso concreto.

En este sentido, analizar la posición global es útil para proteger a la parte no afectada por el cambio de circunstancias. El fin es evitar que las acciones en su contra terminen por hacerla soportar el riesgo en una medida mayor a la que corresponde a la parte afectada. Las posibilidades de confrontación de prestaciones -u objetos mediatos del contrato- y otros parámetros dependen en gran medida de las circunstancias del caso y de los términos del contrato particular sometido a análisis. Por eso, el requisito de la afectación de la parte da al juzgador una amplia discrecionalidad para apreciar si la parte es afectada y, en su caso, cuán afectada.

Para intentar sistematizar algunas opciones, se puede recurrir a distintos escenarios en función del grado de ejecución del contrato y de la acción que se intenta. El panorama cambia según sean ambas prestaciones las que estén pendientes de cumplimiento o solamente una. En el primer caso, en los contratos que presentan un equilibrio inicial, se puede hacer directamente una comparación del valor de las prestaciones. Pero no para definir lisa y llanamente la onerosidad, como propone la tesis de la alteración del equilibrio, sino para ver la existencia y, en su caso, la intensidad del perjuicio que sufre la parte afectada.

Se puede hacer el análisis sobre la base del contrato de compraventa. Por ejemplo, se celebra un contrato de compraventa de inmueble por un precio en dólares, con ambas prestaciones pendientes, en el que la obligación de pagar el precio se torna excesivamente onerosa por aumento de la cotización del dólar. En tal situación, se habilita al comprador para ejercer las acciones por imprevisión, pero puede diferenciarse según se pida resolución o adecuación.

En el primer caso, aunque la prestación del vendedor también suba de valor, el comprador puede valerse de la resolución, puesto que la onerosidad excesiva se mide en función de la sola prestación. El perjuicio está dado por la mayor carga económica que se requeriría al afectado para cumplir, independientemente de un eventual mantenimiento del equilibrio entre las

prestaciones.³⁷⁴ En todo caso, también el comprador estará legitimado para ejercer las acciones por imprevisión si su prestación sube³⁷⁵ de valor.³⁷⁶

En cambio, si el comprador pide la adecuación del contrato, el eventual aumento de valor del inmueble es relevante para medir la entidad del perjuicio que el comprador sufre. El perjuicio fáctico va ascendiendo en gravedad a medida que la contraprestación suba, mantenga o baje de valor, aunque estas dos últimas hipótesis son irrelevantes para calcular el perjuicio significativo desde el punto de vista jurídico.³⁷⁷

³⁷⁴ Esta es una diferencia importante con respecto a la definición de onerosidad como alteración del equilibrio. Para esta postura, en un caso en el que ambas prestaciones pendientes suben de valor (por hipótesis en intensidad similar), no hay alteración del equilibrio contractual y, por ende, no se configuraría la situación de onerosidad requerida por la norma. De esta manera, se negaría el remedio de resolución a una parte que, a causa del mayor valor objetivo de la prestación, no puede hacer frente a un contrato que requiere un empeño económico mayor. DE MARTINI, *L'Eccessiva...*, cit., p. 28, quien rechaza la configuración de la onerosidad como alteración del equilibrio, explica que en casos de este tipo se aprecia que “il principio informatore dell'istituto regolato dall'art. 1467 è, non tanto l'esigenza della permanenza dell'equilibrio fra le prestazioni, quanto l'esigenza di conservare l'originaria economia del contratto.” Más adelante (*Id.*) dice que, en realidad, también en estos casos se da un quiebre del equilibrio: “quand'anche *ambidue* le prestazioni siano diventate onerose e sotto questo aspetto l'equilibrio sembri permanere, in effetti può l'equilibrio stesso essere turbato dall'entità dell'accrescimento di onere (...).”

³⁷⁵ Si la contraprestación baja de valor al mismo tiempo que la prestación sube, la resolución del contrato -sin que se diera a la contraparte la posibilidad de pedir la adecuación- llevaría a cambiar un perjudicado por otro. Por ejemplo, si el inmueble de A (vendedor) sube y la moneda se devalúa mientras ambas prestaciones están pendientes, si A obtiene la resolución, B (comprador) sufre todos los efectos de las variaciones de valor de ambas prestaciones, porque no recibe el inmueble revaluado y se queda con moneda devaluada. Por lo tanto, en un caso de ese tipo, o se da a la contraparte de la perjudicada por la onerosidad la posibilidad de pedir la adecuación, como lo propone el Anteproyecto de Reformas Parciales, o se obliga a la perjudicada que pide la resolución a compensar de alguna manera la pérdida de valor de la contraprestación que la otra parte no ejecuta. No hay que perder de vista que la parte afectada por la onerosidad -tanto por aumento de prestación como por envilecimiento de la contraprestación- es A.

³⁷⁶ Ningún problema se presenta si el comprador también pide la resolución; en tal caso, el contrato se disuelve. Si, en cambio, el comprador contrademanda por adecuación, la situación es igual a lo que se verá con respecto a la acción del comprador por adecuación.

³⁷⁷ Sólo el aumento de valor puede tomarse en consideración, porque es para proteger al contratante que no ha resultado afectado por la onerosidad. La disminución de valor del objeto mediato de la prestación que ha entrado en el patrimonio de la parte que todavía debe cumplir es irrelevante, incluso cuando la prestación de esa parte aumenta de valor, tal como se explicó más arriba en este capítulo.

Si ambas prestaciones suben en la misma intensidad, lo que afecta al comprador es sólo la mayor carga económica de su prestación, más allá de que el equilibrio entre prestaciones permanezca inalterado por los aumentos simultáneos. Por ende, si el comprador pretende adecuar el contrato reduciendo su prestación, necesariamente tiene que ofrecer una rebaja de la prestación de la otra parte en su pedido de adecuación, siempre que eso sea factible. Se puede pensar en una compraventa de mercadería o de varios inmuebles en que la prestación pueda dividirse cómodamente.³⁷⁸

La cuestión es diferente si alguna de las prestaciones ya ha sido ejecutada. Desde el cumplimiento, la prestación deja de ser tal y ya no es posible hacer, estrictamente, la comparación de prestaciones, aunque en algunos casos se puede tomar el objeto mediato del contrato u otro parámetro como referencia de comparación.

Si una prestación ha sido cumplida, para la procedencia de la acción solamente pueden adquirir relevancia las variaciones de valor de la prestación que queda por cumplir. Si la variación es por aumento (onerosidad directa), la parte que debe la prestación es la que puede ejercer las acciones, mientras que, si es por disminución (onerosidad indirecta), la parte que ha cumplido es la que puede accionar. En ambos casos, se puede distinguir entre resolución y adecuación.

Partiendo de las acciones por onerosidad directa, si la parte que aún no ha cumplido pide la resolución del contrato por aumento de su prestación, debe restituir lo que ha recibido como contraprestación y queda desobligada de su

³⁷⁸ GALLO, *Sopravvenienza...*, cit., p. 431 explica que el concepto de revisión del contrato es más amplio que el mero ajuste del precio, porque puede referirse al objeto de la prestación o a las modalidades de ejecución y puede llevar a que se modifique la prestación o la contraprestación. El autor (*Id.*) ejemplifica: “Così se un imprenditore ha assunto l’impegno di realizzare dieci palazzi dietro un certo corrispettivo, in caso di aumento dei costi o delle difficoltà di esecuzione sarà possibile tener fermo l’oggetto della prestazione ed aumentare il corrispettivo, o viceversa tener fermo il corrispettivo e ridurre l’oggetto della prestazione e cioè il numero o la qualità delle case da costruire.”

propia prestación. En el ejemplo de la compraventa, el comprador pide la resolución por aumento del dólar y tiene que restituir el inmueble.³⁷⁹ Si el inmueble también ha aumentado, no se presenta ningún problema para el vendedor que, si bien no recibe el dinero, obtiene la restitución de un bien revaluado.

Sin embargo, si lo que la parte tiene que restituir ha perdido valor, la solución no puede ser cargar a la contraparte con los efectos perjudiciales de la excesiva onerosidad. Como ejemplo, podría pensarse el caso en que el comprador ha pagado el precio en pesos y, luego de una devaluación, la prestación del vendedor se aprecia antes del cumplimiento. Si este resuelve el contrato, restituye moneda devaluada y se queda con un bien revaluado, con lo que transfiere la totalidad del riesgo al comprador.

En un caso así, o se permite al comprador impedir la resolución ofreciendo una mejora que reparta el riesgo de excesiva onerosidad de la prestación del vendedor, o bien se obliga a este a pagar intereses compensatorios³⁸⁰, de manera tal que los efectos de la resolución produzcan un mayor perjuicio en su patrimonio y no en el del comprador, que no fue afectado por la onerosidad.

Si, por el contrario, la parte que no ha cumplido pide la adecuación del contrato -normalmente para reducir la entidad de su prestación-, puede cobrar

³⁷⁹ Si la parte que pide la resolución está imposibilitada de restituir, debe restituir su valor, en los términos del art. 1080 CCC. En este caso, si la parte se hubiera desprendido del inmueble y este hubiera subido de valor posteriormente en la misma intensidad que el dólar, no obtendría ningún alivio en su situación patrimonial, puesto que debe soportar el riesgo de la imposibilidad de restituir. También podría considerarse, argumentando *a contrario* en función del art. 1078 inc. d CCC, que la parte no puede pedir la resolución; en tal caso sólo sería procedente el pedido de adecuación. Durante la vigencia del Código Civil, LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., p. 738 decía que quien estaba imposibilitado de restituir no podía ejercer la acción de resolución por aumento de la propia prestación pendiente de cumplimiento.

³⁸⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., pp. 738, 739 dice: “Y si resuelve restituir, debe hacerlo a nuestro juicio con los frutos percibidos, indemnizando los deterioros, y tratándose de sumas de dinero, abonando un interés compensatorio. (...) El caso imprevisible golpeó al actor; bien está que la ley lo tutele, pero no se pretenda que de un modo u otro desplace sus consecuencias sobre el demandado (...)”.

relevancia el eventual aumento de valor del objeto de la prestación de la otra parte, de manera similar a lo que pasa con la comparación de las prestaciones pendientes de cumplimiento. En cambio, no tiene incidencia en los términos de la adecuación que el objeto que se le entregó haya sufrido una merma de valor.

Siguiendo con el ejemplo de la compraventa, A vende a B un inmueble por u\$s 200 mil a plazo. Hecha la transferencia de propiedad, cuando B debe pagar, el dólar sube en un 100% por devaluación del peso. Pero la devaluación también hace que se revalúe el inmueble que B adquirió. En este caso, si B iniciara una acción de adecuación por imprevisión para obtener una reducción de su prestación, estaría sacando provecho de la situación, puesto que al subir el inmueble que tiene en su propiedad no se ve perjudicado por la suba del dólar.³⁸¹

En casos de onerosidad indirecta, la parte que ya ha cumplido y lamenta el envilecimiento de la contraprestación pendiente puede pedir la resolución del contrato y la restitución de lo entregado. El caso típico es el de la compraventa de inmueble a plazo en la que la devaluación posterior a la transferencia de la propiedad causa el envilecimiento del precio que todavía se debe pagar.³⁸²

³⁸¹ FLAH; SMAYEVSKY, *Teoría...*, cit., p. 147 traen a colación la siguiente jurisprudencia en un caso en de compraventa inmobiliaria en dólares: “El abuso del derecho que derivaría del precio de la compraventa inmobiliaria pactado en dólares estadounidenses, quedó totalmente neutralizado mediante la demostración de que los metros cuadrados recibidos por los compradores se valorizaron más que aquella moneda hasta la fecha de entrega de la posesión (L.L., 1984-C-177).” Es claro que la confrontación con el objeto de la prestación cumplida en casos como el de este fallo permite a una parte rechazar la acción de una parte que pretende aprovecharse de las circunstancias. Una solución interesante es la disposición sobre la excesiva onerosidad sobrevenida del derecho brasileño que exige, además de la excesiva onerosidad, una extrema ventaja para la otra parte. El art. 478 Código Civil brasileño dice: “Nos contratos da execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Parágrafo único. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação” (citado en VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil. Contratos*, 17º ed., Editora Atlas, São Paulo, 2017, p. 127). En una situación como la planteada, en el derecho brasileño sería claro que el deudor de dólares no podría argüir que la otra parte obtiene una ventaja extrema, ya que lo que recibiría en dinero apreciado sería equivalente al inmueble entregado, también apreciado.

³⁸² CAZEAUX, Pedro N.; TEJERINA, Wenceslao; MORENO DUBOIS, Eduardo, “Obligaciones de dar sumas de dinero y la depreciación monetaria. Indexación y teoría de la

El caso es especular³⁸³ al de onerosidad directa en el que quien resuelve pretende devolver dinero devaluado. Por eso, o se permite a la parte no afectada impedir la resolución o se la compensa de alguna forma para que no soporte todos los efectos perjudiciales de quedarse con dinero devaluado y sin la contraprestación.

Si la parte afectada prefiere pedir la adecuación del contrato, el eventual aumento en el objeto recibido por la parte no afectada carece de relevancia para calibrar el alcance de la adecuación. En cambio, la disminución de valor puede servir para proteger a quien no ha sido afectada por la onerosidad. Si la adecuación consiste en un eventual incremento de la prestación debida, la pérdida de valor de lo recibido puede usarse para la justa graduación de la modificación del contrato.

Todo lo que se ha dicho hasta aquí funciona para contratos en los que hay una relación de equilibrio inicial entre las prestaciones, que permite examinar la situación posterior al cambio de circunstancias a través del cotejo de las prestaciones o sus objetos mediatos. Si bien esto es imposible para los contratos que carecen de equilibrio inicial, el cotejo se puede hacer con parámetros distintos, pero que tengan relación con el contenido del contrato.

imprevisión”, La Ley, cita online AR/DOC/3378/2009, p. 5 dicen: “Son los casos frecuentes de las ventas de departamentos a construir en propiedad horizontal o el de la simple venta de un inmueble a plazos, aun a corto plazo, o en venta de lotes, y con respecto a los cuales, en el curso del término para el cumplimiento del contrato se produce un fuerte golpe inflacionario (...). Lo mismo ocurre aunque se trate de la simple venta de un inmueble, contratada, por ejemplo, antes del golpe inflacionario de agosto pasado, cuyo saldo de precio debe pagarse con posterioridad a dicho golpe inflacionario, en cuyo supuesto en tanto que el comprador se beneficia con el enorme acrecentamiento del valor del bien comprado, el vendedor, al percibir el precio convenido, se encuentra que no equivale ni a la tercera parte del que tenía y se tuvo en mira al contratar.”

³⁸³ En el caso de prestaciones de dar, como la del ejemplo, la diferencia con el caso de onerosidad directa es que el bien que pierde valor está en el patrimonio de la parte no afectada por la onerosidad. En los ejemplos de compraventa, en la onerosidad directa, el dinero devaluado está ya en el patrimonio de la parte afectada, mientras que, en la indirecta, en el de la parte no afectada. Esta diferencia puede ser relevante para calcular la compensación que eventualmente se haga a la parte no afectada por la onerosidad en caso de resolución.

Por ejemplo, se puede pensar en un contrato oneroso de renta vitalicia por el que A entrega un inmueble a B para constituir una renta vitalicia a su favor, a pagar en dólares con cadencia mensual. El monto que deba pagar B en función de la mayor o menor duración de la vida de A no puede ser causa de resolución o adecuación porque integra el álea propia del contrato. Pero la mayor onerosidad de la prestación de B puede estar dada por un excepcional aumento de valor del dólar.

En este caso, B cuenta con las acciones del art. 1091 CCC. Tomando la prestación en sí misma, solamente hay que determinar si el valor del dólar al momento de celebración del contrato es excesivamente mayor al del momento de cumplimiento de la cuota correspondiente. Sin embargo, también se puede hipotetizar la inclusión del valor del inmueble como parámetro, independientemente del monto de la deuda que, por definición, es incierto.

La comparación posible no es entre prestaciones, sino entre el valor del dólar y el valor del inmueble entregado en los tiempos de celebración y cumplimiento.³⁸⁴ Por ejemplo, a la fecha de conclusión un dólar vale 40 pesos y

³⁸⁴ Sin profundizar en el tema, sobre el momento a tomar para valorar el inmueble, podrían plantearse dos situaciones. Por ejemplo, el contrato se celebró el 1/1/2018, el inmueble se entregó el 1/2/2018 y la renta se inició a pagar el 1/3/2018. El hecho causante de la excesiva onerosidad se produjo el 1/1/2019. Una forma de hacer este contraste es tomar el valor del inmueble a la conclusión (1/1/2018) y al cumplimiento de esa obligación de entrega -que es cuando se extingue la prestación- (1/2/2018). Otra manera es tomar el valor del inmueble al momento en que se vuelve excesivamente onerosa la cuota de la renta que se debe pagar (1/1/2019). Obviamente el valor podría variar entre ambos momentos. En el derecho italiano, entre los autores que piensan que es posible una confrontación entre una prestación ya cumplida y otra que sube o baja de valor, DE MARTINI, *L'Eccessiva...*, cit., p. 25 dice que la prestación efectuada debe ser "considerata nel suo valore al momento dell'effettuazione (...)." Por el contrario, MOSCO, *Gli Effetti...*, cit., p. 110, en referencia a la procedencia de la resolución, no comparte la opinión de De Martini y dice: "A me pare che quel criterio sia del tutto inaccettabile (...) perché stabilire un confronto fra i valori di ciascuna prestazione in tempi diversi equivarrebbe quasi ad un confronto fra cose eterogenee (...)." Luego, el autor (*Ibid.*, p. 111) concluye que hay que comparar los valores de ambas prestaciones al momento en que la que está pendiente debe ejecutarse. Pero para el cálculo de la prestación ya cumplida agrega un nuevo elemento de valoración, al decir (*Ibid.*, p. 112): "Occorre cioè tener presente quale è l'impiego normale dell'oggetto della prestazione eseguita, che le persone appartenenti alla categoria del ricevente sogliono fare (...). La risoluzione (...) deve essere concessa a favore di chi esegui la prestazione se si tratta di un

el inmueble vale un millón de pesos. El cambio extraordinario de circunstancias hace que al momento del cumplimiento de una de las cuotas un dólar valga 80 pesos, lo que implica un 100% de aumento. Si, en el mismo momento, el inmueble vale 2 millones, la acción elegida por el afectado tiene que ser calibrada considerando que el porcentaje de aumento de valor de ambos parámetros es el mismo.³⁸⁵

Resumiendo, en este asunto hay dos nociones distintas de parte afectada. Por un lado, la noción formal identifica la parte afectada con aquella cuya prestación sube de valor o cuya contraprestación se deprecia. Esta noción sirve para determinar la parte que está legitimada a ejercer las acciones por imprevisión y la que debe soportar mayormente el riesgo de cambio de valor de la prestación. Por otro lado, la noción en sentido sustancial mide el perjuicio concreto que la parte afectada sufre y esto es útil para fijar el alcance de la acción escogida por la parte afectada.

bene che normalmente sarà rimasto nel patrimonio della controparte che lo ricevette, perché in tal caso costui ha ricavato un ingiustificato lucro a danno della controparte.”

³⁸⁵ En forma similar a la precedente nota, otra variable para tener en cuenta es si el inmueble sigue o no en la propiedad de quien debe pagar la renta. Hay casos en los que la comparación de la evolución de la moneda con la del valor del inmueble puede parecer más justa que tomar la prestación en sí misma. Si se permite una reducción de la renta por el aumento de valor del dólar en las primeras cuotas y la parte que debe pagar la renta todavía conserva el inmueble, esta parte podría quedarse con un inmueble que ha adquirido mayor valor y, sin embargo, reducir el monto de las cuotas a pagar. APARICIO, *Contratos...*, Tomo 2, cit., p. 261 plantea una preocupación parecida para los casos de onerosidad indirecta cuando se ha cumplido una prestación y dice: “En tales supuestos la solución es más compleja para adecuarla a los principios de la buena fe, fundamento del precepto, en cuanto exige la debida ponderación de un factor que no está contemplado expresamente por la fórmula de la imprevisión: la necesidad de que no se irroge un perjuicio injustificado a la parte que adeuda la prestación pendiente. Así, en el ejemplo propuesto, la resolución o modificación del contrato no serían procedentes cuando el comprador hubiese vendido, de buena fe, la cosa recibida antes de la depreciación y no hubiese utilizado el dinero obtenido en la adquisición de otros bienes de valor estable.”

CONCLUSIONES

El estudio del fenómeno de la excesiva onerosidad de la prestación en el sistema argentino a través de las semejanzas y diferencias con el derecho italiano ha permitido echar luz sobre los interrogantes planteados en este trabajo con relación al concepto de onerosidad y la legitimación activa de la parte que ha cumplido su prestación.

La búsqueda de un nuevo concepto de onerosidad parte de la constatación de que las nociones usadas generalmente no son satisfactorias. Por un lado, la onerosidad como alteración del equilibrio no sólo no tiene apoyo textual en el Código Civil y Comercial, sino que es totalmente incompatible con la inclusión de los contratos aleatorios en el campo de aplicación del art. 1091 CCC. Por otro lado, la tesis de la onerosidad como aumento de valor de la prestación, si bien compatible con el texto legal, no permite dar una respuesta a los casos de envilecimiento de la contraprestación y, por eso, choca con las soluciones jurisprudenciales pacíficamente aceptadas.

Ante este panorama, se indaga el texto del art. 1091 CCC y las conexiones sistemáticas con el resto del Código para buscar una definición de onerosidad que tenga en cuenta la letra de la ley y que pueda dar respuesta a los casos concretos que la jurisprudencia ha considerado merecedores de tutela. En concreto, el parangón entre el art. 1091 CCC y 1255 CCC da la base para sostener una noción de onerosidad como aumento o disminución del costo o valor de una prestación, que combina aspectos de las dos conceptualizaciones usuales para lograr una aplicación coherente de la ley y con resultados axiológicamente aceptables que llevan a tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales.

Esta noción comparte con la tesis del equilibrio la identificación de los casos relevantes de excesiva onerosidad, esto es, el aumento de la propia prestación y la disminución de la contraprestación. En este punto, ambas definiciones no difieren sustancialmente e incluyen el caso que no es relevante

para la teoría de la onerosidad como aumento, es decir, el envilecimiento de la contraprestación.

Con relación a tesis de la onerosidad como aumento de valor, la definición propuesta comparte el hecho de tomar la onerosidad en función de la sola prestación que cambia de valor. De esta manera, se da relevancia a casos excluidos por la tesis del equilibrio. Por una parte, se incluye el supuesto de mayor carga económica por el aumento excesivo de una prestación, aunque el equilibrio entre prestaciones se mantenga en virtud del incremento correlativo de la contraprestación. Por otra parte, es aplicable con los contratos en los que no hay equilibrio inicial entre las prestaciones.

En cuanto a la legitimación activa, la definición adoptada tiene amplia repercusión para la parte que ha ejecutado su prestación. Hay dos partes del texto del art. 1091 CCC que, combinadas con la tesis de del cambio de valor, amplían el espectro de casos en que la parte que cumplió puede valerse de las acciones por imprevisión. El cotejo es, por un lado, con la identificación de la prestación que tiene que cambiar de valor y, por el otro, con el concepto de parte afectada.

En primer lugar, el art. 1091 CCC prevé como requisito de aplicación que la prestación de una de las partes se torne onerosa mientras está pendiente de ejecución. A diferencia de la tesis del equilibrio, las nociones de prestación devenida onerosa y prestación tocada por el cambio de circunstancias se equiparan, porque recaen sobre el mismo objeto. Siempre la prestación que se torna onerosa -aumenta o disminuye de valor- es la que resulta alcanzada por los efectos del cambio de circunstancias. Por lo tanto, el cambio de valor en la prestación pendiente es condición necesaria y suficiente para que el afectado tenga a disposición las acciones por imprevisión y no se necesita la eventual pendencia de la prestación de quien ejerce la acción. Por el contrario, una prestación ya cumplida nunca puede tornarse excesivamente onerosa.

Una vez determinada la prestación tocada por un cambio de circunstancias, la legitimación activa corresponde a la parte afectada por la

onerosidad. El concepto de parte afectada se usa en dos sentidos distintos: en un sentido lato o formal, para determinar la legitimación, y en un sentido fuerte o sustancial, para calibrar el alcance las acciones -tanto en caso de ambas prestaciones pendiente o una ya cumplida-.

Para identificar la parte afectada -en sentido formal-, hay que indagar si la alteración de valor ha sido por aumento o disminución. En el primer caso, la afectada es la parte deudora de la prestación; en el segundo, la acreedora. Desde el punto de vista de la afectada, la onerosidad se puede llamar directa o indirecta, respectivamente.

Desde la perspectiva de la parte que ha ejecutado su prestación, el tipo de onerosidad marca las posibilidades que esta tiene de valerse de las acciones por imprevisión. Si se trata de onerosidad directa, la parte que ha cumplido no tiene acción por los aumentos que pueda sufrir su prestación (*rectius*: objeto mediato), que ha entrado en el patrimonio de la otra parte.

Por el contrario, por el requisito de la pendencia de la prestación, la legitimación activa sólo tiene sentido en la hipótesis de onerosidad indirecta, es decir, por disminución de la contraprestación que se espera recibir. La parte acreedora de la prestación envilecida tiene a su disposición las acciones por imprevisión, independientemente de que la propia prestación haya sido o no ejecutada.

En conclusión, la combinación de la definición de onerosidad como aumento o disminución de valor o costo de una prestación con los demás requisitos de aplicación de la figura de la imprevisión del art. 1091 CCC da una legitimación activa precisa a la parte que ha ejecutado su prestación. De esta forma se preserva la fidelidad al texto legal, a la vez que se mantiene y se profundiza coherentemente el sistema de soluciones prácticas que la realidad jurisprudencial acepta mayoritariamente desde hace tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

AL MUREDEN, Enrico, *Le Sopravvenienze Contrattuali tra Lacune Normative e Ricostruzioni degli Interpreti*, Cedam, Padova, 2004.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 2012.

ALPA, Guido, “Rischio contrattuale”, *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1986.

ALPA, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, 9º ed., Cedam, Padova, 2015.

ALTERINI, Jorge Horacio (dir.); ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

ANECHÁVAL, Hugo Alberto, “La no tan justa cuestión del ‘esfuerzo compartido’: equidad judicial vs. realismo económico”, La Ley, cita online AR/DOC/11378/2003.

APARICIO, Juan Manuel, *Contratos. Parte General*, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni Pecuniarie*, en SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di), *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna, 1962.

BALESTRA, Luigi, *Il Contratto Aleatorio e l’Alea Normale*, Cedam, Padova, 2000.

BARBERIS, Mauro, *Una Filosofia del Diritto per lo Stato Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

BASOGLU, Basak (ed.), *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision*, Springer, 2016.

BELLUSCIO, Augusto C. (dir.); ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Astrea, Buenos Aires. 1984.

BELVEDERE, Andrea, *Scritti Giuridici*, Vol. 1: Linguaggio e Metodo Giuridico, Cedam, Milano, 2016.

BELVEDERE, Andrea, *Scritti Giuridici*, Vol. 2: Persona, Obbligazioni, Responsabilità, Contratto, Cedam, Milano, 2016.

BELVEDERE, Andrea; JORI, Mario; LANTELLA, Lelio, *Definizioni Giuridiche e Ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979.

BESSONE, Mario, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969.

BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile 3. Il Contratto*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2015.

BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile 4. L'Obbligazione*, Giuffrè, Milano, 2015.

BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile 5. La Responsabilità*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2015.

BIRMINGHAM, Robert L., “A second look at the Suez Canal cases: excuse for non performance of contractual obligation in the light of economic theory”, *Articles by Maurer Faculty*, Paper 1700, 1969.

- BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.
- BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho Civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- BORETTO, Mauricio; DELLA SAVIA, Beatriz, “El principio del esfuerzo compartido y la acción autónoma de revisión del contrato”, La Ley, cita online 0021/000266.
- BOSELLI, Aldo, *La Risoluzione del Contratto per Eccessiva Onerosità*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1952.
- BRACCIANTI, Carlo, *Degli Effetti della Eccessiva Onerosità Sopravveniente nei Contratti*, 2º ed., Giuffrè, Milano, 1947.
- BRUNNER, Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Wolters Kluwer, Great Britain, 2009.
- BUFFONE, Giuseppe; DE GIOVANNI, Cristiano; NATALI, Antonio Ivan (a cura di), *Il Contratto*, Tomo 2, Cedam, Torino, 2013.
- BULYGIN, Eugenio, *Il Positivismo Giuridico*, (a cura di Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini e Giovanni B. Ratti), Giuffrè, Milano, 2007.
- BUSSO, Eduardo B., “La doctrina de la imprevisión”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría de la Responsabilidad Civil*, 9º ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La imprevisión frente a los sistemas convencionales de reajuste del valor de las deudas dinerarias”, La Ley, cita online AR/DOC/984/2001.

CABELLA PISU, Luciana, “I rimedi contro l’eccessiva onerosità sopravvenuta”, en VISINTINI, Giovanna (dir.), *Trattato della Responsabilità Contrattuale*, Vol. 1: Inadempimento e Rimedi, Cedam, Padova, 2009.

CAGNASSO, Oreste, *Appalto e Sopravvenienza Contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1979.

CALISAI, Fabrizio, *Rischio Contrattuale e Allocazione tra i Contraenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

CAPALDO, Giuseppina, *Contratto Aleatorio e Alea*, Giuffrè, Milano, 2004.

CARINGELLA, Francesco, *Manuale di Diritto Civile II. Il Contratto*, Dike, Roma, 2011.

CARNEVALLI, Ugo; GABRIELLI, Enrico; TAMPONI, Michele, *Il Contratto in Generale*, Tomo 8: La Risoluzione, en BESSONE, Mario (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2011.

CASIELLO, Juan José, “La adecuación del contrato”, La Ley, cita online AR/DOC/15447/2001.

CAZEAUX, Pedro N.; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Tomo 2, 2ªed., Librería Editora Platense, La Plata, 1992.

CAZEAUX, Pedro N.; TEJERINA, Wenceslao; MORENO DUBOIS, Eduardo, “Obligaciones de dar sumas de dinero y la depreciación monetaria. Indexación y teoría de la imprevisión”, La Ley, cita online AR/DOC/3378/2009.

CENDON, Paolo (a cura di), *Trattario di Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 2016.

CENDON, Paolo (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2010.

CIFUENTES, Santos, “Reajuste de los contratos por causa de imprevisibilidad frente al curso de la depreciación de la moneda”, *Microjuris*, 1/2/2002, cita online MJ-DOC-1342-AR.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Il Metodo Comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Law & Economics*, 5º ed., Pearson, United States of America, 2008.

COROMINAS, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3º ed., Gredos, Madrid, 1987.

CORNET, Manuel, “La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica”, *Anuario de Derecho Civil Universidad Católica de Córdoba*, Tomo VII, Año 2002.

CORNET, Manuel, “Obligaciones de dar dinero”, *La Ley*, cita online AR/DOC/713/2015.

CORNET, Manuel, “La renuncia a la teoría de la imprevisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, nº 5, Mayo 2017, cita online IJ-CCCLXXII-535.

CURÁ, José María (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 3, 2º ed., La Ley, Buenos Aires, 2016.

DALLA MASSARA, Tommaso, *Obbligazioni Pecuniarie. Struttura e Disciplina dei Debiti di Valuta*, Cedam, Padova, 2012.

DE MARTINI, Angelo, *L'Eccessiva Onerosità nell'Esecuzione dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 1950.

DELFINI, Francesco, *Autonomia Privata e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999.

DI GIANDOMENICO, Giovanni; RICCIO, Domenico, *I Contratti Speciali. I Contratti Aleatori*, en BESSONE, Mario (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2005.

DIENER, Maria Cristina, *Il Contratto in Generale*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2015.

FISSOTTI, Carlo, “Adempimento totale di una delle prestazioni e risoluzione del contratto per eccessiva onerosità”, *Il Foro Italiano*, Vol. 80, 4° parte: Monografie e Varietà, Roma, 1957.

FLAH, Lily R.; SMAYEVSKY, Miriam, *Teoría de la Imprevisión*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

FOGELIN, Robert J.; SINNOT-ARMSTRONG, Walter, *Understanding Arguments. An Introduction to Informal Logic*, 4° ed., Harcourt Brace Jovanovich Publishers, United States of America, 1991.

FRANCESCHELLI, Remo, “La svalutazione monetaria come causa di risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità”, *Temi Rivista di Giurisprudenza Italiana*, Anno XXV, Giuffrè, Milano, 1949.

FREYTES, Alejandro, “El contrato en el proyecto de código. Concepto y clasificación”, *La Ley*, cita online AR/DOC/1058/2013.

GABRIELLI, Enrico, *Alea e Rischio nel Contratto. Studi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

GABRIELLI, Enrico, “Riesgo y tipo contractual”, *Diario La Ley* del 27 de noviembre de 2013, pp. 1-6, cita online AR/DOC/3692/2013.

GALGANO, Francesco, *Il Negozio Giuridico*, 2° ed., en CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2002.

GALLO, Paolo, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.

GALLO, Paolo, *Contratto e Buona Fede*, 2° ed., Utet Giuridica, Milano, 2014.

GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto, *Lezioni di Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

GAMBINO, Agostino, “Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell’alea normale del contratto”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Anno LVIII, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Como, 1960.

GAMBINO, Francesco, *Normalità dell’Alea e Fatti di Conoscenza*, Giuffrè, Milano, 2001.

GAMBINO, Francesco, *Il Rapporto Obbligatorio*, en SACCO, Rodolfo (dir.), *Trattato di Diritto Civile*, Utet, Milano, 2015.

GASTALDI, José María, “La revisión del contrato. La pesificación, la imprevisión y su renuncia”, *La Ley*, cita online AR/DOC/4294/2009.

GAZZONI, Francesco, *Manuale di Diritto Privato*, 17° ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

GHERSI, Carlos Alberto; WEINGARTEN, Celia (dir.), *Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*, 4° ed., La Ley, Buenos Aires, 2017.

GHESTIN, Jacques, “Le contrat en tant qu’échange économique”, *Revue d’Economie Industrielle*, Vol. 92, Année 2000.

GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie, *La Formation du Contrat. Le Contrat - Le Consentement*, 4º ed., en GHESTIN, Jacques (sous la direction de), *Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 2013.

GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 2011.

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, “La imprevisión y su aplicación a la compraventa de inmuebles por hiperinflación”, *La Ley*, cita online AR/DOC/1880/2001.

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Clasificación de los contratos en el código de Vélez y en el proyecto del año 2012”, *Rubinzal Culzoni*, cita online RC D 758/2016.

GUARNIERI, Ruth H., “Teoría de la Imprevisión”, *La Ley*, cita online AR/DOC/3120/2012.

GUASTAVINO, Elías, “El Derecho Civil ante la inflación”, *La Ley*, cita online AR/DOC/2095/2004.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e Argomentare*, en CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011.

GUASTINI, Riccardo, *La Sintassi del Diritto*, 2º ed., Giappichelli, Torino, 2014.

GUASTINI, Riccardo, *Filosofía del Diritto Positivo. Lezioni*, (a cura di Vito Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2017.

GUILLÉN, José, *Gramática Latina. Histórico-Teórico-Práctica*, 6º ed., Ediciones Sígueme, Salamanca, 1981.

HERNÁNDEZ, Carlos A., “Extinción y adecuación del contrato”, *Rubinzal Culzoni*, cita online RC D 140/2015.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 3, Infojus, Buenos Aires, 2015.

ÑÍGUEZ, Marcelo Daniel, “Avances de la doctrina en materia de desequilibrio sobreviniente. Lo extraordinario puesto en tela de juicio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2007-1: Desequilibrio Contractual, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

KÖTZ, Hein, *European Contract Law*, 2° ed., Oxford University Press, United Kingdom, 2017.

LANDINI, Sara, "Il Ruolo delle Definizioni Legislative nell'Interpretazione del Diritto Civile", *Diritto Privato*, 2001-2002, vol. VII - VIII, L'Interpretazione e il Giurista, Cedam, Padua, 2003.

LARENZ, Karl, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3° ed., Beck, München, 1963.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3° ed., Springer, Berlin, 1995.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo 3, 5° ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Comentario al art. 1091”, en ALTERINI, Jorge Horacio (dir.); ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Tomo 5, La Ley, Buenos Aires, 2015.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “La aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios (Revisión de los actos jurídicos aleatorios)”, La Ley, cita online AR/DOC/10701/2003.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos. Parte General*, 4º ed., Zavallía, Buenos Aires, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis, “La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 2002-1: *Emergencia y Pesificación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

LUMINOSO, Angelo, *La Compravendita*, 8º ed., Giappichelli, Torino, 2015.

LUISO, Francesco P., *Diritto Processuale Civile*, Tomo 1: Principi Generali, 9º ed., Giuffrè, Milano, 2017.

LUZZATI, Claudio, *La Vaghezza delle Norme*, Giuffrè, Milano, 1990.

LUZZATI, Claudio, *Del Giurista Interprete. Linguaggio, Tecniche e Dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016.

MACARIO, Francesco, *Adeguamento e Rinegoziazione nei Contratti a Lungo Termine*, Jovene, Napoli, 1996.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOEFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des Obligations*, 8º ed., Lgdj, Paris, 2016.

MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2º ed., Hart Publishing, Oregon, 2006.

MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al Estudio del Derecho Civil Comparado*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1934.

MOMBERG URIBE, Rodrigo Andrés, “Change of circumstances in International Instruments of Contract Law. The approach of CISG, PICC, PECL and DCFR”, 2011.

MONTOYA, Fernando, “La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual”, *Revista de Derecho Privado* 8, 2005.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones*, Tomo 2, Zavalía, Buenos Aires, 2004.

MORELLO, Augusto M., *La Adecuación del Contrato*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994.

MOSCARINI, Anna, *Ratio Legis e Valutazione di Ragionevolezza della Legge*, Giappichelli, Torino, 1996.

MOSCO, Luigi, *Gli Effetti Giuridici della Svalutazione Monetaria*, Giuffrè, Milano, 1948.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Sobre una supuesta ‘herejía’ jurídica en torno a la acción por revisión del artículo 1198 (El derecho como religión, como ciencia y como arte)”, *La Ley*, cita online AR/DOC/20632/2001.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A., *Contratos. Aspectos Generales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A., *La Revisión del Contrato*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

NANTILLO, Ignacio Alberto, “El álea en los contratos (de alea in pactis)”, La Ley, cita online AR/DOC/2449/2014.

NICOLÒ, Rosario, “Alea”, *Enciclopedia del Diritto I*, Giuffrè, Milano, 1958.

NIEL PUIG, Luis, “El dolo y el nuevo Código Civil y Comercial. Dolo obligacional”, La Ley, cita online AP/DOC/122/2015.

ORLANDO, Salvatore, *Rischio e Vendita Internazionale*, Giuffrè, Milano 2002.

OSTI, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1973.

PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.

PANUCCIO DATTOLA, Francesca, *L’Offerta di Riduzione ad Equità*, Giuffrè, Milano, 1990.

PARDO, Alberto Juan, “Incorporación de la teoría de la imprevisión al código civil”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

PINO, Augusto, *L’Eccessiva Onerosità della Prestazione*, Cedam, Padova, 1952.

PINO, Augusto, *Il Contratto con Prestazioni Corrispettive*, Cedam, Padova, 1963.

PINO, Giorgio, *Teoria Analitica de Diritto. La Norma Giuridica*, Edizioni ETS, Pisa, 2016.

PITA, Enrique Máximo, “Pautas para la adecuación contractual en el régimen de emergencia económica”, La Ley, cita online AR/DOC/18341/2001.

PITA, Enrique Máximo, “Los avances de la doctrina en el tema de lesión”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 2007-1: *Desequilibrio Contractual*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

PIZARRO, Ramón D., “Reflexiones en torno al concepto de obligación y a su objeto en el nuevo Código Civil y Comercial”, La Ley, cita online AR/DOC/168/2016.

PIZARRO, Ramón Daniel, “La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Suplemento especial. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

PLENTEDA, Raffaele, “La risoluzione per eccessiva onerosità”, en BUFFONE, Giuseppe; DE GIOVANNI, Cristiano; NATALI, Antonio Ivan (a cura di), *Il Contratto*, Tomo 2, Cedam, Torino, 2013.

PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Los ‘acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’ del artículo 1198 CC: un requisito innecesario”, La Ley, cita online, AR/DOC/4623/2010.

PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Las vicisitudes del contrato y su regulación en el código unificado”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 2016-3: *Contratos. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

RICCIO, Angelo, *Dell'Eccessiva Onerosità. Art. 1467-1469*, en GALGANO, Francesco (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2010.

RIVERA, Julio César; CROVI, Luis Daniel; DI CHIAZZA, Iván G., *Contratos. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.

ROBINSON, Richard, *Definition*, Clarendon Press, Oxford, 1954 (reimpresión 1972).

ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, 2º ed., en IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2011.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio, *Il Contratto*, 4º ed., Utet, Milano, 2016.

SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo, *Introduzione ad Diritto Comparato*, 6º ed., Utet, Milano, 2015.

SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino 5*, Tomo 1: Fuentes de las Obligaciones, La Ley, Buenos Aires, 1946.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D., *Economía*, 19º ed., Mc Graw Hill, México, 2010.

SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Los contratos conmutativos y los contratos aleatorios en el Código Civil y Comercial”, La Ley, cita online AP/DOC/135/2017.

SANTARELLI, Fulvio G., “El esfuerzo compartido. La solución de la jurisprudencia a la pesificación de las relaciones contractuales entre particulares”, La Ley, cita online AR/DOC/10725/2003.

SCALFI, Gianguido, “Alea”, *Digesto IV, Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, Torino, 1987.

SICCHIERO, Gianluca; D'AURIA, Massimo; GALBUSERA, Francesca, *Risoluzione dei Contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1974.

SPOTA, Alberto G., “Teoría de la imprevisión contractual: su aplicación en la época de inflación monetaria”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Suplemento especial. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

TARELLO, Giovanni, *L' Interpretazione della Legge*, en CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980.

TARTAGLIA, Paolo, *Eccessiva Onerosità ed Appalto*, Giuffrè, Milano, 1983.

TERRANOVA, Carlo, *L'Eccessiva Onerosità nei Contratti*, en SCHLESINGER, Piero (dir.), *Il Codice Civile. Commenario*, Giuffrè, Milano, 1995.

TINTI, Guillermo P.; CALDERÓN, Maximiliano R. (dirs.), *Contratos. Parte General*, Zavalía, Buenos Aires, 2016.

TOBÍAS, José W. y DE LORENZO, Miguel Federico, “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del artículo 1198 del código civil”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves; CHÉNEDÉ, François, *Droit Civil. Les Obligations*, 12^o ed., Dalloz, Paris, 2018.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero, *Manuale di Diritto Privato*, 22° ed., Giuffrè, Milano, 2015.

TOSI, Renzo, *Dizionario delle Sentenze Latine e Greche*, 2° ed., Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1992.

TUCCARI, Emanuele, *Sopravvenienza e Rimedi nei Contratti di Durata*, Cedam, Milano, 2018.

TURNATURI, Egidio, “Sacrificio economico del debitore e risoluzione per eccessiva onerosità”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXVII, n° 1, Giuffrè, Milano, 1973.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil. Contratos*, 17° ed., Editora Atlas, São Paulo, 2017.

VILLA, Vittorio, *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012.

VIOLA, Luigi (a cura di), *Inadempimento delle Obbligazioni*, Cedam, Padova, 2010.

VIRALLY, Michel, *La Pensée Juridique*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2010.

VISINTINI, Giovanna (dir.), *Trattato della Responsabilità Contrattuale*, Vol. 1: Inadempimento e Rimedi, Cedam, Padova, 2009.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE NÖLKE, Hans (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Selliers European Law Publishers, 2009.

ZORZETTO, Silvia, “Lex specialis derogat lex generali: tra storia e teoria”, in DI NISIO, Valeria (a cura di), *Regulae Iuris. Ipotesi di Lavoro tra Storia e Teoria del Diritto*, Jovene Editore, Napoli, 2016.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3^o ed., Clarendon Press, Oxford, 1998.