

A PROPÓSITO DE «CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL» DE ENRICO GABRIELLI*

1. Es un lugar común afirmar que los prólogos se escriben para no ser leídos. Es una afirmación que se sustenta en una máxima de la experiencia: el lector prefiere ir a las fuentes y leer de primera mano la opinión del autor, formándose su propia conclusión, en vez de aceptar la propuesta por el prologuista.

Pero hay – como en todo – excepciones.

Conocí – conozco en realidad – quien prefiere leer el prólogo soslayando el libro, con la esperanza de poder, en pocas páginas, acceder al conocimiento de años vertidos por el autor en varios cientos de páginas, escritas y por escribir (porque el libro pensado durante años, se escribe durante meses).

Ya es un gran paso tener que aceptar qué existan esas pocas páginas escritas por otro autor que no se refieren a la materia del título sino que tienen por objeto al libro, es decir al continente, no al contenido.

También hay quienes consideran que los prólogos son algo híbrido, una mezcla de índice y *curriculum vitae*, más que un índice y menos que una semblanza del autor de todas las páginas que siguen, por eso quizás nadie, o muy pocos, leen los prólogos de los libros. Menos aun si el libro se vislumbra como interesante, porque, en ese caso ¿para qué invertir tiempo en leer algo que posterga el placer de la lectura realmente elegida?

Hay, en síntesis, muchos libros con prólogos ignorados pero, casi, no hay, prólogos leídos de libros ignorados.

Como estoy muy seguro que esta nueva obra de Enrico Gabrielli tendrá una gran repercusión, en el ámbito jurídico en idioma español, quiero ahora dirigirme frontal y muy cordialmente al lector, para proponerle lo siguiente: no lea este prólogo antes que la obra. Lea la obra si quiere juzgar el prólogo porque, en definitiva, un libro no se escoge por su prólogo. El prólogo es la opinión del primer lector, del más osado, el más comprometido, una suerte de avalista.

Pero, además mientras que la obra se escribe durante varios años, el prólogo se redacta en pocos días, en los que difícilmente se logra el grado de profundidad de análisis que se requirió para elaborar el libro.

La obra brilla aun sin prólogo, mientras que el prologo no existe sin la obra.

2. No es esta la primera obra del profesor Enrico Gabrielli. En Italia son conocidos sus libros (más de 14) sobre consignación, prenda, alea y riesgo contractual, contrato de consumo, contratos, procesos concursales, objeto del contrato, garantías reales, la

* Publicamos aquí el *Prólogo* del prof. Luis F.P. Leiva Fernández a la obra del prof. Enrico Gabrielli, catedrático de la *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, editada por Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, I-XX, 1-187.

excesiva onerosidad sobreviniente (tema éste desafortunadamente tan caro a la sensibilidad argentina...)

Conocidos y muy valorados son los 46 volúmenes del *Commentario del Codice Civile*, los 32 tomos del *Trattato dei Contratti*, y el *Trattato di Diritto Fallimentare e Delle Procedure Concorsuali*, el *Trattato di Diritto dell'Economia*, el *Trattato della Trascrizione*, y el *Trattato di Diritto Civile e Commerciale Italiano* publicado en Beijing. La primer obra está dirigida y en parte escrita por Gabrielli. Todas estas últimas obras fueron en parte escritas y por Gabrielli codirigidas con Pietro Rescigno, Francesco Vassalli, Francesco Paolo Luiso, Eugenio Picozza, Francesco Gazzoni.

También ha cuidado, y en parte escrito: *I contratti in generale*, en *Trattato dei contratti*, *I contratti del mercato finanziario*, *I contratti dei consumatori*, *I contratti nella concorrenza*, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, *I contratti bancari*, ... (Confieso estar tentado a escribir 'etc.', pero sé que no corresponde porque su significado es «y lo que sigue», y en realidad ignoro qué puede seguir).

3. En idioma español pueden leerse obras suyas editadas en Lima (*La teoría general del Contrato*), en Montevideo (*Doctrina general del contrato*) y en Madrid (*El nuevo derecho de las garantías reales*).

Este es – sin embargo – el primer libro suyo editado en Argentina. Estoy seguro de interpretar la voluntad de la Editorial Abeledo Perrot (Thomson Reuter) al decir que es un honor que se valora y agradece.

Es su primer libro en Argentina, pero sin embargo no es su primer obra jurídica en nuestro país, pues ha publicado medulosos ensayos sobre *Riesgo y tipo contractual* en la *Revista Jurídica Argentina - La Ley*, sobre *Causa, tipo y teoría del contrato* en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, y finalmente sobre *Contratos de garantía financiera y quiebra*, en *Anales de Legislación Argentina*, publicación que tengo el honor de dirigir. Todas ellas han sido muy bien recibidas por la doctrina nacional a juzgar por las citas que de ellas efectúan importantes autores de la civilística argentina.

4. ¿Pero quién es y cómo es Enrico Gabrielli?

Obviamente es catedrático; sólo los catedráticos generan tanto valor científico en el campo de derecho.

Es Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma “*Tor Vergata*”; y por estas tierras es Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay que le otorgó en 2013 la Medalla “Académica”.

También es miembro de la Academia de Jusprivatistas Europeos, Grupo de Pavía que preside el Profesor Giuseppe Gandolfi y que elaboró el Anteproyecto de Código Civil Europeo de los Contratos, concluido en su parte general y que sigue proponiendo reglas sobre los contratos en particular. Es miembro fundador y Consejero honorario de la *Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile* (SISDIC), y miembro de la *Society of European Contract Law* (SECOLA).

Y ¿cómo es?

En este instante se me ocurre explicarlo de esta manera: los generales romanos victoriosos al desfilar triunfalmente en su regreso a la antigua Roma, llevaban en su carro triunfal a un esclavo que mientras sostenía sobre su cabeza la corona de laureles les susurraban “*memento mortis*”, recordándole que sólo eran mortales; hombres, y no dioses.

Bien, Enrico Gabrielli – que me honra con su amistad – no necesitaría que le recordasen nada. Es un hombre cabal, amigo de sus amigos, que disfruta la vida y traduce en actos su pasión de investigar en el campo de derecho privado.

5. Hay un dicho popular que indica que a la hora de almorzar vale más llegar a tiempo que ser invitado.

Enrico Gabrielli, sin duda fue invitado a este convite. Pero además llegó a tiempo. Qué otra cosa puede decirse de la presente oportunidad en la que la inflación monetaria es un fenómeno que lacera a las clases sociales menos pudientes. Basta decir que en la actualidad \$1 (un peso) de 2016 equivale a la cantidad de 10.000.000.000.000 del año 1968.

Una enfermedad económica que se creía dominada, volvió y como toda recaída es más virulenta.

Desafortunadamente la hiperinflación que llevó a nuestro país a ostentar el triste record de inflación máxima a nivel mundial generó la oportunidad de aplicar el instituto que – afortunadamente – se había incorporado al Código argentino derogado en 1968 con la ley 17.711.

Ejemplificando la magnitud alcanzada, un querido amigo – siempre recordado – el Profesor Atilio A. Alterini, en alguna conferencia dijo: «No se puede recibir para pagar una casa, lo que hoy cuesta una ‘cucha’ de perro».

6. El Profesor Gabrielli, que ya se había pronunciado en nuestro medio sobre la utilidad relativa de los tipos contractuales sostiene ahora que el esquema formal del tipo contractual, resulta frecuentemente no idóneo «para aprehender la relevancia que en concreto la función del acto asume, sobre todo en presencia de hechos concretos constituidos mediante organizaciones de intereses particularmente articuladas y complejas» que – en realidad – se expresan con mayor exactitud «a través del concepto de operación económica».

Avanza sobre el concepto de alea refiriendo ambas posturas, según que la ventaja y el daño se entiendan en sentido económico, o se entiendan, en cambio, como adquisición o pérdida jurídica. También entonces expresa «no es aleatorio un contrato de compraventa inmobiliaria estipulado en tiempo de guerra, puesto que no existe alea si no existe «especialidad» de la situación del riesgo».

Y que el «contrato valorado *ex ante* es aleatorio, comporta un riesgo; valorado *ex post*, cuando el alea ha cesado, «es o puede ser injusto o sin causa».

Gabrielli ‘disecciona’ el tipo contractual de los contratos aleatorios sean por su naturaleza sean pro voluntad de las partes, resaltando que «la inserción del alea produce una alteración del tipo legislativo con la consiguiente transformación en un contrato innominado»

Demás está decir que gran parte del análisis que desarrolla apunta a clarificar el concepto de alea propia del contrato que recoge tanto el art. 1198 del Código derogado, cuanto el art. 1091 del nuevo Código civil y comercial de la Nación. Refiere la doctrina según la cual «en cada negocio sería posible hallar una zona, por así decirlo, de inmunidad y casi de tolerancia dentro de la cual los efectos del riesgo extraño pueden considerarse compatibles con la causa, en cuanto no están aún en capacidad de alterarla y no existe alguna razón por la cual el ordenamiento deba reaccionar». Y también aquella doctrina que sostiene que alea normal del contrato «significa riesgo económico y riesgo económico definido en función de diversos eventos que pueden para tal fin influir en el contrato concretamente celebrado» respecto a los cuales debería distinguirse entre eventos normales y eventos extraordinarios, previsibles e imprevisibles.

7. Un tema singularmente álgido es el de la existencia de contratos aleatorios y gratuitos. El punto sobre el que tengo opinión tomada en varias publicaciones, no es – para nada – ajeno al derecho italiano ni al perspicaz análisis del Profesor Gabrielli.

En mi opinión el tema es crucial para analizar la situación del contrato de fianza respecto al cual la doctrina argentina, en particular la Comisión nº. 3 (Contratos: «El alea en los contratos») de las XX^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad de Buenos Aires, en el año 2005, concluyó por unanimidad que: «a) Los contratos aleatorios pueden ser onerosos o gratuitos». De ahí que de ser aleatoria la fianza, se siguen reglas diversas en la aplicación de la resolución o reajuste por excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1091 del nuevo Código civil y comercial de la Nación, y art. 1198 del Código derogado). Tal como lo señala Gabrielli al expresar que la cuestión «está dirigida sobre todo a excluir de la regulación de la excesiva onerosidad sobrevenida a los contratos aleatorios».

En nuestro medio la circunstancia de que el contrato sea categorizado como oneroso no es determinante para efectuar la distinción entre contratos aleatorios y conmutativos, ya que para efectuar esta clasificación se tiene en mira que «las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto» y ventajas y pérdidas hay tanto en los contratos onerosos como en los gratuitos, que también es la postura de Manuel Albaladejo que clasifica a los contratos bilaterales en aleatorios y conmutativos, y no a los onerosos, y de Gastaldi y Centanaro, Lavalle Cobo y el Código civil de Austria.

Enrico Gabrielli aborda el tema con suficiencia y profundidad al expresar que «La onerosidad de los contratos aleatorios es fruto de un conocimiento de antigua data: en el *Code Napoléon* los contratos aleatorios eran considerados como una categoría autónoma, junto a los sinalagmáticos y a los onerosos. En el Código civil italiano de 1865 los contratos aleatorios se encontraban ubicados junto a los contratos bilaterales y unilaterales y a los onerosos y gratuitos, sin acoger – de esta manera – la sistemática que, en cambio, había sido adoptada por Robert Pothier y sin elaborar, por lo tanto, una definición formal de los nexos existentes entre las diversas categorías.

Por el contrario, en el Código civil actual la configuración de Pothier (que entendía a los contratos aleatorios como una subcategoría de los contratos onerosos) es sus-

tancialmente retomada y los contratos aleatorios se ubican como *species* de los contratos con prestaciones recíprocas.

Por su parte, de la organización sistemática del Código de 1942 aparece, en virtud de la combinación de lo dispuesto por los arts. 1468 y 1469, la posible existencia de contratos aleatorios unilaterales.

El marco sintéticamente diseñado hace surgir una serie de cuestiones delicadas que, si bien se centran en la admisibilidad de los negocios aleatorios unilaterales, termina en realidad por involucrar las relaciones entre contratos aleatorios y contratos a título gratuito, entre contratos aleatorios y contratos con prestaciones recíprocas y entre bilateralidad del alea y unilateralidad del riesgo”.

El Profesor Gabrielli destaca el aporte de parte de la doctrina que considera «distinto el problema del reconocimiento de los contratos aleatorios gratuitos del problema de la bilateralidad» y que en «definitiva, en la opinión de esta doctrina, el negocio tiene causa onerosa, pero la atribución patrimonial es gratuita totalmente, o bien, según los casos, parcialmente».

8. Cuando – más adelante – el autor aborda el concepto de excesiva onerosidad concluye con buen criterio que se trata de un concepto de hecho, habiéndose agotado los intentos de proporcionar una regla que satisfaga todas las clasificaciones y comprensiones posibles de ese elemento.

Describe y evalúa críticamente las teorías subjetiva y objetiva elaboradas en sustento del fundamento de la institución.

Destaca que la norma involucrada – art. 1467 del Código civil italiano – cuando se trata de evitar la resolución contractual en el marco de esta institución, remite no a la adecuación de la prestación dineraria sino a la adecuación de las condiciones del contrato. Advierto que el resultado es análogo al del art. 1091 del nuevo Código civil y comercial de la Nación que remite lisa y llanamente a la adecuación sin indicar de cuál de los elementos.

En mi opinión en ambos casos el alcance que corresponde atribuir a las normas respectivas no es otro que equilibrar los elementos, cualesquiera sean, trátase del precio, de los plazos de pago del precio, del valor de las contraprestaciones o sus plazos de etc. Es que la excesiva onerosidad afecta el equilibrio de todo el contrato y por ende el remedio hay que buscarla no solo en el valor de la prestación monetaria, sino en todo el pleo contractual.

9. Desde luego el problema subyace tanto en la excesiva onerosidad como en la que el Profesor Gabrielli denomina onerosidad ‘invertida’ en la que la prestación debida se ha envilecido en su valor, depreciándose profundamente.

Si el contrato es bilateral y se ve afectado por excesiva onerosidad o por onerosidad invertida, en el derecho italiano, la acción es de resolución y compete al damnificado; en cambio si el contrato es unilateral (art. 1468 del Cod. civil italiano) el deudor solo tiene acción para obtener la reducción de su propia prestación, o bien la equitativa modificación de las condiciones del contrato.

Este punto guarda transcendencia para el derecho argentino, frente a la reforma que incorporó el nuevo Código civil y comercial de la Nación al habilitar al damnificado a petionar tanto la resolución como la adecuación del contrato sin especificar sobre cuál de sus elementos puede efectuarse.

Continúa su estudio extremando el análisis de las más variadas consecuencias de la aplicación del instituto, desde el problema de la restitución de las prestaciones cumplidas y enajenadas a terceros frente a las pendientes, etc.

Analiza el momento al cual deben retrotraerse los términos económicos del contrato entre cuyos extremos se halla el instante de nacimiento de la obligación, entre otras posibilidades. Todo enmarcado en el concepto de deudas de valor. Tampoco escapa a su agudo criterio que la solución del punto confronta directamente en otra dicotomía, la de deudas de valor y las de deudas de dinero, estas últimas en el marco de un principio nominalista.

Expresa: «Sobre todo cuando la operación sea compleja y de larga duración, los remedios ablativos deberían dejar su lugar a aquellos conservatorios o de adecuación, porque de otro modo se perderían las inversiones efectuadas en relación con operaciones difícilmente reversibles».

También propone el tema que fuera discutido en nuestro medio sobre si la adecuación judicial debe proceder *ex novo* o solo, prudentemente, expurgar lo mínimo necesario para reencausar el contrato.

Distingue también entre cláusulas de adecuación y de renegociación, aunque ambas encuentran dificultades como instrumento contractual para recomponer el contrato en caso de excesiva onerosidad sobrevenida

El desarrollo, obviamente, no se agota en lo substancial pues Gabrielli, completa esta obra con el tratamiento de las implicancias del contexto procesal en la adecuación del contrato.

10. Como sugerí al principio de este prólogo, estimado lector, si usted no me hizo caso y leyó primero el prólogo, no pierda más tiempo. Vaya directamente a la obra de Gabrielli.

Disfrútela. Compare sus realidades con las nuestras. Revise sus argumentos.

Enriquezcase con su visión de la institución.

Olvídese de estas pocas líneas.

Y sobre todo, juzgue la obra por sí misma, y no por el prólogo que es un añadido efímero que puede desaparecer en la próxima edición (que seguramente habrá ...).

[LUIS F.P. LEIVA FERNÁNDEZ]