

LA TEORIA DE LA IMPREVISION

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

LA TEORIA DE LA IMPREVISION

*Tesis de grado para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias
Políticas*

OCTAVIO LOPERA VARGAS

1 9 6 7

REGLAMENTO DE LA FACULTAD:

Art. 79. "Ni la Universidad, ni el Presidente de Tesis, ni el tribunal, ni el jurado examinador, serán responsables de las ideas emitidas por el alumno en su trabajo".

A mis padres

A Elena

A Gloria Elena y Juan Gonzalo

A mis hermanos

INDICE GENERAL

CAPITULO I

LA TEORIA DE LA IMPREVISION Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1 — Planteamiento preliminar de la teoría	300
2 — La Imprevisión y la Autonomía de la Voluntad	301

CAPITULO II

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

1 — En el Derecho Romano	304
2 — Los Canonistas	305
3 — Los Post - Glosadores	306
4 — La Doctrina y la Jurisprudencia Italianas	306
5 — Consagración Legislativa de la Teoría en los Siglos XVIII y XIX	306
6 — Decadencia de la doctrina en los siglos XVIII y XIX	307
7 — Caso del Canal Crappone	307
8 — Resurgimiento de la teoría en el presente siglo	308
9 — El caso de la Compañía del Gas de Burdeos	309
10 — Jurisprudencia en los Tribunales Italianos	310
11 — La Ley Falliot	311
12 — Decreto - Ley de Chateps	311
13 — Labor de la Jurisprudencia y de la doctrina en otros países	312
14 — Código polaco de las obligaciones y código civil italiano de 1.942	313

CAPITULO III

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPREVISION

1 — Los acontecimientos deben ser imprevistos e imprevisibles	315
2 — El acontecimiento debe ser extraordinario	317
3 — El acontecimiento debe trastornar la economía del negocio jurídico	317
4 — El acontecimiento debe afectar toda una categoría de deudores	319
5 — El acontecimiento debe ser ajeno a la voluntad de las partes	320
6 — Que se trate de obligaciones de ejecución sucesiva, periódica o diferida ...	320

CAPITULO IV

CAMPO DE APLICACION DE LA IMPREVISION

1 — Vigencia en el derecho administrativo y en el derecho privado	321
2 — Aplicación de la teoría frente a las distintas fuentes de las obligaciones ...	322
a) Obligaciones surgidas de la ejecución de actos ilícitos (delitos y cuasi delitos)	323
b) Obligaciones de origen legal	323
c) Obligaciones emanadas de negocios jurídicos de formación unilateral ..	324
d) Obligaciones emanadas de negocios jurídicos bilaterales	325
e) Contratos aleatorios y de especulación	327

CAPITULO V

EFFECTOS DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

1 — Terminación del contrato	329
2 — Resolución del contrato	330
3 — La suspensión de la ejecución de las obligaciones	332
4 — La revisión de las estipulaciones del contrato	332
5 — Soluciones distintas	333

6 — Negocios jurídicos unilaterales	334
7 — Indemnización de perjuicios	334

CAPITULO VI

FUNDAMENTO DOCTRINARIO DE LA IMPREVISION

1 — Doctrinas que tienen un fundamento objetivo	336
a) Cláusula rebus sic stantibus	336
b) Teoría de la presuposición, de Windscheid	336
c) Teoría de la base del negocio, de Oertmann	337
d) Teoría del consentimiento	338
e) Teoría del deber de esfuerzo, de Hartmann	339
f) Teoría de la situación extracontractual, de Bruzin	340
2 — Doctrinas que tienen un fundamento objetivo	341
3 — La moral como fundamento de la imprevisión	342
4 — Teorías basadas en principios de carácter general	343
a) La buena fé	343
b) Otros principios	343
5 — Conclusión	343

CAPITULO VII

AUTONOMIA DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

1 — La imprevisión y la fuerza mayor	345
2 — La imprevisión y la lesión enorme	347
3 — La imprevisión y el error	347
4 — La imprevisión y el enriquecimiento, sin causa	348
5 — La imprevisión y el abuso del derecho	349

CAPITULO VIII

LA IMPREVISION EN LA LEGISLACION Y EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANAS

A) En el derecho civil	351
1 — Reglas generales del derecho	351
2 — La imprevisión como regla general del derecho	352
3 — Aplicaciones particulares de la imprevisión en la legislación civil colombiana	354
4 — Conveniencia de una norma de carácter general	355
5 — Posición de la jurisprudencia nacional	358
B) En el Derecho Laboral	360
C) En el Derecho Administrativo	360
1 — Ausencia de una norma general	361
2 — Proyecto de ley presentado por el gobierno	364
3 — Cláusulas de revisión	365
4 — Las cláusulas de revisión en nuestra legislación	366
5 — Crítica de las normas que regulan la revisión de los contratos administrativos	368
6 — Conveniencia de la consagración expresa de la imprevisión para los contratos administrativos	368
7 — Vigencia de la imprevisión en nuestro Derecho Administrativo	368
Bibliografía	

INFORME DE TESIS

Señor Doctor
Julián Uribe Cadavid
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Antioquia
La Ciudad.

El señor OCTAVIO LOPERA VARGAS, alumno muy distinguido de esta Facultad, ha presentado un trabajo sobre "LA TEORIA DE LA IMPREVISION", como requisito final para recibir su grado en derecho. En nuestra condición de jurados examinadores, pasamos a rendir el informe pertinente.

El tema enfrentado por el graduando no es de los que se dejan manejar por manos inexpertas. Los escollos de doctrina jurídica y aún de indagación metajurídica que en él van implícitos, exigen de quien lo trata criterio maduro e información suficiente, para que el propósito no resulte fallido. Y son, justamente, las calidades que más se destacan a través de los ocho capítulos que integran la tesis.

Los cambios de enfoque en la dogmática jurídica obedecen, casi siempre, a factores extrasistemáticos actuantes en la realidad social, sublimados primero en postulados ideológicos y realizados plenariamente en las instituciones legislativas. Entre una y otra fase, la doctrina hace de mediadora.

La crisis del individualismo y el consiguiente desprestigio de sus principios axiales en el campo jurídico, han abolido el éxito de reglas y teorías que conceden prioridad al interés público sobre el individual. Tal es el caso de "la imprevisión", que comporta mengua indiscutible, y bien significativa, de la autonomía de la voluntad. Con acierto y riguroso modo de argüir destaca el graduando el fenómeno

en cuestión y proyecta sus incidencias en los múltiples ámbitos de normación jurídica.

Salvada con destreza la autonomía de la doctrina y claramente diferenciada de construcciones teóricas análogas, ensaya con tino su inserción en el derecho positivo colombiano. Sostiene, con buenas razones, que si bien la teoría de la imprevisión se halla integrada a nuestro Código Civil, en vista de su calidad indisputable de regla general de derecho, su consagración en una fórmula legislativa explícita se hace perentoria, para que su actuación no quede diferida al capricho del intérprete. Y propone la suya, doctrinariamente impecable. Comenta y sistematiza las situaciones de Derecho Laboral en que la teoría es útil, y examina su aplicabilidad en el campo administrativo, reclamando una vigencia indubitable de ella en los contratos de ese tipo.

Por el aspecto de forma, hay que relieves la severidad del graduando en el manejo del idioma, virtud poco frecuente en trabajos de esta índole.

En conclusión: juzgamos que la tesis de OCTAVIO LOPERA satisface ampliamente las exigencias reglamentarias para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, y en consecuencia debe ser aceptada. Además, con todo respeto, nos permitimos recomendar su publicación en la Revista de la Facultad, dadas la importancia del tema y la buena calidad del trabajo.

Del Señor Decano muy atentamente,

(Fdo.) Ignacio Moreno Peláez

(Fdo.) Arturo Rodríguez Echavarría

(Fdo.) Carlos Gaviria Díaz

Medellín, 26 de mayo de 1967

CAPITULO I

LA TEORIA DE LA IMPREVISION Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DE LA TEORIA. La noción de la imprevisión, cuyo estudio constituye el objeto de este trabajo, ha adquirido un auge especial en lo que va corrido del presente siglo, y ha venido encontrando acogida, poco a poco, tanto en el derecho público como en el privado: en algunos países, mediante consagración expresa en sus ordenamientos jurídicos; en otros, por la obra paciente de la doctrina y de la jurisprudencia.

Cuando se trata de obligaciones de ejecución sucesiva o diferida, surgidas de negocios jurídicos unilaterales o bilaterales —y en las que, por lo tanto, va a tener grande importancia el transcurso del tiempo—, puede ocurrir que con posterioridad a su nacimiento sobrevengan fenómenos extraordinarios, imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren fundamentalmente la economía del negocio jurídico y hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones.

Si bien en todas las épocas ha existido la posibilidad de que acontecimientos nuevos vengán a modificar las circunstancias que prevalecían al momento de perfeccionarse el negocio jurídico obligatorio, es lo cierto que la complejidad de la vida moderna ha aumentado ese riesgo en forma tal que, con frecuencia, por la ocurrencia de tales eventos, en las obligaciones de ejecución no inmediata se ve alterado el equilibrio de las prestaciones. Se plantea, entonces, el problema de la revisión de aquel.

Tal problema se hizo patente en el presente siglo, en términos más agudos, con las dos guerras mundiales, las que, por sus consecuencias de todo orden, incidieron fundamentalmente en la vida económica y jurídica de los pueblos. Pero muchos otros fenómenos, de difícil enumeración, todos aptos para alterar el equilibrio de las relaciones jurídicas en proceso de ejecución, han venido a plantear la necesidad de su revisión. Así, la interdependencia económica de los países, que hace que las crisis financieras de los unos refluyan en las economías de los otros; así, el avance de la ciencia y de la tecnología, con su secuela de inventos; así, la fuerte intervención del Estado en la dirección y regulación de la economía nacional que, con sus disposiciones, modifica frecuentemente los términos que sirven de base al perfeccionamiento de los contratos.

Tales fenómenos han puestos de relieve, una vez más, la necesidad de que el derecho evolucione, de que las instituciones jurídicas, para que puedan realizar el ideal de justicia, se adapten a las nuevas urgencias de los tiempos.

A la solución del problema de la revisión del negocio jurídico por alteración de las circunstancias —necesaria por razones de equidad y de solidaridad social— no responden cabalmente figuras jurídicas de mayor elaboración, como la de la causa —aún en su concepción moderna—, la de la lesión enorme, o la del caso fortuito o fuerza mayor, o la del enriquecimiento sin causa, o la del abuso del derecho, o la de los vicios del consentimiento.

La noción de imprevisión, en cambio, sí atiende a su adecuada solución. Conocida también por otras denominaciones —cláusula rebus sic stantibus, teoría del riesgo imprevisible, doctrina del cambio de circunstancias, teoría de la excesiva onerosidad, teoría de la sobreveniencia contractual, teoría de la lesión sobreviniente, entre otras—, su origen es antiguo, como que obedece a claros postulados de justicia, pero su acabada elaboración y su carácter definido de figura jurídica autónoma proceden, en gran parte, de fines del siglo pasado y de lo que va corrido del presente.

2. LA IMPREVISION Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Es innegable que la teoría de la imprevisión, en cuanto conduce a una revisión del negocio jurídico obligatorio, representa una nueva limitación al principio de la autonomía de la voluntad, que en nuestra legislación civil tiene su expresa consagración, como fiel trasunto de una concepción jurídica individualista, en el artículo 1602 del Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Pero ese individualismo jurídico, producto de una ideología política de la misma índole, ha tenido que dar paso, ante el empuje de las nuevas realidades sociales y económicas, a principios que respondan mejor a las ideas de solidaridad y de cooperación social que constituyen el signo del mundo moderno. Dentro de esta nueva concepción, los derechos subjetivos, si bien tienen una función privada, no son facultades individuales absolutas para que su titular haga uso de ellas a su arbitrio, sino que deben realizar la función social y económica que les asigna el ordenamiento legal.

En los últimos tiempos, concretamente en el presente siglo, se ha acentuado de manera general el intervencionismo de Estado, a fin

de lograr una adecuada regulación de la organización social y económica, cuyos desequilibrios se han aumentado por un sinnúmero de factores. A esa intervención, que apunta al logro de una sociedad más justa e igualitaria, no podía escapar la libertad contractual.

Al amparo de esa libertad se cometieron muchos abusos y se originaron grandes desequilibrios, con base en la supuesta igualdad de las partes intervinientes en el negocio jurídico obligatorio. Con toda razón ha dicho un autor (1): "El error del liberalismo, como muy bien lo observa Ripert, es el haber creído que todo contrato se forma bajo el signo de la libertad. Lejos de ello. Por regla general, el contrato es una lucha de intereses en que sucumbe el más débil: es entonces un medio de explotación. La igualdad contractual no pasa de ser una bella utopía. El triunfo de la autonomía de la voluntad es el triunfo de la explotación del hombre por el hombre. El derecho moderno, que se ha preocupado por plasmarse al movimiento "socializante" que sacude a nuestra época, ha buscado medios técnicos de adaptación, procedimientos en favor de los más débiles (...) el vínculo contractual, la fuerza obligatoria de la convención, ha perdido su carácter de inmutabilidad. El contrato crea una situación jurídica que debe ir amoldándose a la realidad económica subyacente. La intervención del juez en el contrato, la economía dirigida de la convención, señalan el aspecto más interesante de la liquidación del individualismo jurídico contractual. A la idea de contrato ley se opone hoy la idea de situación jurídica inestable".

El respeto a la autonomía de la voluntad se relaciona, desde luego, con el problema de la seguridad jurídica. Pero esta ya no se plantea en los términos tan absolutos propios de la mentalidad jurídica del siglo XIX. Hoy el Estado, con su vigorosa intervención en todos los órdenes de la actividad social, guiado por principios como los del orden público económico, busca canalizar el desarrollo de la vida económica hacia el bienestar de toda la comunidad y no al de sus estamentos privilegiados. Esto trae, como consecuencia lógica, el señalamiento de una órbita mucho menor a la autonomía de la voluntad, pues ya no se piensa, como antes, que el libre juego de ésta traiga, a la postre, el equilibrio en la vida social.

A la concepción individualista, absolutista, de la libertad contractual, se opone hoy la noción del contrato dirigido. Es mediante esta intervención del Estado en favor de los más indefensos, de los desposeídos, como se logra la verdadera igualdad en la vida jurídica.

(1) Francisco Tafur Morales: "La nueva jurisprudencia de la Corte", págs. 170 y 171, Segunda edición, Ed. Optima, Bogotá.

y no mediante el enfrentamiento de las partes, que es una forma de consagración de la desigualdad.

Sobre la tendencia contemporánea a la restricción de la autonomía de la voluntad expresa Gounot (2): "El predominio excesivo de la voluntad en el acto jurídico corresponde a un estado económico poco desarrollado donde las relaciones jurídicas son raras, lentas y por consiguiente siempre seguidas y precisadas (sic) de un debate más o menos largo en donde se fija con precisión el modo, la extensión y el alcance de cada una de las palabras y de las cláusulas (...); el individuo es considerado dueño, el solo artífice de su fortuna jurídica".

"Pero cuando, con la socialización cada vez más creciente de la vida humana, las relaciones sociales se han extendido, multiplicado y acelerado tanto, que cada individuo ha tenido necesidad de contar con los otros, de tener en cuenta la seguridad del crédito, el interés de los negocios, las exigencias de la buena fe, entonces el derecho ha tenido que relegar insensiblemente a segundo plano la voluntad individual para dar una mayor eficacia al interés social representado por la seguridad y la legítima confianza".

Por lo demás, las limitaciones a la autonomía de la voluntad no son exclusivas de tendencias jurídicas contemporáneas. Ellas se han ido imponiendo poco a poco, a la medida del avance de las necesidades sociales. Así, el Código Civil Napoleónico estableció una muy importante, cual es la de que los particulares contratantes no pueden derogar en la celebración de los actos jurídicos aquellas leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres (La primera de tales nociones se ha ido enriqueciendo en su contenido, hasta llegar a la que hoy se denomina orden público económico, de gran fuerza limitativa de la libertad contractual).

También implican restricción de la autonomía de la voluntad, aunque en grado relativo, las solemnidades o "técnicas jurídicas" prescritas por el legislador para la validez o para la demostración de ciertos actos jurídicos, con finalidades de tutela de intereses de terceros o de defensa de las mismas partes.

Conllevan también quebrantamiento de la autonomía de la voluntad, al menos en parte, algunas formas modernas de celebración de los negocios jurídicos obligatorios, como ocurre, por ejemplo, en los llamados contratos colectivos y en los de adhesión. A los efectos de los primeros resultan vinculadas personas que para nada han intervenido en su perfeccionamiento: en el caso de las convenciones co-

(2) Gounot: Citado por Arturo Valencia Zea: "Curso de Derecho Civil Colombiano", tomo VI, De las Obligaciones, Bogotá, 1948.

lectivas de trabajo, aquellas que posteriormente ingresen al respectivo sindicato. En los segundos es innegable que no hay una operancia plena de la autonomía de la voluntad, pues una parte —que, desde luego, es la más poderosa económicamente— ha predeterminado las condiciones del contrato.

La jurisprudencia ha admitido, asimismo, doctrinas que representan restricción de la autonomía de la voluntad. En efecto, al hacer la investigación científica del derecho, al llenar las lagunas o deficiencias de la ley, ha dado cabida a los llamados “principios o reglas generales de derecho”. En nuestra legislación este sistema de interpretación tiene operancia al tenor de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1.887. Con base en esta norma nuestra jurisprudencia ha aceptado, por ejemplo, la teoría del abuso del derecho, que comporta una limitación a los derechos privados, al asignarles una función social; el enriquecimiento sin causa; la buena fe; y, como se verá en su oportunidad, la misma teoría de la imprevisión.

De todo lo anterior se infiere que, evidentemente, la aplicación de la teoría de la imprevisión significa una nueva restricción de la autonomía de la voluntad y, por ende, de la libertad contractual, pues conduce a la revisión judicial del negocio jurídico por razón de desequilibrios en su economía, acaecidos con posterioridad a su celebración.

Tal intervención, a nuestro juicio, es conveniente y necesaria, pues al establecer el equilibrio de las prestaciones y propugnar el imperio de la equidad en el tráfico jurídico, responde a las modernas orientaciones del derecho y refleja una concepción de la actividad del Estado que aceptamos en su plenitud.

CAPITULO II

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

1. EN EL DERECHO ROMANO. —En el derecho romano tuvo pleno vigor el respeto al principio de la autonomía de la voluntad, a la fuerza obligatoria del contrato, en forma similar a como aparece formulado en nuestro derecho civil, en el precitado artículo 1.602. No obstante se encuentran en él algunos antecedentes sobre el cambio de circunstancias que no implican, desde luego, la elaboración de una teoría general sobre el mismo.

Los autores que se han ocupado del estudio de la doctrina traen al respecto, diversas citas de juriconsultos romanos. Africano (1)

expresa: "Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat", significando con ello que existe una cláusula tácita de acuerdo con la cual la obligación se ejecuta si subsiste la situación que existía al momento de concluir el contrato.

Otros encuentran la formulación de la teoría en un texto de Cicerón (De Officiis, De los deberes) y en algunos párrafos del Digesto y de las Instituciones de Justiniano. En su obra De Beneficiis dice Séneca: "Seré considerado como habiendo roto mi fe y seré acusado de inconstancia si estando todo en el mismo estado que cuando hice mi promesa no la cumplo; pero si hubo algún cambio, ello me da el privilegio de reconsideración y me libera de mi compromiso" (2).

El derecho romano admitía la aplicación por el fallador, en los negocios de buena fe, de los principios de la imprevisión. Así lo expresa Lenel(3): "En los negocios de buena fe, el juez goza de libertad para decidir sencillamente con arreglo a los dictados de la buena fe, sin más que preguntarse qué dificultades de ejecución eran las que, según la buena fe, debían liberar al deudor de sus obligaciones".

2. LOS CANONISTAS —Fue muy importante su contribución al desarrollo de la teoría de la imprevisión, hasta el punto de que se les ha llegado a atribuir su autoría.

Los canonistas condenaron la usura y el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como contrarios a la moral cristiana, y obtuvieron de los Tribunales Eclesiásticos la aplicación en los contratos sucesivos de la doctrina del cambio de circunstancias. No solamente tenían en cuenta "la lesión contemporánea con el contrato, sino también la que resultaba de variaciones posteriores de las circunstancias; en ambos supuestos existía usura. Para remediarla, estimaron sobrentendida en los contratos una cláusula rebus sic stantibus, según la cual las partes se reputaban haber subordinado implícitamente la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato" (4).

(1) Africano: Citado por Ramón Badenes Gasset: "El Riesgo Imprevisible", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1946, pág. 32.

(2) Séneca: Citado por Luis María Rezzónico: "La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la Imprevisión", segunda edición, Ed. "Perrot", Buenos Aires, 1954, pág. 49.

(3) Lenel: Citado por Lorenzo de la Maza Rivadeneira: "De la teoría de la Imprevisión", Gaceta Judicial, Tomo XLVII, N° 1.940, Bogotá, 1938, pág. 1.

(4) Planiol y Ripert: "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo VI, "Las Obligaciones", ed. de 1936, Cultural S. A., Habana, pág. 552.

Los canonistas se apoyaban en textos de San Agustín, de Graciano, de Bartolomeo Di Brescia y de Santo Tomás de Aquino. Este último, en la *Summa Theológica*, expresa que aquel que incumple una promesa puede ser excusado "si han cambiado las condiciones de las personas y de los negocios" (5).

3. LOS POST-GLOSADORES —Los glosadores no se ocuparon de la teoría de la imprevisión, pero sí los post-glosadores, quienes, retomando las ideas de los canonistas, las desarrollaron y aplicaron durante los siglos XIV a XVI. A ellos se debe, como formulación clara del principio, la expresión "Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futurum, rebus sic stantibus intelliguntur" que, abreviada, llegó a ser la muy conocida cláusula "rebus sic stantibus".

Para Bártolo, jefe de la escuela, y para sus discípulos, era preciso suponer en los contratos dicha cláusula, o sea que se subentendía que las partes, al celebrar el convenio, tenían en cuenta de tal manera las circunstancias que rodeaban su formación, que una variación ulterior de las mismas debía implicar la revisión de aquél.

4. LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ITALIANAS —Estas jugaron gran papel en la aplicación y desarrollo de la teoría en el siglo XVII. Entre los autores destacados de la época cabe mencionar a De Luca y a Mantica, (6) quienes insisten en dos aspectos básicos de la imprevisión: a) La teoría se debe aplicar a los contratos a término o de prestaciones sucesivas (contratos que "habent dependentiam de futuro"); b) La modificación que el juez hace del convenio para adaptarlo a las nuevas circunstancias sólo debe tener lugar cuando la ejecución plena de aquel implique una grande injusticia.

Puffendorf y Grocio, en Alemania y Holanda, respectivamente, se ocuparon también del estudio de la teoría. Admiten la conexión que existe entre la formación del consentimiento que da vida al contrato y las circunstancias que lo rodean. Pero la admiten con muchas restricciones, y en todo caso no aceptan que la cláusula "rebus sic stantibus" esté subentendida en los contratos, por considerar que ello llevaría a una peligrosa destrucción de las obligaciones.

5. CONSAGRACION LEGISLATIVA DE LA TEORIA EN LOS SIGLOS XVIII Y XIX —Algunos códigos de la segunda mitad del si-

(5) Santo Tomás: Citado por Badenes Gasset, ob. cit., pág. 33.

(6) Badenes Gasset: Ob. Cit. pág. 34. De la Maza Rivadeneira: Ob. Cit., pág. 2.

glo XVIII y de principios del siglo XIX, contienen preceptos que implican la admisión de la imprevisión. El Código Maximiliano Bavárico de 1.756 expresa: "Puesto que todos los vínculos encierran tácitamente la cláusula rebus sic stantibus, se invalidan también por la variación de la cosa deducida en obligación, si concurren los siguientes requisitos:

- 1) Cambio que no provenga de mora, ni de hecho o culpa del deudor;
- 2) Que no fuese fácil de prever;
- 3) Que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiese conocido antes, según la opinión desinteresada y honesta de una persona inteligente, no habría consentido en obligarse" (7).

Y el Código Prusiano de 1.794, aunque niega en principio la posibilidad de incumplimiento del contrato por cambio imprevisible de las circunstancias, dice en su artículo 378: "Sin embargo, si por tal imprevisto cambio se hace imposible el logro de la intención final de ambas partes, expresamente declarada o resultante de la naturaleza del negocio, cada una de ellas puede rescindir el negocio, si no ha comenzado todavía" (8).

6. DECADENCIA DE LA DOCTRINA EN LOS SIGLOS XVIII Y XIX —Aparte de la mención que de la teoría hacen los códigos citados, y también el austríaco de 1.812, el final del siglo XVIII y el principio del siglo XIX marcan una reacción contra ella de parte de los ordenamientos jurídicos, de la jurisprudencia y de los doctri-
nantes.

Los juristas Domat y Pothier, de tan señalada influencia en la redacción del Código Civil Francés, no aluden en sus obras a la imprevisión. No es difícil, por lo demás, la explicación de este desvío hacia la teoría en el Código Francés y en los ordenamientos que en él se inspiraron. La restricción de la libertad contractual que ella comporta y la idea de solidaridad social que la informa, pugnan abiertamente con el liberalismo económico de la Revolución Francesa, con el individualismo jurídico y el dogma de la autonomía de la voluntad, principios estos que presidieron la elaboración de aquellos códigos.

7. CASO DEL CANAL CRAPONE (9) —No obstante el anota-
do olvido de la teoría, es de destacar en esta época el caso del Canal

(7) Rezzónico: Ob. cit., pág. 23.

(8) Rezzónico: Ob. cit., pág. 61.

(9) Planiol y Ripert: Ob. cit., pág. 552 y 557. Rezzónico: Ob. cit., pág. 51.

Crapponne, de Francia, en 1.874, mencionado como uno de los "leading cases" en la aplicación de la imprevisión.

El dueño del canal, en el siglo XVII, había celebrado con los dueños de los inmuebles adyacentes un contrato con una duración de 160 años, de acuerdo con el cual estos últimos, a cambio del agua que empleaban para el regadío de sus predios, pagarían un canon periódico y fijo. Por el transcurso del tiempo y por los sucesos extraordinarios acaecidos durante la vigencia del contrato —entre ellos la guerra franco-alemana de 1.870—, el precio estipulado llegó a ser prácticamente irrisorio. Los propietarios del canal demandaron, en consecuencia, un aumento del canon.

El Tribunal de Aix, en el año de 1.874, consideró procedente la solicitud y sentó el principio de que en los contratos sucesivos no es aplicable el artículo 1134 del Código Civil Francés ("Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi á ceux qui les ont faites"), y admitió la revisión judicial de los mismos cuando se ha roto el primitivo equilibrio de las prestaciones.

La Corte de Casación salió en defensa de la intangibilidad de las convenciones y revocó la sentencia del Tribunal. La decisión de éste, no obstante, marca un hito jurisprudencial en el desarrollo de la teoría.

8. RESURGIMIENTO DE LA TEORIA EN EL PRESENTE SIGLO —El relegamiento anotado dura todo el siglo XIX y va hasta principios del presente siglo en el que un acontecimiento extraordinario, como lo fue la primera guerra mundial, con sus hondos trastornos financieros de gran impacto en la economía contractual, da lugar al resurgimiento de la teoría.

El desequilibrio de las prestaciones se hizo más patente en los contratos de derecho administrativo, en los que los concesionarios de los servicios públicos, a causa de los trastornos propios del conflicto bélico —dificultad en los transportes, ocupaciones de determinadas zonas, los bombardeos, etc.—, vieron aumentando en forma desmesurada el costo de las materias primas, y, por ende, el de la producción y prestación del servicio.

"La guerra de 1.914 a 1.918 —expresa Enneccerus— (10) y los trastornos económicos consiguientes a la misma (escasez de las materias primas, dificultades de la fabricación y después la desvalor-

(10) Enneccerus-Kipp-Woolff; "Tratado de Derecho Civil", segundo Tomo, Derecho de obligaciones, volumen primero, pág. 207, Librería Bosch, Barcelona, 1933.

rización del dinero) tuvieron por consecuencia en numerosos casos tan profundas alteraciones de las relaciones económicas, que el obligar al deudor a atenerse al contrato hubiera estado en absoluto descomprometido a suministrar fuerza motriz durante largos años a un precio calculado entonces, no podía ser constreñido a cumplir el contrato, a todo evento, cuando el precio de los combustibles y los jornales habían subido al véntuplo o incluso al céntuplo del precio primitivo, etc."

Es explicable que, como se verá, la teoría tuviera una mayor acogida inicial en el campo del derecho administrativo, por cuanto en los contratos de este tipo hay un verdadero interés de carácter general, cual es la continuidad en la prestación del respectivo servicio. De un lado está, pues, el interés legítimo del concesionario en evitar que la ejecución del contrato cuyas prestaciones han devenido excesivamente onerosas a causa de acontecimientos extraordinarios, lo arruine; y de otro, el de la comunidad beneficiaria del servicio, cuya interrupción le causaría graves perjuicios.

9. EL CASO DE LA COMPAÑIA DEL GAS DE BURDEOS —El caso famoso en esta época es el de la Compañía del Gas de Burdeos contra el municipio del mismo nombre. En el año de 1.904, se había firmado un contrato de concesión entre las dos entidades cuyo objeto era la prestación, por parte de la Compañía, del servicio de alumbrado por gas, a un determinado precio, en cuya estipulación se procuró guardar cierta proporción con el del carbón, materia prima básica en la fabricación del gas.

Vino la guerra, y con ella la ocupación de la cuenca carbonífera de Francia por parte de los alemanes, y también el encarecimiento de los fletes del carbón importado. Como es de suponer, estos hechos alteraron para la Compañía concesionaria el costo de prestación del servicio en un proporción que excedía los límites razonables de previsión contractual. Solicitó al Municipio, en consecuencia, una revisión de las estipulaciones del contrato a fin de acomodar las tarifas a la nueva realidad económica. El Municipio se negó con base en los principios del prementado artículo 1134 del Código Civil Francés. Entablado el litigio, la entidad distrital fue absuelta en primera instancia.

Al surtirse el recurso de apelación interpuesto ante el Consejo de Estado, el Comisario del Gobierno Francés sustentó la necesidad

de la revisión del contrato. Dijo: (11) "cuando ocurren acontecimientos que perturban profundamente la economía del contrato, que ponen al concesionario en la imposibilidad de ejecutar su obligación en las condiciones previamente estipuladas, es preciso hacer frente a esa situación nueva, que las partes no pudieron prever; es preciso enfrentársele mientras ella subsista; las necesidades del servicio público lo exigen (...) la autoridad exigiría del concesionario que continuara prestando el servicio, conforme al contrato, pero lo ayudaría sea indemnizándolo o reduciéndole la carga de sus obligaciones, a soportar el excedente de esas cargas en cuanto ellas sobrepasen el máximo de las dificultades o el máximo de la amplitud de las variaciones económicas que pudieron preverse cuando se contrató".

El Consejo de Estado acogió en su esencia los razonamientos anteriores y admitió "... que por la acumulación de las circunstancias indicadas la economía del contrato se encuentra totalmente trastornada; que la Compañía, tiene pues, fundamento para sostener que no debe ser obligada, en las mismas condiciones previstas en su origen, al funcionamiento del servicio, mientras dure la situación anormal antes anotada" (12). Por todo ello, y mediante providencia del 30 de marzo de 1.916, ordenó a las partes la revisión amigable de las condiciones del contrato, incluida la indemnización a cargo del Municipio, y reenvió el negocio al Juez de Instancia a fin de que procediera a fijar las nuevas prestaciones y la indemnización en caso de no lograrse un arreglo amigable y equitativo entre aquellas.

10. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS

—Es de destacar en esta época la posición avanzada de algunos tribunales italianos sobre la alteración de la economía contractual. Así, la Corte de Casación de Turín, mediante fallo del 16 de agosto de 1.916, expresó: "Los contratos bilaterales que tienen tracto sucesivo y dependencia del futuro, se entienden concluidos con la cláusula "rebus sic stantibus". La imposibilidad de la ejecución y la excesiva gravosidad de la misma, sobrevvenida por el cambio de las circunstancias de hecho, pueden inducir la resolución del contrato, o por lo menos su modificación y la reducción de sus consecuencias".

Y la Corte de Casación de Florencia sostuvo, en 1.924, que "cuando en los contratos de tracto sucesivo se verifiquen hechos nuevos a cargo de uno de los contratantes, puede éste demandar la resolución

(11) Carlos H. Pareja: "Curso de Derecho Administrativo", volumen I, pág. 470, segunda edición, Ed. El Escolar, Bogotá, 1939.

(12) Pareja: Ob. cit., pág. 471.

o modificación sosteniendo que la obligación estaba sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*, que si no está sancionada por la ley, deriva de los principios generales del derecho y la equidad" (13).

11. LA LEY FAILLIOT —Es otro hito importante en el desarrollo de la teoría de la imprevisión. Expedida en Francia el 21 de enero de 1.918, tiende a conjurar situaciones de desequilibrio contractual originadas en los múltiples hechos de la guerra. Sus disposiciones se aplican a los negocios y contratos de carácter comercial, celebrados antes del 1º de agosto de 1.941, que obliguen a la entrega de mercancías o géneros o a prestaciones sucesivas o a plazo, y tienen vigencia durante la guerra y hasta tres meses después de cesar las hostilidades.

Su artículo 2º dice: "Independientemente de las causas de resolución que establece el derecho común, o que han pactado las partes, los negocios y contratos de que se trata pueden ser resueltos a petición de cualquiera de las partes, si se prueba que por causa de la guerra la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes le impondrá cargas o le causará perjuicios cuya importancia sobrepasa excesivamente las previsiones que pudieron ser razonablemente hechas al tiempo del contrato. La resolución se pronunciará con o sin indemnización de perjuicios —según las circunstancias—. El juez, cuando decreta la indemnización, deberá reducir su cuantía si se convence de que por consecuencia del estado de guerra el perjuicio ha sobrepasado notablemente lo que los contratantes podían prever (...). El Juez puede también, si una de las partes lo pide, decretar la suspensión del cumplimiento del contrato durante un plazo que él determinará" (14).

En la evolución de la teoría, y concretamente en su consagración legislativa, es natural que primero se opte por la llamada legislación de emergencia, es decir, por darle aplicación en forma circunstancial, para atender a situaciones concretas de trastornos de la economía de un país. Así ocurrió entre nosotros, por ejemplo, con la llamada ley moratoria (ley 37 de 1.932), que tuvo como objetivo aminorar los efectos de la crisis económica de 1.930, mediante la rebaja de los intereses pendientes no pagados y futuros para las obligaciones contraídas desde 1.925 y la suspensión por un período de tres años de los remates en los juicios ejecutivos.

12. DECRETO LEY DE CHAITEMPS —Este decreto, expedido en Francia el 25 de agosto de 1.937, es otro caso de consagración le-

(13) Rezzónico: Ob. cit., pág. 55.

(14) Planiol y Ripert: Ob. cit., pág. 555. Pareja: Ob. cit., pág. 473.

gislativa de la teoría, y en el que se patentiza el criterio, al igual que en el fallo ya citado del Consejo de Estado, de que se debe garantizar la continuidad en el servicio público. Su artículo 1º dice: "Toda entidad departamental o municipal que haya concedido o arrendado un servicio público o de interés público, puede pedir la revisión o rescisión del contrato de concesión o de arrendamiento cuando el desequilibrio de los gastos del concesionario con sus recursos sea debido a circunstancias económicas o técnicas independientes de su voluntad, reviste un carácter permanente y no permite al servicio funcionar normalmente. El mismo derecho se le dá al concesionario o explotador en las mismas condiciones" (15).

13. LABOR DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA DOCTRINA EN OTROS PAISES —A la labor de la doctrina tanto oficial como particular se debe la difusión en los distintos países de los principios que informan la teoría de la imprevisión, paso este necesario en su proceso de imposición como verdadero instituto jurídico, y que debe culminar en su admisión por el legislador.

Alemania es quizás el país en donde se han elaborado las más interesantes construcciones doctrinales para fundamentar la teoría de la imprevisión, y a las cuales nos referiremos en capítulo posterior. Entre ellas se destacan la doctrina de la presuposición, de Windscheid, y la de la base del negocio jurídico, de Oertman. Los tribunales alemanes, dado que no hay precepto en el Código Civil que consagre expresamente la imprevisión, basan su aplicación principalmente en las teorías aludidas y en los principios de la buena fe.

En Inglaterra la revisión de los contratos por alteración de las circunstancias ha encontrado cabida a través de dos construcciones jurisprudenciales: la "frustration of adventure", en el derecho marítimo, que tiene operancia cuando sucesos sobrevinientes impiden la obtención del fin perseguido con el contrato; y la "commercial impossibility": de acuerdo con esta última, se considera imposible el cumplimiento de una obligación cuando sin serlo físicamente, sí lo es en el sentido comercial de la palabra por la excesiva onerosidad que acarrearía su ejecución.

En Suiza los Tribunales le ha dado aplicación a la teoría de la imprevisión apoyados fundamentalmente en estos dos principios: a) El de la buena fe, consagrado expresamente en el artículo 2º de su Código Civil; b) En el que se desprende del artículo 383, inciso 2º,

(15) Pareja: Ob. cit., pág. 476.

del Código de las Obligaciones, según el cual si en la ejecución de obras materiales advienen circunstancias extraordinarias, imposibles de prever, que hagan excesivamente difícil la ejecución de la obligación del contrato. Es este un precepto importante, parecido al consignado en el artículo 2060, ordinal 2º, de nuestro Código Civil, aunque de contenido más amplio.

Así, sin que existan normas de carácter general que impliquen una incorporación de la teoría a los respectivos ordenamientos jurídicos, los Tribunales de diversos países le han ido dando acogida a la imprevisión, aunque con diferentes fundamentos doctrinarios: en Bélgica, determinados los falladores por los hondos desequilibrios que en la economía de la nación —y desde luego en la de los contratos— causaron las dos guerras mundiales; en Hungría, en donde la Corte Suprema (Curia Regia) ha admitido sus efectos, basada en las nociones de la imposibilidad económica y del abuso del derecho (16); en España, cuyo Tribunal Supremo admitió, en forma muy tímida, mediante fallo del 13 de junio de 1944 (17), “la facultad judicial de modificar el contrato” a causa del cambio de circunstancias, con base, en general, en la buena fe que debe presidir el convenio y en la exigencia de causa en los contratos, referida esta última, en los onerosos, a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones.

14. CODIGO POLACO DE LAS OBLIGACIONES Y CODIGO CIVIL ITALIANO DE 1.942 —La culminación del proceso evolutivo que en forma sintética hemos descrito, se encuentra en dos códigos modernos, que en disposiciones de carácter permanente y general han consagrado la teoría de la imprevisión: El Código Polaco de las Obligaciones y el Código Civil Italiano de 1.942.

Dice el primero de ellos en su artículo 269:

“Cuando a causa de eventos excepcionales, como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otras catástrofes naturales, la ejecución de la prestación tropiece con dificultades excesivas implique para una de las partes una pérdida exorbitante que los contratantes no pudieron prever en el momento de perfeccionar el contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, de acuerdo con los principios de la buena fe y teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, fijar

(16) Rezzónico: Ob. cit., págs. 84 y 85.

(17) Badenes: Ob. cit., págs. 206 y 207.

la forma de ejecución, el monto de la prestación y aun dictar la resolución misma del contrato" (18).

Como se puede apreciar, los términos de la norma son bastante amplios y reflejan una concepción moderna de los efectos de la imprevisión, que son, según se verá posteriormente: resolución o terminación del contrato, y en general, extinción del negocio jurídico; suspensión de la exigibilidad de las obligaciones; revisión de las prestaciones. Es también avanzada la norma en mención en cuanto que señala inequívocamente el poder de intervención judicial en el contrato, discutido en cuanto a su grado aún por partidarios de la teoría.

Las disposiciones pertinentes del Código Civil Italiano relativas a la imprevisión —que en dicha legislación denominan "la excesiva onerosidad"— son las siguientes: (19).

"Artículo 1467 - *Contrato con prestaciones recíprocas.* —En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el art. 1458... La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevinida entrara en el área normal del contrato... La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato".

"Artículo 1468 - *Contrato con obligaciones de una sola de las partes.* —En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se tratara de un contrato en el que una sola de las partes hubiese asumido obligaciones, ésta podrá pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducirlas a la equidad".

"Artículo 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".

Como se infiere de los textos transcritos, las características básicas de las disposiciones del Código Italiano sobre la "excesiva onerosidad" son las siguientes: a) Sólo rigen para contratos conmutativos o unilaterales, pero no se limitan a los de ejecución continuada o periódica, sino que también se extienden a los de ejecución diferida; b) En cuanto a los primeros no se da al juez poder de revisión. El único

(18) Tafur Morales: Ob. cit., pág. 184.

(19) Francesco Messineo: "Doctrina General del Contrato", pág. 500, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1952.

efecto, en tal caso, es la resolución del contrato, que podrá ser evitada por la contraparte si ofrece modificar equitativamente las condiciones del mismo. Para los segundos prácticamente se adoptó, en nuestra opinión, el efecto de la revisión judicial bajo las expresiones de "reducción" de la prestación y "modificación en las modalidades de ejecución".

La consagración legislativa que representan los artículos transcritos significa, innegablemente, un gran avance en la evolución de la teoría de la imprevisión. No obstante aún tiene, a nuestro juicio, en el citado ordenamiento jurídico, un carácter restrictivo, pues, como lo veremos posteriormente, consideramos que los principios de la imprevisión deben aplicarse, en general, a todos los negocios jurídicos, tanto de formación unilateral como bilateral, que generen obligaciones de ejecución sucesiva, periódica o diferida; y en el caso de los contratos opinamos que tales principios se deben hacer extensivos a los aleatorios y a los de especulación, en ciertas condiciones, según lo explicaremos en su oportunidad.

CAPITULO III

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPREVISION

Como consideramos que la imprevisión constituye un verdadero instituto jurídico, con sus características propias, que puede acarrear la extinción, la modificación o la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones de ejecución sucesiva, periódica o diferida, pasamos a hacer un análisis de cada uno de sus elementos estructurales.

1. LOS ACONTECIMIENTOS DEBEN SER IMPREVISTOS E IMPREVISIBLES —De acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia, prever es "Ver con anticipación; conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder"; imprevisible es aquello "que no se puede prever", e imprevisto lo "no previsto" (1).

En consecuencia, para que tenga operancia la teoría a estudio se requiere, en primer término, que las partes, al hacer sus declaraciones de voluntad, no hayan tenido en cuenta la posibilidad de que ocurrieran los sucesos que habrían de trastornar la economía del ne-

(1) Real Academia Española: "Diccionario de la Lengua Española", XVIII edición, Madrid, 1956, págs. 1.064 y 737.

gocio jurídico; y además que tales eventos escapen a la capacidad normal de las partes de anticipación a lo que ha de suceder. En síntesis, que tengan el doble carácter de imprevistos e imprevisibles.

¿Con qué criterio se mide la imprevisibilidad de un acontecimiento? Para el efecto se han señalado dos criterios: el subjetivo y el objetivo. De acuerdo con el primero se mediría el grado de imprevisibilidad de un acontecimiento, teniendo en cuenta las condiciones personales del contratante, es decir, su grado de educación, su estado social, su mentalidad. Esta solución aparece, en principio, como equitativa, pues busca que se analice el caso particular de la parte afectada con las nuevas circunstancias, pero tiene el peligro de que puede conducir a un excesivo arbitrio judicial.

Según el criterio objetivo, el juez determinará la imprevisibilidad de un suceso en razón del desarrollo cultural y de la mentalidad medios del lugar en donde van a tener aplicación los principios de la imprevisión. Así, será imprevisible "el acontecimiento que no puede ser tomado en cuenta anticipadamente por el tipo medio del contratante, si sigue una conducta social mediana" (2).

Juzgamos más acertado el segundo de los criterios mencionados, pues guarda mayor consonancia con el ideal de la seguridad jurídica.

Así, de la devaluación brusca, repentina, de la moneda de un país, por disposición del gobierno, cabe predicar, en principio, que es un suceso imprevisible. Pero no lo será si a la época de la celebración del negocio jurídico ya había algunas noticias sobre la posibilidad de su acaecimiento (informaciones de la prensa, declaraciones de miembros del gobierno, discusión del proyecto respectivo en el Congreso, etc.).

Ocurre a veces, sin embargo, que se prevé la ocurrencia de un acontecimiento, pero no es posible prever la intensidad y gravedad de sus consecuencias, de su incidencia en la vida económica. Consideramos que aún en tales eventos, cabe hablar de imprevisibilidad y dar cabida, por tanto, a los principios de la teoría.

Al respecto expresa Bonnard (3): "Por ejemplo, si en vísperas de la guerra de 1914, dada la actitud de Alemania, podía preverse la guerra, no era posible prever, aún con el mayor pesimismo, que ella produciría los formidables trastornos económicos que luego de ella terminó. De allí que las consecuencias económicas de la guerra, hayan sido consideradas como hechos imprevisibles".

(2) De la Maza Rivadeneira: Ob. cit., Gaceta Judicial, Tomo XLVI, N° 1.937, pág. 602.
(3) Bonnard: Citado por Fariña, Ob. cit., pág. 478.

2. EL ACONTECIMIENTO DEBE SER EXTRAORDINARIO —“Es acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique y en el que las partes no pueden haber pensado, porque está fuera de su imaginación” (4).

Este requisito guarda estrecha relación con el ya señalado de la imprevisibilidad. En efecto, si un suceso es anormal en su acaecimiento, es lo más lógico que escape a la capacidad de previsión de las partes.

No se puede hacer, desde luego, un catálogo de los acontecimientos que, por su carácter de extraordinarios, pueden dar lugar a la aplicación de los principios de la imprevisión. Será una cuestión de hecho que deberá apreciar el fallador en cada caso.

Tales sucesos pueden consistir, por ejemplo, en guerras, revoluciones, devaluación de la moneda, revaluación de la misma, variación enorme de los precios, disposiciones del gobierno, escasez de materias primas, dificultades generales en la fabricación de ciertos productos, etc.

3. EL ACONTECIMIENTO DEBE TRASTORNAR LA ECONOMIA DEL NEGOCIO JURIDICO. —El acontecimiento sobreviniente debe causar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación a cargo de la parte afectada, en forma tan desmesurada en relación con las estipulaciones iniciales y con la situación económica imperante a la época del perfeccionamiento del negocio jurídico, que de haberlo previsto, no lo habría celebrado, o lo habría hecho en términos diferentes.

La excesiva onerosidad no hace materialmente imposible el cumplimiento de la obligación, pero, por el quebranto patrimonial que su ejecución conlleva para la parte afectada, sí puede decirse que genera una imposibilidad relativa.

La mayoría de los autores, al hablar de la aplicación de los principios de la imprevisión, se refieren al deudor como única parte interviniente en el negocio jurídico obligacional, susceptible de ser afectada con la excesiva onerosidad sobreviniente. Consideramos que ello no es así, y que por lo tanto, se está empleando una terminología inadecuada.

En efecto, el negocio jurídico también puede resultar ruinoso para el acreedor y ocasionarle un verdadero quebranto patrimonial, si se le obliga a admitir del deudor el pago de la prestación a cargo de

(4) Messineo: Ob. cit., pág. 375.

éste en los términos inicialmente pactados, pese a haber quedado fundamentalmente alterados por las nuevas circunstancias.

Así, en el caso de una fuerte y repentina devaluación de la moneda, el prestamista de dinero —acreedor— va a recibir del mutuario —deudor— una suma de dinero que no guarda relación de valor con la entregada por él al perfeccionamiento del contrato; y en el mismo supuesto de la devaluación monetaria, si se trata de una compraventa en la que se otorgó plazo al comprador (quien ya recibió la cosa) para el pago del precio, y en el ínterin acaece el suceso aludido, es innegable que el vendedor-acreedor va a ser afectado por la excesiva onerosidad que han creado las nuevas circunstancias, si se viera forzado a recibir del comprador el precio inicialmente estipulado y que ahora resulta irrisorio.

En los ejemplos propuestos hay una indudable alteración de la relación de valor entre las prestaciones, y habría lugar, entonces, a la aplicación de los principios de la imprevisión. Esta tiene operancia, pues, tanto para el deudor como para el acreedor, según quien resulte afectado por la alteración de la economía del negocio jurídico. Es por ello por lo que, apartándonos de la terminología empleada por la generalidad de los autores, no hablaremos a lo largo de este trabajo de “deudor” o de “acreedor”, sino de “parte afectada”, locución que a nuestro juicio es la más técnica.

Sobre el elemento de la imprevisión que ahora analizamos, Beltrán de Heredia expresa: (5) “Dicha sobrevenencia está caracterizada, o por el “mayor sacrificio” que para aquel contratante representa la prestación, o también por la “menor utilidad” que para el mismo significa la contraprestación. No se llega a producir la imposibilidad de cumplir, sino sólo la mayor onerosidad, de carácter excesivo, que dificulta, haciendo más gravosa, la situación de aquella parte en el contrato”. (Subrayas nuestras).

Y Messineo (6) dice al respecto: “La excesiva onerosidad ha de concebirse no solamente como agravación de la onerosidad de la prestación (lo que es obvio), sino también como disminución de la utilidad de la contraprestación”. (Subrayas nuestras).

Si los autores mencionados —como parece lo lógico— emplean el vocablo “utilidad” en el sentido de ganancia, de provecho, de lucro que la parte esperaba derivar del negocio jurídico, no podemos compartir su criterio. En efecto, en el tráfico jurídico existe siem-

(5) José Beltrán de Heredia y Castaño: “El cumplimiento de las obligaciones”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 309.

(6) Messineo: Ob. cit., pág. 378.

pre un álea normal de ganancia o de pérdida. Quien celebra un contrato, por ejemplo, corre el riesgo muy corriente de no obtener del mismo la ganancia, el provecho económico por él imaginado y esperado al perfeccionar el acuerdo de voluntades.

Lo que justifica la teoría de la imprevisión, lo que constituye su razón de ser, es que sería claramente inequitativo obligar a la parte cuya prestación se ha tornado, por fuerza de los acontecimientos sobrevinientes, en ruinoso, a cumplir rigurosamente el convenio en sus términos primitivos: equivaldría a propiciar un enriquecimiento indebido para la contraparte, quien vería, por hechos ajenos a su esfuerzo, aumentadas sus ganancias en forma desproporcionada, a costa del empobrecimiento de la otra.

La imprevisión tiende, pues, a evitar a la parte afectada el quebranto patrimonial que le produciría el cumplimiento de la obligación con sujeción a las estipulaciones originales, cuyo equilibrio se ha roto, pero no a garantizarle que efectivamente va a derivar del negocio jurídico obligatorio la ganancia que de él esperaba obtener. Ello si atentaría contra la seguridad del tráfico jurídico.

En el mismo sentido se pronuncia Rezzónico: (7) "Entiéndese por "excesiva onerosidad" la demasiada gravosidad de la ejecución, el exagerado costo de cumplimiento de la obligación, el sacrificio muy subido del deudor para poder hacer efectiva su prestación; no el "lucrum cessans" o la frustración de ganancia".

Al igual que lo expresado para el elemento anterior, para establecer la excesiva onerosidad sólo se pueden trazar normas generales, pero en todo caso, por ser cuestión de hecho, corresponde al fallador determinar si en un evento dado se ha producido o no.

4. EL ACONTECIMIENTO DEBE AFECTAR TODA UNA CATEGORÍA DE DEUDORES —Este requisito es fundamentalmente una consecuencia de la naturaleza del hecho imprevisible, de su carácter excepcional. Si al producirse causa un verdadero y grave trastorno económico, no es de común ocurrencia que sólo afecte a las partes vinculadas a un determinado negocio jurídico. Lo normal es que altere, o al menos tenga la capacidad de alterar las prestaciones de las partes intervinientes en un determinado sector de la actividad jurídica. Es decir, se debe entender este requisito en el sentido de que se debe tener en cuenta "a todos los que se encontraran en la

(7) Rezzónico, Ob. cit., pág. 114.

situación de haber asumido la obligación de ejecutar dicha prestación, de modo que pueda afirmarse que la prestación es excesivamente onerosa por sí misma y no en relación a determinado deudor" (8).

Los opositores de la imprevisión aducen que la teoría comporta un atentado contra la fuerza obligatoria del contrato, contra el ideal de la seguridad jurídica. Una manera de preservar ésta y de evitar el excesivo arbitrio judicial, es la de señalarle al fallador elementos objetivos de análisis como el requisito en mención.

5. EL ACONTECIMIENTO DEBE SER AJENO A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES —Si la imprevisión, en su concepción más avanzada, es una causa extintiva o modificatoria de las obligaciones, es apenas lógico que deba descartarse la imprudencia o negligencia en el cumplimiento de la obligación, o la intención positiva de eludirlo. Es decir, la culpa y el dolo.

6. QUE SE TRATE DE OBLIGACIONES DE EJECUCION SUCESIVA, PERIODICA O DIFERIDA —Para que puedan sobrevenir los eventos que trastornan la economía del negocio jurídico, debe transcurrir necesariamente un cierto lapso entre su perfeccionamiento y la ejecución de las prestaciones respectivas. Tal ocurre, por ejemplo, con las obligaciones emanadas de los llamados contratos de tracto sucesivo (arrendamiento, de trabajo, ejecución de obra, etc.), o con aquellas para cuyo cumplimiento se ha señalado un plazo. Como se vió antes, estas tres clases de obligaciones son las que, con toda técnica, contempla el Código Italiano, aunque dicho ordenamiento limita sus efectos a las de origen contractual.

Por todo lo anterior, concebimos la imprevisión como la doctrina jurídica que, con el objeto de restablecer el equilibrio de las prestaciones, consagra la revisión judicial de los contratos y en general de los negocios jurídicos que generan obligaciones de ejecución sucesiva, periódica o diferida, cuando a consecuencia de acontecimientos imprevistos e imprevisibles, anormales y graves, posteriores a su perfeccionamiento, susceptibles de afectar a toda una categoría de partes intervinientes en la actividad jurídica, sobreviene para la parte afectada una excesiva onerosidad en su cumplimiento, que de haberla previsto no habría emitido su consentimiento, o lo habría hecho en términos diferentes.

(8) Messineo: Ob. cit., pág. 375.

CAPITULO IV

CAMPO DE APLICACION DE LA IMPREVISION

1. VIGENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN EL DERECHO PRIVADO —Examinados brevemente los elementos básicos de la noción de imprevisión, y expresado que ésta tiene operancia en las obligaciones que tengan duración en el tiempo o cuya ejecución no se ha realizado, corresponde ahora precisar su campo de aplicación.

Se anotó antes que la teoría cobró auge en el presente siglo a raíz de la crisis económica ocasionada por las dos guerras mundiales, especialmente en el ámbito del derecho administrativo. Su aplicación en los contratos de este tipo ha encontrado menor resistencia por la razón ya expresada de que está de por medio la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público.

“En esos casos —anota Sayagués Laso (1)— la aplicación rígida de las cláusulas contractuales (...) perjudicaría a todos sin beneficio para nadie: el concesionario quedaría arruinado al cabo de cierto tiempo; sobrevendría la desorganización e interrupción del servicio, con las molestias consiguientes para los usuarios; y la administración tendría que restablecer aquel a un costo necesariamente basado en las nuevas condiciones económicas (...) Luego de eliminado el concesionario, la administración tendría que explotar el servicio por sí misma u otorgar una nueva concesión, y en cualquiera de dichas alternativas habrá que financiar la explotación tomando en cuenta los factores económicos que encarecieron el servicio. La sustitución del concesionario no habría reportado ventaja alguna”.

Quienes son partidarios de su aplicación en el derecho administrativo y enemigos de su extensión al derecho privado, aducen, además, que a la administración, cuando contrata, no la asiste ánimo de lucro; que tanto a ésta como al particular contratante les interesa la buena marcha del servicio público, siendo ésta, por tanto, una zona de convergencia de los intereses de ambas partes; que, en una palabra, el particular es su asociado para el logro de la finalidad anotada.

Y para negarla en el campo del derecho privado, arguyen que en éste se dan precisamente las características contrarias: ánimo de lucro, de especulación; oposición radical de intereses; ausencia de un

(1) Enrique Sayagués Laso: “Tratado de Derecho Administrativo”, volumen II, Ed. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, págs. 72 y 73.

propósito común en las partes que le confiera alguna solidaridad a su acción.

No encontramos valederas, en lo tocante al derecho privado, las razones anteriores, en especial ante la moderna concepción del contrato, a la que hicimos alusión en la parte inicial de este trabajo.

Al contrato se le asigna hoy, como se anotó, una verdadera función social, y su celebración y su ejecución deben estar presididas por el principio de la buena fe y las ideas de solidaridad social, que impiden el enriquecimiento súbito de uno de los contratantes a costa de la ruina o del grave menoscabo patrimonial del otro. En la concepción moderna del negocio jurídico obligacional, las partes intervinientes no representan intereses forzosamente antagónicos, y en todo caso su acción jurídica debe estar supeditada a los superiores intereses del bien común, del orden social.

Por lo demás, tampoco es muy exacto lo aducido para sostener su validez exclusiva en el derecho administrativo: si bien el particular es un colaborador de la administración en la obtención de sus fines, es lo cierto que no está desprovisto de ánimo de lucro; y la administración, a su vez, si bien está interesada en una regular y eficaz prestación del servicio público, también busca que la ejecución de la obra, la concesión o el suministro, se realicen a un costo moderado.

Además, superada ya la concepción tradicional administrativa del servicio público, merced a la aceptación de los servicios públicos industriales y comerciales, la distinción que se pretende basar en la total carencia de ánimo de lucro perdió todo su vigor, ya que en estos servicios la administración busca ventajas económicas como cualquier particular y está sometida al derecho común. Los anotados servicios rompieron la ecuación, considerada antes insuperable en derecho administrativo, conocida en su enunciación como "servicio público igual derecho público".

Consideramos que los principios de la teoría de la imprevisión tienen plena vigencia tanto en el derecho público como en el privado, pues obedecen a nociones superiores, comunes a ambas esferas del derecho, como son las de la equidad, la solidaridad y, por sobre todo, la función social de los derechos.

2. APLICACION DE LA TEORIA FRENTE A LAS DISTINTAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES —Expresa nuestro Código Civil, en su artículo 1.494, que "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contra-

tos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi-contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". Es esta, pues, la consagración de la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones: contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos y ley.

Analizaremos las obligaciones emanadas de las distintas fuentes anotadas frente a la noción de imprevisión.

A) *Obligaciones surgidas de la ejecución de actos ilícitos (delitos y cuasi-delitos)*. —No creemos que se pueda proceder a la revisión de estas obligaciones, con base en los principios de la teoría de la imprevisión, cuando circunstancias posteriores a su nacimiento agraven su onerosidad.

En efecto, si tales obligaciones representan una sanción para quien ha infringido la ley, y una indemnización para aquel a quien se ha causado daño, sería inmoral atenuarlas o suspender su exigibilidad, y mucho más eximir al deudor de su ejecución.

Además, uno de los fundamentos que se han dado para la teoría de la imprevisión ha sido el de que las partes, cuando contratan, lo hacen teniendo en cuenta las circunstancias económicas imperantes a la época del perfeccionamiento del negocio jurídico, y con la creencia subentendida de que ellas han de subsistir durante el período de su ejecución. Y en las obligaciones que se derivan de la comisión de actos ilícitos no hay intención positiva de contraer un vínculo jurídico.

Finalmente —como razón de índole puramente técnica y de orden más adjetivo— las obligaciones a que dan origen los actos en mención son, por lo general, de ejecución instantánea e inmediata. Y la imprevisión sólo tiene vigencia para las obligaciones de duración en el tiempo o para cuya ejecución se ha fijado plazo.

B) *Obligaciones de Origen Legal*. —Como estas tienen origen en la imposición del legislador y nó en la voluntad de las partes, tampoco parece que quepa, con respecto a ellas, por la razón antes anotada, la aplicación de los principios de la imprevisión.

No obstante, no descartamos la posibilidad de que, cuando su ejecución sea sucesiva, periódica o diferida, circunstancias sobrevinientes de la naturaleza anteriormente analizada hagan particularmente oneroso el cumplimiento de sus prestaciones. Consideramos que

en tal evento su atenuación, si la equidad lo hiciere necesario, debe provenir del legislador, por ejemplo mediante las llamadas leyes de emergencia.

C) *Obligaciones emanadas de negocios jurídicos de formación unilateral.* —Los ordenamientos jurídicos de inspiración clásica —como nuestro Código Civil— sólo se ocupan en este campo de los llamados cuasi-contratos, figuras jurídicas consideradas acertadamente como anacrónicas por la moderna técnica jurídica, en su estructura y en su denominación. (No obstante, el profesor Valencia Zea sostiene que a la locución empleada por el prementado artículo 1494 del Código Civil, de acuerdo con la cual las obligaciones pueden surgir también “del hecho voluntario de la persona que se obliga”, debe darse un alcance general “a fin de que tenga algún efecto, dada la circunstancia de ser desechada unánimemente la tesis de los cuasi-contratos. La citada expresión debe servir de base para explicar los actos jurídicos unilaterales” (2).

El derecho moderno, en cambio, ha venido dando cada vez mayor importancia a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Figuras jurídicas como la promesa de recompensa, la oferta, la fundación, han sido reglamentadas por códigos como el alemán y el mejicano. Este, en el libro IV —que trata de las Obligaciones—, contiene un capítulo intitulado “De la declaración unilateral de voluntad” (artículos 1860 a 1881), en el que regula la oferta al público, la promesa de recompensa, la estipulación a favor de tercero y los títulos al portador.

Generalmente los autores que se refieren a la imprevisión expresan que su operancia se circunscribe a las obligaciones contractuales, concepción ésta que juzgamos muy restrictiva.

En nuestra opinión no repugna a la estructura de la obligación surgida de una declaración de voluntad unipersonal, la aplicación de los principios de la imprevisión, pues bien puede ocurrir que entre el nacimiento de aquella y el momento de su cumplimiento acaezcan eventos de las características ya analizadas, que hagan excesivamente onerosa la ejecución de la prestación e impongan su revisión.

Dicen, en su orden, los artículos 1861, 1862 y 1864 del Código Civil Mejicano:

“El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada

(2) Valencia Zea: Ob. cit., pág. 202.

condición o desempeño cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido”.

“El que en los términos de artículo anterior ejecutare el servicio pedido o llenare la condición señalada, podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida”.

“Si se hubiere señalado plazo para la ejecución de la obra, no podrá revocar el promitente su ofrecimiento mientras no esté vencido el plazo”.

En el caso de la promesa de recompensa, contemplada en los textos transcritos, si se ha fijado plazo para la prestación del servicio o la ejecución del acto —por ejemplo, hallar un objeto perdido—, puede suceder perfectamente que en el transcurso de aquel se modifiquen sustancialmente las circunstancias económicas tenidas en cuenta por el promitente para el señalamiento que hizo —en forma unilateral, desde luego— de la prestación a su cargo.

En el ejemplo propuesto juzgamos que sería inequitativo negarle al promitente la revisión de la obligación a su cargo si el tercero, ejecutado por su parte el servicio pedido, insistiere en exigirle el cumplimiento de la prestación en los términos primitivos en que fué formulada la promesa, pese a su exagerada agravación por razón de los acontecimientos sobrevinientes.

Lo anterior explica por qué hemos preferido, al estudiar los elementos estructurales de la teoría de la imprevisión, y en general a lo largo de este trabajo, hablar en forma genérica de obligaciones de ejecución sucesiva, periódica o diferida, pero no específicamente de obligaciones contractuales, a fin de que queden comprendidas tanto estas últimas como las que surgen de negocios jurídicos unilaterales, lo cual nos parece más técnico.

D) *Obligaciones emanadas de negocios jurídicos bilaterales (Contratos)*. —Entre los doctrinantes que aceptan la teoría de la imprevisión, no hay discusión acerca de su vigencia en el círculo de las obligaciones contractuales. Es preciso, sí, establecer exactamente a cuáles de ellas le es aplicable.

En lo tocante a la manera como se cumplen en el tiempo, las obligaciones son de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva.

Pertenecen a la primera categoría, aquellas cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo acto, es decir, que al ejecutarse se agotan. Los contratos que dan origen a ellas se denominan instantáneos. Por ejemplo, la compraventa.

Pertenecen a la segunda categoría, aquellas que “se van ejecutando y renovando en el tiempo, día a día, hora a hora, de manera que (...) el tiempo es factor predominante” (3). Los contratos que les dan origen se denominan de tracto sucesivo. Por ejemplo, contratos de concesión para la prestación de un servicio público, en el derecho administrativo; contrato de trabajo, en el derecho laboral; contrato de arrendamiento, en el derecho civil.

Como se ha expresado ya, para la aplicación de los principios de la imprevisión es fundamental el transcurso del tiempo entre el perfeccionamiento del negocio jurídico y el momento de ejecución de las obligaciones correspondientes. Sólo así pueden sobrevenir fenómenos que alteren las circunstancias de diversa índole —de hecho, jurídicas, económicas, etc.— tenidas en cuenta por quien lo celebra, y que agravan la onerosidad de las prestaciones.

Es frecuente encontrar en la doctrina el concepto de que la imprevisión sólo tiene aplicación en los contratos de tracto sucesivo.

Consideramos que dicha opinión implica una concepción sumamente recortada de la teoría a estudio. Nada se opone a que, tratándose de un contrato de ejecución única pero diferida en el tiempo, sobrevengan los acontecimientos analizados en el lapso que va de su celebración al cumplimiento de las obligaciones, con el consiguiente trastorno de la economía contractual.

Por ello Planiol y Ripert (4), al referirse a este aspecto de la imprevisión hablan, en forma que encontramos acertada, de “contrato de tracto sucesivo o de cumplimiento pospuesto”, y agregan: “Será necesario que el contrato produzca prestaciones futuras. Si el contrato es de cumplimiento inmediato, la injusticia resultante de la desigualdad de las prestaciones recíprocas podrá caer dentro de la teoría de la lesión o de la causa. No obstante, *no debe limitarse la revisión al caso de prestaciones sucesivas ya que una prestación única aplazada puede hacerla necesaria igualmente*” (Subrayas nuestras).

Así lo consagra, en forma por demás técnica, según se vió, el Código Italiano. Al analizar las disposiciones correspondientes de éste, ya citadas, dice Messineo: “El remedio contra los efectos de la excesiva onerosidad encuentra su razón de ser en la distancia de tiempo corriente entre la estipulación del contrato y el momento de su ejecución. La aplicación del mismo, especialmente a los casos de contratos de ejecución continuada o periódica, depende del hecho

(3) Eudoro González Gómez: “Las obligaciones en el Derecho Civil Colombiano”, Ediciones Cooperativa de Derecho, Medellín, 1963, pág. 8.

(4) Planiol y Ripert: Ob. cit., pág. 561.

de que en éstos, en particular, se intercala una diferencia de tiempo entre la estipulación del contrato y las diversas fases de su ejecución; sin embargo, también para estos contratos el derecho a la resolución concedido al deudor depende, no de la continuidad o periodicidad, sino de la dilación de la ejecución (...). Como puede observarse, la ley acuerda el remedio de la resolución también para el caso de que la excesiva onerosidad se verifique a propósito del contrato de ejecución única, con tal que la prestación haya sido diferida en el tiempo, por efecto de la existencia de un término para la ejecución” (5).

C. Braccianti, citado por Messineo (6), “extiende el remedio de la resolución a los contratos que, si bien deban ser ejecutados inmediatamente, quedan, de hecho, diferidos por razones extrañas a la voluntad de las partes”.

En síntesis, en lo tocante a la aplicación de la imprevisión a la esfera de las obligaciones contractuales, opinamos que ella tiene cabida en los contratos de tracto sucesivo, en los de cumplimiento escalonado y en los a término. Es decir, y de manera general, en los contratos de ejecución no inmediata.

E) *Contratos Aleatorios y de Especulación.* —Finalmente, se ha discutido por la doctrina acerca de si procede o no la aplicación de los principios de la imprevisión a los contratos aleatorios y a los de especulación.

Con relación a la primera posibilidad, algunos autores la rechazan con base en que “siendo de la esencia de la teoría de la imprevisión el que sobrevengan estos acontecimientos imprevisibles, es inaplicable a las obligaciones que nacen de contratos aleatorios, ya que éstos suponen la intención que tienen las partes de mantenerse inalterablemente obligadas, no obstante la sobrevinencia de esos acontecimientos” (7).

Otros autores admiten la extensión de los principios de la imprevisión a esta clase de contratos, con base en la distinción —que nosotros juzgamos acertada y que compartimos plenamente— entre lo “aleatorio previsible” y lo “aleatorio imprevisible”. Así, Badenes Gasset expresa que “hay un álea que los contratantes tienen en

(5) Messineo: Ob. cit., pág. 377.

(6) Messineo: Ob. cit., pág. 377.

(7) De la Maza Rivadeneira: Ob. cit., Gaceta Judicial, Tomo XLVII, N° 1942, pág. 298.

vista al contratar y en previsión del cual contratan (álea previsible); ejemplo: los jugadores de ajedrez de la misma categoría tienen posibilidad de ganar o perder un cierto número de partidas. Y hay un álea imprevisto e imprevisible que de preverlo no sería posible estipular contrato alguno, y que en el ejemplo citado es que el perdedor pague al ganador de acuerdo con el contrato en dinero totalmente desvalorizado" (8).

Estimamos que las mismas razones anteriores son valederas para sostener la vigencia de los principios de la imprevisión en los llamados contratos de especulación. En éstos hay, desde luego, una decisión de las partes de soportar las contingencias propias de las fluctuaciones de los negocios, como ocurre en el mercado de valores. Pero aquí también cabe distinguir lo "aleatorio previsible" de lo "aleatorio imprevisible", porque "la especulación supone lo extraordinario dentro de lo normal corriente. La noción de la imprevisión supone la anormalidad" (9).

En el mismo sentido se pronuncia Enneccerus: "... en los negocios de carácter especulativo el derecho de resolución se otorga con menor frecuencia que en los demás negocios, porque en ellos las partes pueden contar ya al contraer el negocio con las eventuales alteraciones de las circunstancias, especialmente con la fluctuación de los precios. Por consiguiente, en los negocios del comercio al por mayor, casi siempre más o menos especulativos, hay que proceder con especial cautela antes de reconocer el derecho de resolución. Pero ni siquiera en este caso se excluye en absoluto el derecho de resolución, porque frecuentemente también en los negocios mercantiles al por mayor, la especulación es muy secundaria y porque, *incluso cuando existe, las alteraciones de la situación económica pueden alcanzar un grado tal que se presumiera totalmente imposible al tiempo de la conclusión del contrato.* (Subrayas nuestras). (10).

Consideramos pues, que, con la distinción anotada, la imprevisión tiene también cabida en los contratos aleatorios y en los de especulación.

(8) Badenes: Ob. cit., págs. 127 y 128.

(9) De la Maza Rivadeneira: Ob. cit., G. J., XLVII, N° 1.942, pág. 298.

(10) Enneccerus: Ob. Cit., pág. 211.

EFFECTOS DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

Tiene capital importancia lo atinente a los efectos que se le asignen a la aplicación de la imprevisión, pues constituyen el aspecto práctico de ella, y de su extensión o restricción depende la eficacia de sus principios.

Para ser lógicos con las conclusiones a que habremos de llegar en el presente capítulo, recordaremos que la teoría de la imprevisión representa indiscutiblemente una nueva y seria limitación a los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual; que ella busca hacer operante en el tráfico jurídico claras nociones de justicia y equidad; que tiende a defender la finalidad económica y social del contrato —y en general del negocio jurídico obligacional—, cual es la de permitir la satisfacción de las necesidades de la comunidad mediante el intercambio de bienes y de servicios, y a evitar el enriquecimiento ilegítimo de uno de los contratantes a expensas de la merma patrimonial ruinosa del otro; que la seguridad jurídica no puede erigirse en dogma para amparar injusticias; y que, en fin, tal limitación la aceptamos plenamente, pues la encontramos acorde con las orientaciones del derecho moderno, inspiradas en principios de solidaridad.

1. TERMINACION DEL CONTRATO. —Hemos visto que los principios de la imprevisión son aplicables a los contratos de tracto sucesivo, lo cual encuentra unanimidad en la doctrina que acepta la teoría.

La disolución o aniquilamiento de este tipo de convenios se denomina terminación. Dado que, por la índole de los mismos, no es posible retrotraer las cosas al estado precontractual, este modo de extinción sólo opera hacia el futuro: no afecta el pasado. Al respecto expresa Pérez Vives (1): "En los contratos de tracto sucesivo no puede hablarse propiamente de resolución sino de cesación. Estos contratos terminan, no se resuelven; los franceses emplearon la locución "resiliaton" para distinguir esa figura jurídica en virtud de la cual el contrato termina para lo futuro, pero permanece inmodificable en cuanto a los hechos anteriormente realizados".

(1) Alvaro Pérez Vives: "Teoría General de las Obligaciones", volumen I, Ed Temis, Bogotá, 1966, pág. 59.

La terminación es un efecto que consulta la técnica jurídica, pues puede haber casos en que el trastorno de la economía contractual ha sido tan grave, y las circunstancias sobrevinientes son de tal magnitud y duración, que la única forma de evitar la excesiva onerosidad que para la parte afectada traería la ejecución de la prestación, con el consiguiente quebranto patrimonial de carácter ruinoso, es la de que el juez declare terminado el convenio y deje sin efectos futuros, por tanto, las obligaciones surgidas del mismo.

Queda a la prudencia del juez, desde luego, determinar en cuáles eventos tiene un mayor contenido de equidad esta solución, que indudablemente es drástica. Y deberá tener en cuenta, además de las condiciones especiales de las partes intervinientes en el negocio jurídico, que su solución, en cuanto sea posible, armonice con el bien común, con las necesidades de la economía general.

Decretada la terminación, las partes quedarán en libertad de acordar, si a ello se avienen, las estipulaciones de un nuevo convenio que consulte en forma más adecuada las nuevas realidades económicas.

2. RESOLUCION DEL CONTRATO. —Hemos expresado antes, al comentar la aplicación de la teoría al círculo de los contratos, que ella no se debe limitar a los de tracto sucesivo, sino que su vigencia se debe extender, en general, a aquellos que, aún siendo por naturaleza de cumplimiento instantáneo, no vayan a tener una ejecución inmediata.

Para guardar congruencia con lo anotado anteriormente, consideramos que el efecto en estos casos será la resolución del contrato. Como es sabido, esta forma de extinción de los contratos no sólo opera hacia el futuro, sino que vuelve las cosas al estado precontractual.

Desde luego, aquí el término "resolución" no se deberá tomar en su acepción jurídica tradicional, o sea la de extinción del contrato por el advenimiento de una condición resolutoria, tácita u ordinaria. En este caso los efectos de la resolución se van a dar por la sobrevinencia de circunstancias constitutivas de imprevisión.

Al igual que la terminación, la resolución del contrato será un remedio extremo, en el que la oportunidad y conveniencia de su aplicación no se pueden fijar en abstracto, sino que será el buen criterio del juez el que señale los casos en que se haga necesario.

Algunos autores rechazan la resolución por considerarla un efecto injusto. De la Maza Rivadeneira dice al respecto: "Las prestacio-

nes anteriores a los acontecimientos constitutivos de la imprevisión, guardan armonía con las exigencias de la más severa moral, son perfectamente justas y concuerdan con las finalidades económico-sociales del contrato, puesto que fueron estipuladas y ejecutadas en circunstancias normales y no existe ninguna razón para desconocer la eficacia de la obligación, mientras se ejecuta en las condiciones corrientes, análogas a las que existían en la fecha de su nacimiento a la vida jurídica" (2).

La anterior argumentación más parece elaborada para rechazar la resolución en los contratos de tracto sucesivo, para los que sí tendría fuerza, pues en ellos sí cabe afirmar que las prestaciones ejecutadas entre el momento de su perfeccionamiento y aquel en que sobrevienen las circunstancias imprevisibles, guardan la equivalencia y el equilibrio exigidos, pero en ningún caso para los de ejecución única pero diferida, por las razones antes expuestas.

Al igual que lo anotado para el efecto de la terminación, el fallador deberá buscar, antes de proferir la resolución, que su decisión armonice no solamente con los intereses de las partes intervinientes en el negocio jurídico, sino con los intereses generales de la comunidad, a fin de evitar los desequilibrios sociales que podría ocasionar una brusca interrupción en un sector de la actividad jurídica y económica.

Asimismo deberá tener en cuenta, al restablecer el estado precontractual —como consecuencia de la declaratoria de resolución—, si una de las partes había ejecutado alguna prestación en favor de la otra (por ejemplo, pago de todo o parte del precio, en el caso de una compraventa en la que se hubiera estipulado un plazo largo para la entrega de la cosa) y regular lo atinente a los beneficios económicos derivados por esta última de esa prestación ya cumplida. De lo contrario se propiciaría un enriquecimiento ilegítimo.

Finalmente, recordaremos que tanto el Código Polaco como el Italiano, preven, según se desprende de las disposiciones ya citadas, el efecto de la resolución. El último de dichos ordenamientos contempla —artículo 1467, inciso 3º— una modalidad que le resta drasticidad y que busca armonizarlo con los intereses de la economía en general: "La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato".

(2) De la Maza Rivadeneira: Ob. Cit., G. J., Tomo XLVII, N° 1.942, pág. 300.

3. LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LAS OBLIGACIONES. —Esta solución es de aplicación más restringida, pues sólo tiene operancia en aquellas situaciones de anormalidad económica de carácter eminentemente transitorio. Dada la índole temporal de esos fenómenos, se considera que la suspensión de la exigibilidad de la prestación es suficiente para evitar que se altere el equilibrio contractual.

Otra limitación de esta solución es la de que no tiene cabida en los contratos administrativos, pues, como se anotó antes, en ellos interesa primordialmente la continuidad en la prestación del servicio público.

El efecto de la suspensión tiene la ventaja, para los sectores tradicionalistas que se muestran reacios a la extensión de la teoría, que no implica una mayor intervención judicial en el ámbito de la autonomía de la voluntad, en la esfera contractual.

Se anota a esta solución, con toda lógica, el inconveniente de que exige determinar previamente cuándo un fenómeno va a ser de larga duración, o cuando, por el contrario, tiene el carácter de transitorio, lo que no será fácil en la mayoría de los casos.

La prementada Ley Failliot se refiere a este efecto en el inciso 3º de su artículo 2º, que dice: "El juez puede también, si una de las partes lo pide, decretar la suspensión del cumplimiento del contrato durante un plazo que él determinará".

4. LA REVISION DE LAS ESTIPULACIONES DEL CONTRATO. —Como consecuencia de este efecto de la imprevisión, el vínculo jurídico entre las partes no desaparece: se produce, si, un reajuste de las respectivas prestaciones, una adaptación de ellas a la nueva realidad económica impuesta por las circunstancias sobrevinientes.

Este es, sin duda, el efecto de mayor aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia. Se adecúa más a la finalidad económica y social del contrato y a las necesidades del tráfico jurídico.

No se puede desconocer, como se indicó antes, que la terminación o la resolución inconsultas de un número apreciable de contratos como consecuencia del advenimiento de fenómenos constitutivos de imprevisión, podría ocasionar nuevos trastornos en la economía de un país y contribuir a agravar los desequilibrios ya existentes, cuya corrección se busca.

La revisión fue precisamente la solución adoptada por el Consejo de Estado Francés —en fallo avanzado para su época— en el caso de la Compañía de Burdeos, a que hicimos alusión en el Capítulo

II de este trabajo. Según la expresamos, el Consejo de Estado ordenó a las partes la revisión amigable de las estipulaciones del contrato, y reenvió el negocio al juez de instancia a fin de que éste, en caso de no lograrse acuerdo entre aquellas, fijase las nuevas condiciones en que habría de desarrollarse en el futuro la concesión.

¿A quién incumbe la revisión del contrato y la fijación, por tanto, de las nuevas condiciones? No tenemos duda alguna al sostener que lo técnico, para que los principios de la imprevisión tengan efectiva operancia, es que ella corresponda al juez.

Son muchos los aspectos que puede comprender la revisión y serán las necesidades de cada caso las que determinen la forma en que deba hacerse el reajuste de las prestaciones, a fin de que éstas recobren el equilibrio perdido, y en general, para que se restaure la economía contractual. Puede decirse, en principio, que ella incluye la facultad para el juez de aumentar o de disminuir los precios estipulados por las partes, y en general, la cuantía de las prestaciones acordadas; de regular la forma de cumplimiento de éstas; de señalar nuevos plazos, de alargar los pactados, etc.

Es innegable que la revisión por el juez de los negocios jurídicos cuyas obligaciones han devenido excesivamente onerosas a causa de sucesos imprevisibles, implica una verdadera suplantación de la voluntad de las partes; en este efecto se patentiza la limitación a la libertad contractual que la teoría de la imprevisión comporta. Ya hemos fijado nuestra posición sobre este aspecto de la teoría, que aceptamos plenamente como una nueva conquista del moderno derecho contra múltiples rezagos y prejuicios del individualismo jurídico, expresión éste, a su vez, de anacrónicas concepciones políticas, ya hoy felizmente en vía de superación.

5. SOLUCIONES DISTINTAS. —Las otras fórmulas sostenidas, en lo tocante al efecto de la revisión, por quienes temen la ingerencia del juez en el campo de la autonomía de la voluntad, pueden agruparse así: a) Revisión amigable por las partes; b) Revisión por las partes bajo amenaza de declaratoria judicial de resolución o de terminación del contrato.

La primera la consideramos francamente inoperante e implica, sencillamente, dejar sin efecto la imprevisión. La armonía y la equidad no son nociones comunes en el tráfico jurídico, y equivaldría a dejar a la parte afectada por los nuevos acontecimientos, a merced de las ambiciones desmedidas de la otra, que no renunciaría fácilmente a las ventajas inesperadas que aquellos le reportan.

La segunda, pretendiendo ser una fórmula intermedia y atenuada, tiene en el fondo la drasticidad que se le atribuye a la resolución o terminación del contrato: puede ocurrir, en efecto, que la intransigencia de las partes para llegar a un acuerdo en casos de desequilibrios que no tienen gran entidad —pero siempre dentro de la onerosidad que exige la teoría—, y que bien podría solucionar el fallador, mediante el reajuste de las prestaciones, conduzca al aniquilamiento del contrato, que es precisamente el efecto que se quiere evitar con la revisión.

6. NEGOCIOS JURIDICOS UNILATERALES. —Finalmente, y dado que hemos sostenido la vigencia de los principios de la teoría de la imprevisión para las obligaciones que surgen de los negocios jurídicos de formación unilateral, es lógico concluir que los efectos analizados les son también aplicables a éstos, en la forma en que se adaptan a su propia estructura: se podrá llegar, por tanto, a la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones, o a su revisión, o a la declaratoria de extinción de las mismas.

7. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. —Algún sector de la doctrina contempla la situación de la parte acreedora en el caso de resolución o terminación del contrato, o suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, y propugna que se le indemnice por los perjuicios que reciba con ocasión de tales eventos, en el doble aspecto del daño emergente y el lucro cesante.

En los términos siguientes se resume tal posición: “En efecto, el cumplimiento del contrato en condiciones normales iba a producir ciertos beneficios al acreedor. La suspensión o la resiliación le producirán un daño que naturalmente debe indemnizársele (...) Pero, también lo privan de esos beneficios a que aludimos y es justo que también se le indemnice por esta pérdida. Naturalmente, eso sí, sólo deberá tomarse en cuenta lo que normalmente habría podido ganar y el daño que habría sufrido en condiciones normales de no haberse ejecutado la obligación (...) Como hemos dicho y lo repetiremos, lo deshonesto, lo injusto, lo inconveniente es que el acreedor obtenga ganancias excesivas a consecuencia de los trastornos imprevisibles producidos. Pero también lo es que se le prive de las ganancias que legítima y razonablemente le habría reportado el contrato en condiciones normales” (3).

(3) De la Maza Rivadeneira: Ob. Cit., G. J., Tomo XLVII, N° 1.944, pág. 596.

No compartimos, en manera alguna, esta posición doctrinal, expuesta y aceptada por el distinguido jurista chileno De la Maza Rivadeneira. Presupuesto básico de la indemnización de perjuicios a cargo del deudor por inejecución de la obligación, es el de que ésta le sea imputable, es decir, que en el incumplimiento haya mediado dolo o culpa. Y al analizar los elementos estructurales de la teoría de la imprevisión, vimos que el acontecimiento que genera la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación —y que da lugar a una verdadera imposibilidad relativa— debe ser totalmente ajeno en su ocurrencia a la voluntad de las partes.

Además, quienes sostienen tal tesis proceden, aun cuando no hagan la afirmación explícita, como si el contrato oneroso sólo reportara beneficios económicos al acreedor, y por tanto sólo a él perjudicara su terminación, o su resolución, o la suspensión de la ejecución de sus obligaciones. Y desde luego, ello no es así. El deudor es afectado por las nuevas circunstancias no solamente en cuanto que la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, sino también en lo tocante a su expectativa de ganancia, que vé frustrada. Por ejemplo, un contrato de ejecución de obra —construcción de una carretera— en el que sucesos posteriores a su perfeccionamiento hayan alterado fundamentalmente sus prestaciones, en términos de convertir en ruinoso para el constructor su cumplimiento. Es innegable que éste, con los efectos de la imprevisión, también puede sufrir perjuicios, tanto en el aspecto del daño emergente (gastos correspondientes a traslado de equipos y materiales, a enganche, traslado, alojamiento y alimentación de personal, etc.), como en lo tocante al lucro cesante, pues como es lógico, también aspiraba a derivar una utilidad de la ejecución del convenio.

Messineo (4), al analizar, dentro de la legislación italiana, los efectos de la resolución por excesiva onerosidad, dice: “Como en el caso de resolución por imposibilidad sobreviniente de la prestación y a diferencia de la resolución por incumplimiento, la resolución por excesiva onerosidad no dá a la contraparte que sufre la resolución el derecho a interponer demanda de resarcimiento del daño contra quien ha obtenido la sentencia que pronuncie dicha resolución”.

No consideramos, pues, que sea consecuencia obligada de la aplicación de los principios de la imprevisión la indemnización de perjuicios, ya que ni se reúnen los elementos para que ésta sea procedente, ni armoniza con las ideas de equidad, de solidaridad y de función social de los derechos que aquella supone.

(4) Messineo: Ob. Cit., pág. 390.

FUNDAMENTO DOCTRINARIO DE LA IMPREVISION

Son numerosas las teorías que se han elaborado por los autores para dar una base doctrinaria que justifique y explique la aplicación de la imprevisión.

Analizando sus principios directrices, se observa que unas se apoyan en un elemento puramente subjetivo (la manifestación de la voluntad en el negocio jurídico); otras en un elemento objetivo (lo atinente a la economía contractual, al equilibrio de las prestaciones); y otras en principios generales de derecho (la buena fe, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, etc.), o en nociones extra-jurídicas (la moral). Procuraremos dar una síntesis de las principales de dichas teorías.

1. DOCTRINAS QUE TIENEN UN FUNDAMENTO SUBJETIVO

a) CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS. —Como lo anotamos en su oportunidad, los canonistas consideraban que en todo contrato se debía estimar subentendida la cláusula "rebus sic stantibus", de acuerdo con la cual las partes entendían estar obligadas al cumplimiento de sus respectivas prestaciones en tanto subsistieran las condiciones de hecho, y en general las circunstancias existentes al momento de la conclusión del contrato. La consecuencia de esta teoría, en el caso de la alteración de las circunstancias, era la liberación del deudor afectado por el cambio.

Como esta teoría dice relación a lo que se supone ser la voluntad de las partes, tiene por ello un carácter subjetivo. Ha sido tachada por la crítica —y con razón, en nuestro concepto— como artificiosa. Parte de una presunción sin mucho asidero en la realidad, como es la de que las partes han tenido siempre en cuenta la aludida cláusula tácita.

Además (1), y a contrario sensu, quien al contratar ni siquiera pensó en la posibilidad de una modificación de las circunstancias, no tendría por qué sujetar el cumplimiento de sus obligaciones al mantenimiento de aquellas, con base en la supuesta cláusula.

b) TEORIA DE LA PRESUPOSICION, de Windscheid. —La presuposición es una limitación de la voluntad, verdadero término

(1) Krückmann: Citado por Badenes, Ob. Cit., pág. 89.

medio, según su autor, entre el simple motivo y el motivo elevado a condición. Es una creencia o motivo tan determinantes en la declaración de voluntad, que sin ellos ésta no se hubiera emitido.

Tales motivos o creencias no son, sin embargo, elevados a condición ni aparecen consignados en las estipulaciones del negocio jurídico obligacional. Pero no obstante, "si falta o falla la circunstancia que es materia u objeto de la presuposición, es decir, "presupuesta", o si la presuposición resulta errónea, la subsistencia del efecto jurídico, aunque está formalmente justificada, no tiene sustancialmente razón de ser; y si en tal situación aquel frente al cual se hizo la declaración ha conocido o podido conocer la presuposición de su contraparte, el negocio debe quedar sin efecto" (2).

Aplicada a la imprevisión, la presuposición será la creencia de quien emite la declaración de voluntad de que han de subsistir las circunstancias económicas que existían a la época del perfeccionamiento del negocio jurídico. Si tales circunstancias varían fundamentalmente, es decir, si la presuposición resulta falsa, los efectos del negocio jurídico subsisten, pero carecen ya de fundamento. En tal evento, quien ha formulado la declaración podría oponerse a la acción que surge del contrato, y aún solicitar la restitución de lo entregado en desarrollo de aquel.

La doctrina ha rechazado vigorosamente esta teoría porque se considera que la eficacia del negocio jurídico obligacional no se puede hacer depender de factores tan subjetivos como son los motivos que inducen a la parte a celebrarlo, y porque equivaldría a asignarle a tales motivos los efectos propios de una condición que no se ha estipulado, y que, por ende, no ha sido aceptada por la otra parte.

c) TEORIA DE LA BASE DEL NEGOCIO, de Oertmann. —De acuerdo con esta teoría constituye base del negocio lo que una de las partes piensa a acerca de la existencia, subsistencia o aparición de ciertas circunstancias. Sobre esta base reposa el negocio jurídico.

Las partes deberán tener entonces, en el caso de la imprevisión, la convicción absoluta de que han de subsistir las circunstancias que rodearon el perfeccionamiento del negocio jurídico, de modo tal que sin ella no se habría emitido la declaración de voluntad. Tal convicción no puede considerarse como un motivo, ni tiene el carácter de condición: es la base sobre la cual las partes quieren apoyar los efectos del negocio. No es un motivo porque éste "sólo tiene valor para

(2) Rezzónico: Ob. Cit., pág. 25.

una de las partes, mientras que la base lo tiene para las dos (...); no es una condición, porque ésta supone una creencia que se duda coincida con la realidad, mientras que la creencia base del negocio, responde a una convicción absoluta" (3). Pero para que tenga el carácter de tal, según Oertmann, la base debe aparecer en la estructura externa del negocio jurídico.

En caso de no haber correspondencia entre lo que para la parte fue la base del negocio y la realidad, los efectos de aquel deben desaparecer, o al menos sufrir modificación.

La teoría de Oertmann ha sido también duramente combatida por la doctrina, pues se la considera atentatoria de la seguridad que exige el comercio jurídico, ya que en el fondo —al igual que en la presuposición— se le están asignando a una creencia, o mejor, a una ficción, los efectos propios de una condición, sin que ésta aparezca expresada en el contrato. Uno de sus más fuertes impugnadores ha sido Lenel, quien objeta la oscuridad del concepto elaborado por Oertmann de "estructura externa del negocio jurídico".

En los términos siguientes se resume la crítica de Lenel: "Sólo caben dos posibilidades: o por tal se entiende el contenido del negocio jurídico, o dicho en particular, las declaraciones de voluntad que constituyen el contrato, y en este caso, la declaración que sea base del negocio formaría parte necesariamente del contenido del negocio mismo; o se alude a negociaciones y deliberaciones, antecedentes o consiguientes a la conclusión del negocio o contrato, sin que su contenido se incorpore al contenido del negocio. Y puesto que Oertmann excluye expresamente la primera posibilidad al afirmar que no se trata de una parte integrante del negocio jurídico, sólo se puede admitir lo segundo. Una tercera posibilidad no cabe. Ahora bien, las declaraciones de ese segundo género no tienen ni pueden tener el alcance que Oertmann les atribuye. Si al celebrar un contrato una parte le advierte a la otra, o ambas se lo comunican recíprocamente, que al resolverse a contratar proceden tomando por base un determinado supuesto, pero sin elevarlo a la categoría de condición, no se dará valor alguno a tal declaración en cuanto a la eficacia del negocio" (4).

Finalmente cabe anotar que la teoría en mención ha tenido gran éxito en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas.

d) **TEORIA DEL CONSENTIMIENTO.** —Según esta teoría "el problema de la alteración de circunstancias lleva siempre a la deter-

(3) José Beltrán de Heredia y Castaño: Ob. Cit., pág. 313.

(4) Lenel: Citado por Badenes. Ob. Cit., pág. 78.

minación de la voluntad efectiva contenida en el acuerdo de las partes y convertida en vínculo contractual. En los contratos de prestaciones continuadas la voluntad está determinada, en el momento de la conclusión, por las condiciones de hecho entonces existentes, que forman el "ambiente objetivo" en que aquella voluntad se desarrolla; por ello, si en una época posterior este ambiente se transforma, por un cambio no previsible, de tal modo que llegue a estar en contradicción con la voluntad manifestada, entonces, al cesar esta voluntad debe también cesar el vínculo contractual creado por ella" (5).

A esta doctrina, al igual que a todas las que tienen una fundamentación puramente subjetiva —la voluntad de las partes—, cabe criticarle la inseguridad que traería al tráfico jurídico, pues conduce al desconocimiento de la vida propia del negocio jurídico, ya que hace depender los efectos de éste del querer actualizado, permanente, de la voluntad que le dió origen.

e) **TEORIA DEL DEBER DE ESFUERZO,** de Hartmann. —Este autor concibe la relación obligacional como "un estado de tensión". De acuerdo con su teoría, "el contenido del deber jurídico consiste no en la prestación, sino en un deber de esfuerzo para la consecución del objeto de la prestación, más o menos intenso según los casos".

"Cuando se ha producido un acontecimiento sobreviniente, la obligación puede cumplirse "stricti juris" o de buena fe. En este último caso, si el deudor ha realizado el deber de esfuerzo que se le impuso (de buena fe), el incumplimiento no puede serle imputable a pesar de que no alcance el objeto de la obligación.

"El contenido intrínseco de la obligación se traduce en un simple deber de esfuerzo, y por tanto, es ilógico fijar la responsabilidad del deudor más allá de la imposibilidad no culpable. El deudor ha cumplido, y todavía el objeto de la obligación no se ha conseguido a causa de un obstáculo que frustró la actividad y el esfuerzo prestado. El deudor cumplió con su deber y, por tanto, está exento de responsabilidad" (6).

Pese a su presentación sugestiva, consideramos inadmisibles esta teoría como fundamento de la noción de imprevisión. No aparece definido en ella el grado del llamado "deber de esfuerzo" para la consecución del objeto de la prestación. Y es preciso recordar que en la imprevisión, el trastorno de la economía del negocio jurídico vuelve demasiado onerosa, ciertamente, para la parte afectada, la ejecución

(5) Dusi: Citado por Beltrán de Heredia, Ob. Cit., pág. 319.

(6) Giovene: Citado por Badenes, Ob. Cit., págs. 84 y 85.

de su obligación, pero no la hace materialmente imposible. ¿Hasta dónde, entonces, deberá ir el deber de esfuerzo?

Además, no aparece operante en frente de las obligaciones de resultado, en las que el deber jurídico no se agota con un mero comportamiento diligente, sino con la realización de la respectiva prestación.

f) TEORIA DE LA SITUACION EXTRACONTRACTUAL, de Bruzin. —Se basa, también, en el análisis de la voluntad de las partes, y realza la influencia, el carácter determinante que el medio ambiente tiene en el acto de voluntad que dá origen al contrato.

Según esta teoría las partes, al representarse los efectos jurídicos que el acuerdo de voluntades ha de producir, sólo pueden tener en cuenta aquellos que, dado el medio en que se emite el consentimiento, están en posibilidad de prever. En consecuencia, aquello que fue previsible al momento del perfeccionamiento del negocio jurídico, tiene carácter contractual; a contrario sensu, aquello que era imprevisible tiene carácter extracontractual.

“Mientras nos encontremos en el dominio de lo previsible, las circunstancias tendrán carácter contractual y subsistirá la fuerza obligatoria del contrato, puesto que no ha sobrepasado el límite de extensión del acuerdo de voluntades que lo hizo nacer. Surgiendo acontecimientos imprevisibles, se excederán esos límites si se pretende que el contrato sea íntegramente ejecutado; las circunstancias presentarán un carácter extracontractual y el contrato no tendrá fuerza obligatoria en todo lo que exceda a lo querido por el acuerdo de voluntades que forman el consentimiento” (7).

Dentro de las teorías que tienen una fundamentación subjetiva, encontramos que la de Bruzin es una de las más lógicas. Refiriéndola al ordenamiento jurídico colombiano, nos parece que no pugna con el criterio subjetivo de interpretación de los contratos consagrado por el artículo 1618 del Código Civil, que dice: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”. El fallador, al tratar de desentrañar la voluntad real de las partes, deberá tener en cuenta las circunstancias, condiciones y medio ambiente que rodearon su emisión.

Contra la teoría de Bruzin se esboza la objeción —enunciada en general para las de fundamentación subjetiva— del peligro que entraña para la seguridad del comercio jurídico el señalamiento de límites más o menos arbitrarios a la extensión del consentimiento.

(7) De la Maza Rivadeneira: Ob. Cit., G. J., Tomo XLVII, N° 1.941, pág. 199.

2. DOCTRINAS QUE TIENEN UN FUNDAMENTO OBJETIVO.

—Sintetizando su contenido, se puede afirmar que todas estas construcciones doctrinarias tienen un fundamento común, cual es el de la equivalencia de las prestaciones. Se considera que esta equivalencia es un elemento necesario de los contratos conmutativos. Las partes, al perfeccionar el contrato, quieren que entre las respectivas prestaciones haya un cierto equilibrio, aspiración que no se limita al momento de la conclusión del contrato, sino que se extiende a todo el período de ejecución de sus obligaciones.

De acuerdo con la concepción de Krückmann (8), “todo contrato conmutativo supone una ecuación entre prestación y contraprestación (sinalagma), es decir, un equilibrio o equivalencia de intereses, de tal modo que la norma jurídica se dirige a que prevalezcan equitativamente, según las circunstancias, los intereses de ambas partes. Este equilibrio puede romperse a consecuencia de un triple orden de factores: grave incertidumbre en cuanto a la prestación, imposibilidad en cuanto al ejercicio del derecho y dificultad por excesiva onerosidad. Este último supuesto comprende el caso de las prestaciones que, aunque son posibles todavía, suponen una ejecución cuya existencia sería contraria a la bona fides al tratar de imponerse al deudor un sacrificio exorbitante”.

Lenel (9) adhiere también a la teoría del equilibrio de intereses, porque es la que, en su opinión, “puede ofrecer la clave para la solución del problema de la alteración de circunstancias en los contratos conmutativos de ejecución duradera o continuada. Si bien el admitir la posibilidad de una rescisión de los contratos quebranta inevitablemente la confianza, sin la que no puede existir el comercio jurídico, estas fatales consecuencias se pueden atenuar permitiendo a la parte a quien se impone la restricción, la seguridad de que su confianza no ha de acarrearle ninguna pérdida positiva”.

Maury (10) sostiene que la equivalencia económica de las prestaciones es la base del consentimiento.

A las teorías basadas en la equivalencia de las prestaciones se les puede objetar, en nuestro concepto, el que circunscriben a un campo muy reducido los principios de la imprevisión, prácticamente a los contratos conmutativos. Sólo en éstos, dada la certeza de sus prestaciones desde el momento de su perfeccionamiento, pueden apreciar bien las partes, de antemano, el beneficio o la pérdida que pueden de-

(8) Krückmann: Citado por Beltrán de Heredia, Ob. Cit., págs. 326 y 327.

(9) Lenel: Citado por Beltrán de Heredia, Ob. Cit., pág. 327.

(10) Maury: Citado por Rezzónico, Ob. Cit., pág. 26.

rivar, y de ahí que consideren elemento básico para su celebración el equilibrio de intereses, y tengan, por tanto, una noción tan clara de la economía contractual. Pero, como hemos sostenido, la imprevisión no se limita a este tipo de contratos, sino que tiene cabida también en los aleatorios y en los de especulación, y su operancia va hasta las obligaciones emanadas de negocios jurídicos de formación unilateral, que llenen los requisitos antes anotados.

3. LA MORAL COMO FUNDAMENTO DE LA IMPREVISION.

—Ripert funda la revisión del contrato en caso de presentarse graves desequilibrios de las prestaciones, en la moral. Al indagar por una regla jurídica que dé base a tal revisión, expresa: “Si se quiere formular e imponer tal regla, hay que empezar por devolverle su verdadero carácter. Esa regla no emana del contrato, sino que se erige contra el contrato. No se refiere a la técnica jurídica del derecho de las obligaciones, sino que contraría la lógica de esa técnica. Se basa, en efecto, en la idea moral de que el acreedor comete una suprema injusticia al ejercer su derecho con extremado rigor. Establece en contra de las pretensiones del acreedor la regla protectora del deudor injustamente lesionado por la suerte. No niega que la lesión haya sido voluntaria, pero rehusa aceptar esa voluntad inmoral”.

“De la misma manera que la nulidad por lesión resulta inexplorable si no se ve en la lesión la explotación injusta del deudor por el acreedor, también la nulidad, la prórroga o la revisión de los contratos por imprevisión resultan inadmisibles si no se las justifica con la idea de que un contratante no puede valerse hasta la injusticia del derecho que, jurídicamente, le confiere el contrato” (11).

Voirin también basa en la moral la teoría de la imprevisión: “La cuestión de la imprevisión evoca el conflicto ineluctable entre dos nociones que representan los intereses rivales brotados de las realidades psicológicas y que aparecen “a priori” como excluyentes uno del otro: por una parte, la noción de moralidad superior que requiere la equivalencia de las prestaciones (justicia conmutativa), y, por otra parte, una noción económica de seguridad cuya satisfacción absoluta exigiría el respeto de las convenciones en las condiciones que han sido fijadas una vez por todas. No es paradójal hablar de moralidad a propósito de las cuestiones jurídicas; aunque las dos disciplinas tengan un dominio de aplicación diferente, la conciencia común moderna afirma que no hay entre ellas antagonismo y tiende

(11) Georges Ripert: “La regla moral en las obligaciones civiles”, Ed. La Gran Colombia, Bogotá, 1946, pág. 128.

a hacer penetrar de más en más, la moral en el derecho, de tal modo que la antigua y rígida oposición se atenúa” (12).

4. TEORIAS BASADAS EN PRINCIPIOS DE CARACTER GENERAL.

a) *La buena fe.* —Es éste otro de los principios aducidos para fundamentar la teoría de la imprevisión. Wendt (13) expresa que “El legislador no puede prever todos los casos, y es la buena fe un principio de seguridad para la aplicación del derecho a cada caso concreto (...) el medio de la buena fe es el más adecuado para la gradual transformación y progreso del derecho, para cambiar lo antiguo por lo nuevo”.

En nuestro Código Civil son numerosos los textos que aluden al principio general de derecho de la buena fe, tomado en unos casos como “creencia errónea e inculpable de estar obrando conforme a derecho” y otras en el sentido de la “lealtad, honradez, rectitud del móvil en la ejecución de los actos jurídicos” (14). Es este último sentido el que consagra el artículo 1603 del Código Civil, que dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

De acuerdo con esta fundamentación de la imprevisión, será contrario a la buena fe que debe presidir la ejecución del negocio jurídico el que una parte quiera enriquecerse a costa de la excesiva onerosidad que para la otra representa el cumplimiento de las obligaciones en la forma inicialmente estipulada, a causa de las circunstancias sobrevinientes.

b) Otros han querido explicar la teoría de la imprevisión por una extensión de la noción de fuerza mayor o caso fortuito, o con base en el enriquecimiento sin causa, o en la teoría del error, o en la lesión enorme, o en el principio del abuso del derecho. En el capítulo siguiente estableceremos las diferencias que existen entre la imprevisión y las aludidas figuras jurídicas.

5. CONCLUSION. —Sin restarle mérito al contenido científico de las construcciones doctrinales vistas en forma sucinta, considera-

(12) Voirin: Citado por Rezzónico, Ob. Cit., pág. 28.
(13) Wendt: Citado por Badenes, Ob. Cit., pág. 100.
(14) Tafur Morales: Ob. Cit., pág. 5.

mos que la imprevisión se justifica, desde el punto de vista doctrinal, por la concepción moderna y relativista de los derechos subjetivos, a los que, al lado de su función individual, se les asigna hoy una función social.

Como anotamos en el Capítulo I de este trabajo, la tendencia contemporánea es la de una creciente intervención del Estado en todos los órdenes de la vida social, a fin de lograr una adecuada regulación de su organización y una más justa distribución de la riqueza.

Las ideas de solidaridad y de cooperación sociales que informan esa tendencia intervencionista, pugnan abiertamente con la concepción individualista que de los derechos subjetivos se tenía, y de acuerdo con la cual éstos eran poderes absolutos que miraban al exclusivo beneficio de su titular, de los cuales podía usar a su arbitrio y derivar todo el provecho posible.

Superada esa etapa individualista, hoy el ejercicio de esos derechos se debe armonizar con las necesidades y conveniencias de la comunidad. Así el contrato —y en general el negocio jurídico obligacional—, antes que figura jurídica destinada a la exclusiva búsqueda de lucro personal, es un instrumento legal cuyas finalidades básicas son el intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades sociales, la circulación de la riqueza y, en una palabra, el progreso económico y el mejoramiento general de la colectividad.

Demoge (15), al encontrar el fundamento de la teoría en el rol económico y social del contrato, expresa: “el respeto absoluto al contrato es contrario a su rol económico: hacer circular y proveer al reparto de las riquezas. La imprevisión dará lugar a una repartición de las pérdidas entre los contratantes, y el contrato satisfará así su papel en la vida económica. Especialmente los contratos a largo plazo son, menos un medio de satisfacer un querer de las partes, que un medio de satisfacer una idea, de llenar una necesidad. El contrato tiende aquí a convertirse en institución económica y social”.

Cuando a causa de circunstancias sobrevinientes, no previstas e imprevisibles, ajenas a la voluntad de las partes intervinientes, surge para la parte afectada una excesiva onerosidad en el cumplimiento de su prestación, en términos de hacerla ruinosa, puede afirmarse entonces que el negocio jurídico que le ha dado origen no corresponde ya, frente a la función social de los derechos y a la noción de solidaridad mencionada, a su finalidad primordial, cual es el servicio a la

(15) Demogüe: Citado por De la Maza Rivadeneira: Ob. Cit., G. J., Tomo XLVII, N.º 1.941, pág. 203.

comunidad. A la adecuada organización y a la marcha normal de ésta no interesa, en efecto, el enriquecimiento inesperado, ilegítimo, de unos, a costa de la ruina de otros, sino la satisfacción de las necesidades de sus integrantes, lo que tampoco excluye, desde luego, el que éstos traten de obtener una utilidad racional en el tráfico jurídico.

Por todo lo anterior, y en especial por la concepción funcional de los derechos subjetivos, y desde luego del negocio jurídico obligacional, concluimos con Badenes Gasset (16) que la teoría de la imprevisión encuentra “una amplia, sólida fundamentación en la relatividad de los derechos y en la solidaridad social”. Lo cual, a nuestro juicio, representa, en el fondo, una expresión más técnica desde el punto de vista jurídico de las nociones de moral, de equidad, de buena fe, de equilibrio contractual, de interpretación de la voluntad de partes, que inspiran algunas de las contrucciones doctrinales atrás analizadas.

CAPITULO VII

AUTONOMIA DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

Según puede inferirse de los principios expuestos a lo largo de este trabajo, y en especial de los elementos estructurales analizados en el Capítulo III, la imprevisión constituye un instituto jurídico de características propias que le confieren clara autonomía. Por tanto, no son admisibles, dentro de una rigurosa técnica jurídica, los intentos de fundamentarla en las figuras a que aludimos en el capítulo anterior. Procuraremos, entonces, establecer sus notas distintivas básicas, con la advertencia, sí, de que nos limitaremos a resaltar tales diferencias, sin adentrarnos en el análisis de dichas figuras, pues no interesa al objeto particular de este trabajo.

1. LA IMPREVISION Y LA FUERZA MAYOR. —De conformidad con la expresado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1.890, “se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

(16) Badenes Gasset: Ob. Cit., pág. 120.

Si bien en la doctrina se ha tratado de establecer distinción entre el concepto de caso fortuito y el de fuerza mayor, entendiendo por el primero la imposibilidad que proviene de causas naturales, y por el segundo la que surge de la voluntad de un tercero, es lo cierto que en nuestro sistema legal, de acuerdo con los términos de la definición transcrita, tales vocablos resultan sinónimos.

La diferencia fundamental entre los dos institutos radica en que la fuerza mayor o caso fortuito dá lugar a una imposibilidad absoluta para la ejecución de la prestación, en tanto que la imprevisión genera solamente una imposibilidad relativa, pues la parte afectada con los sucesos sobrevinientes, si ejecutara su prestación en los términos inicialmente pactados, lo haría con grave quebranto de su patrimonio, con excesiva onerosidad.

En lo tocante a su ámbito de aplicación, vimos que la imprevisión sólo tiene cabida en las obligaciones de ejecución sucesiva, periódica o diferida, surgidas de negocios jurídicos bilaterales o unilaterales, pero no en las legales ni en las originadas en la comisión de actos ilícitos. La fuerza mayor o caso fortuito tiene vigencia, como causal de exoneración de responsabilidad, en toda clase de obligaciones.

En cuanto a sus efectos, la fuerza mayor o caso fortuito, por la imposibilidad absoluta que genera para el cumplimiento de la obligación, conduce a la extinción de ésta, y por tanto, a la exoneración de responsabilidad para el deudor. La aplicación de los principios de la imprevisión, en cambio, puede dar por resultado: o la extinción de la obligación (por la resolución o la terminación del negocio jurídico), o la suspensión de su exigibilidad, o su revisión.

Además, y según lo anotan Alessandri y Somarriva (1), "El caso fortuito o fuerza mayor deben tener como consecuencia una imposibilidad permanente de ejecutar la obligación. Si el acontecimiento produce una imposibilidad temporal, no exime al deudor". En los sucesos constitutivos de imprevisión, en cambio, cuando ellos tienen el carácter de transitorios, la imposibilidad relativa a que dan lugar puede ser temporal, y en tal evento, como se expresó en el Capítulo V, el efecto más técnico y aconsejable será la suspensión de la ejecución de la obligación por el tiempo necesario para que cesen los acontecimientos, disminuya el impacto sobre la cuantía de las prestaciones y se restablezca la economía del negocio jurídico.

No hay, pues, por lo visto, identidad entre los dos institutos jurídicos, y no resultan lógicos, por tanto, los intentos de explicar la

(1) Alessandri y Somarriva: "Curso de Derecho Civil", Tomo III, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1941, pág. 185.

imprevisión mediante la sustitución de la imposibilidad absoluta por la ampliación de la noción de fuerza mayor o caso fortuito.

2. LA IMPREVISION Y LA LESION ENORME. —La diferencia básica entre estos dos institutos jurídicos estriba en que en la lesión enorme el desequilibrio de las prestaciones existe ya al momento de perfeccionar el negocio jurídico, surge precisamente de sus estipulaciones, y en su origen puede haber mediado, en consecuencia, como lo dice el artículo 138 del Código Alemán, la explotación de "la necesidad, la inexperiencia o la ligereza" de la parte afectada.

En la imprevisión, en cambio, el trastorno de la economía del negocio jurídico tiene que ser posterior a su celebración y ajeno en un todo a la voluntad de las partes, para quienes además tiene el carácter de imprevisto e imprevisible, pues obedece a fenómenos extraordinarios. De ahí que a la imprevisión se la haya denominado por algunos "lesión sobreviniente".

Con respecto a los efectos, la lesión enorme dá lugar a la acción de rescisión y conduce a la extinción del negocio jurídico. Por el contrario, el efecto de la imprevisión, como se ha dicho tantas veces, no es siempre y forzosamente el aniquilamiento del negocio jurídico, sino que también puede consistir en la revisión de las prestaciones, o en la suspensión de la ejecución de las mismas.

3. LA IMPREVISION Y EL ERROR. —El error, como vicio del consentimiento, supone una discordancia entre el pensamiento o el conocimiento que se tiene sobre algo, y la realidad, refiérase ésta a cuestiones de derecho o de hecho. Y esa discrepancia existe ya al momento de perfeccionar el negocio jurídico.

En la imprevisión no se trata de vicios del consentimiento. El negocio jurídico obligatorio es perfecto: reúne, desde la época de su perfeccionamiento, todos los requisitos necesarios para su validez. La operancia de sus principios viene a hacerse necesaria a raíz de acontecimientos posteriores a la celebración del negocio jurídico, que por su carácter de imprevisibles no pudieron ser tenidos en cuenta por las partes, ni ser objeto de sus declaraciones de voluntad, y que trastornan fundamentalmente la economía de aquel. Y si no fueron materia de sus declaraciones de voluntad, y además escapaban a la capacidad normal de previsión, lógicamente no puede predicarse error con respecto a ellos.

El error dice, pues, relación a la validez del negocio jurídico, ya que falta uno de los requisitos legales para la eficacia de la decla-

ración de voluntad, cual es el de que haya un consentimiento sin vicios. La teoría de la imprevisión hace referencia, por el contrario, a la economía del negocio jurídico, cuya grave alteración en detrimento de una de las partes es preciso corregir con base en la función social de los derechos subjetivos y en principios de solidaridad.

Además, el error dá acción de rescisión (al menos en nuestra legislación, y para los casos contemplados en los artículos 1510, 1511 y 1512 del Código Civil, de error "in negotio", de error "in corpore", de error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto, de error accidental y de error en la persona) y puede conducir, por tanto, a la extinción del negocio jurídico. Y la imprevisión, como se anotó con respecto a los institutos anteriores, no conlleva necesariamente su aniquilamiento, sino que puede dar por resultado la revisión de sus prestaciones, o la suspensión de su ejecución.

La teoría del error tiene un campo de acción más amplio que la imprevisión, pues se refiere a la validez de los negocios jurídicos, y se aplica, por tanto, a la totalidad de ellos. La imprevisión —se ha dicho ya— sólo tiene vigencia en aquellos que generan obligaciones de ejecución no inmediata.

4. LA IMPREVISION Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

—Este último se presenta cuando tiene lugar un desplazamiento de valores de un patrimonio a otro, o cuando alguien se beneficia de los servicios de un tercero, sin que el lucro que representan para el beneficiario tales valores o servicios esté justificado en derecho.

De la noción expuesta se deduce con claridad la diferencia existente entre los dos institutos: en los casos de imprevisión es innegable que hay una causa, y ella es el negocio jurídico que dió origen a la obligación cuya ejecución ha devenido excesivamente onerosa. Sólo que, en razón del cambio de circunstancias, y porque es contrario a la función social de los derechos subjetivos y a la finalidad económica del negocio jurídico el enriquecimiento de una de las partes a costa de la ruina de la otra, se impone la restauración de su economía y la aplicación, en consecuencia, de los efectos de la teoría tantas veces mencionados. Como dice Wahl (2), un enriquecimiento, cuando es consecuencia de la ejecución de un contrato, es con causa. De ahí que la acción "in rem verso" no sea admisible entre contratantes en relación con obligaciones emanadas del contrato.

(2) Wahl: Citado por Rezzónico, Ob. Cit., pág. 43.

La acción "in rem verso" tiene carácter subsidiario: se exige que el empobrecido no disponga para recuperar sus bienes de una acción derivada de alguna de las fuentes de las obligaciones; en cambio, la acción a que dá lugar la imprevisión es de carácter principal.

Otra diferencia que, en nuestra opinión, puede aducirse, es la siguiente: en el enriquecimiento sin causa, para que sea procedente la acción "in rem verso", se requiere que ya se haya operado el desplazamiento patrimonial o la prestación del servicio. En los casos constitutivos de imprevisión no ocurre lo mismo, al menos cuando la parte afectada con los sucesos sobrevinientes es la deudora, ya que, dado que la prestación a su cargo ha llegado a ser excesivamente onerosa, antes que proceder a su cumplimiento, busca que se le exonere de ella, o que al menos se le revise o se le suspenda su ejecución por un tiempo prudencial.

5. LA IMPREVISION Y EL ABUSO DEL DERECHO. —Es innegable que existe cierta afinidad entre estos dos institutos jurídicos, la que a nuestro juicio se concreta, dada la fundamentación doctrinaria que hemos aceptado para la imprevisión en el Capítulo VI, en el hecho de que en ambos se tiende a evitar que se contraría la función social y económica del negocio jurídico obligacional, y en general de los derechos subjetivos, pues implicaría una clara violación de ella el ejercicio anormal del derecho, en un caso, o el exigir en forma rigurosa el cumplimiento de las obligaciones cuya onerosidad se ha agravado, aún a costa de la ruina de la parte afectada, en el otro.

Pese a ello encontramos claras diferencias entre los dos institutos. En el abuso del derecho las condiciones gravosas para la parte afectada dependen especialmente de la voluntad, de la intención del titular del derecho, de la forma como lo ejerce. Hay un ejercicio del derecho sin un motivo legítimo. Esta es la concepción que de la teoría consagra el artículo 226 del Código Alemán: "el ejercicio de un derecho es inadmisibles, cuando no tiene otro fin que causar daños a otro".

En la imprevisión, por el contrario, no hay la intención positiva de inferir daño a la parte afectada con los hechos sobrevinientes. El acaecimiento de los sucesos imprevisibles es —como se vió al analizar los elementos estructurales de la teoría— ajeno a la voluntad de las partes. El titular del derecho favorecido con las nuevas circunstancias, ve acrecentada la utilidad que esperaba derivar del negocio jurídico en forma inesperada, y en un todo ajena a su acción. Sólo que si pretendiera exigir el cumplimiento de la prestación en los

términos inicialmente pactados, estaría ejerciendo su derecho en forma contraria a su función social, y de ahí el correctivo que para tal evento representa la aplicación de los principios de la imprevisión.

Si en el abuso del derecho se presenta un ejercicio de la facultad jurídica desprovisto de interés legítimo, no puede afirmarse lo mismo en la imprevisión. Es innegable, por ejemplo, que a la administración concedente, en caso de alteración de la economía del contrato en contra del concesionario, a causa de sucesos constitutivos de imprevisión, la asiste un interés legítimo al exigir que el servicio público se continúe prestando y que el deudor cumpla, por tanto, sus obligaciones; y en el mismo sentido podrían multiplicarse los ejemplos. Pero es claro que ese interés legítimo no es suficiente para evitar, por las razones de equidad, de solidaridad y función social de los derechos tantas veces mencionadas, la revisión de la economía del negocio jurídico como consecuencia de la aplicación de los principios de la imprevisión.

Lo anterior realza, precisamente, la necesidad y la eficacia de la imprevisión si se la concibe como figura autónoma. En efecto: si, como pretenden algunos, bastara con la simple aplicación de la teoría del abuso del derecho para la tutela jurídica de la parte cuyas obligaciones han devenido excesivamente onerosas a causa de acontecimientos imprevisibles, ella quedaría indefensa y a merced de la parte favorecida con las nuevas circunstancias cuando ésta última, al ejercer la acción de cumplimiento, obrara sin la intención positiva de causar perjuicio y asistida de un interés legítimo (caso en el cual no se configuraría el abuso del derecho), lo que es perfectamente posible, como se dejó visto. Y no sobra destacar aquí, además, que la situación para la parte afectada es, por el aspecto probatorio, más favorable en la imprevisión, pues en ésta, por su carácter objetivo, se debe acreditar básicamente la grave alteración de la economía del negocio jurídico obligatorio; en tanto que en el abuso del derecho, al menos en su concepción subjetiva, se debe demostrar el móvil dañino del titular del derecho que se ejerce anormalmente, lo cual es mucho más difícil.

Las diferencias anotadas se patentizan en los efectos que se le atribuyen a las dos instituciones: mientras en el abuso del derecho se obliga al titular de éste a indemnizar el daño causado con el ejercicio indebido, o se le impide el ejercicio del derecho, en la imprevisión se revisan las prestaciones que han devenido excesivamente onerosas, o se suspende su exigibilidad, o en casos más agudos se llega a la extinción del negocio jurídico, pero todo ello nó propiamente

como sanción para la parte favorecida con las nuevas circunstancias (que mal podría haberla si ellas son ajenas a su voluntad), sino con la finalidad de evitar la ruina o un grave quebranto patrimonial para la parte afectada.

CAPITULO VIII

LA IMPREVISION EN LA LEGISLACION Y EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANAS

A) EN EL DERECHO CIVIL

1. REGLAS GENERALES DEL DERECHO. —No aparece consagrada la teoría de la imprevisión, de manera expresa, en nuestro derecho civil, al igual que no lo están otras de grande importancia en el derecho moderno, como el enriquecimiento sin causa o el abuso del derecho. Importa precisar, entonces, si pese a la ausencia de una norma de carácter general, pueden los juzgadores proceder a dar aplicación a sus principios cuando en el caso subjudice se reúnan sus elementos estructurales.

La ley 153 de 1.887 introdujo en nuestro sistema jurídico un importante elemento para la investigación científica del derecho, cuales son los llamados principios o "reglas generales del derecho". Dice, en efecto, su artículo 8º: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las *reglas generales de derecho*" (Subrayas nuestras).

¿Qué se debe entender por principios o reglas generales del derecho? Según Spota (1), "son los que emanan de la ciencia del derecho. En otros términos, principios que reciben una aplicación general en la jurisprudencia, en la doctrina, en las legislaciones universales; principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional".

Ahora bien: si las reglas generales son aquellas que emanan del derecho como ciencia, cuando se trate de su aplicación en el campo civil no se debe limitar el fallador a tomar las que se desprendan exclusivamente del derecho civil, sino que bien puede dar cabida a las que surjan de otras ramas del derecho; y por la misma razón no

(1) Spota: Citado por Arturo Valencia Zea: "Derecho Civil", Ed. Temis, Bogotá, 1966, Tomo I, Parte General y Personas, IV edición, pág. 197.

se debe circunscribir exclusivamente a las propias del respectivo sistema nacional.

En este sentido consideramos muy acertados los planteamientos del Profesor Valencia Zea, quien afirma: "En Colombia carece de validez la tesis de algunos expositores italianos y españoles, que al interpretar la correspondiente expresión advierten que el legislador se refirió a los principios del derecho nacional. Así, los expositores italianos Fadda y Bensa dicen que se trata de los "principios del derecho italiano", opinión que critica certeramente Giorgio del Vecchio al sostener que "tal limitación étnica está enteramente borrada del espíritu como de la misma letra de la ley. Afirmar que los principios generales del derecho no son válidos sino para cada pueblo individualmente considerado, o en otras palabras, que existen tantas series de principios generales como sistemas nacionales haya, es una afirmación grotesca". Y agrega Valencia Zea: "Tampoco cabe restringir la expresión reglas generales que emplea el artículo 8º de la ley 153, a las del derecho civil, ya que ella se refiere a las reglas o principios del derecho como ciencia, es decir, del derecho considerado como sistema. En consecuencia, otras ramas del derecho —como el constitucional, el administrativo, el internacional privado y público, etc.— podrán suministrar algunas reglas" (2).

2. LA IMPREVISION COMO REGLA GENERAL DEL DERECHO. —Para nosotros no hay duda alguna, y así se infiere de lo expuesto a lo largo de este trabajo, que la noción de imprevisión constituye una "regla general del derecho", la cual enunciaríamos así: "Se debe revisar la economía del negocio jurídico creador de obligaciones cuando, siendo éstas de ejecución sucesiva, periódica o diferida, su cumplimiento se haga excesivamente oneroso a causa de acontecimientos sobrevinientes y extraordinarios, imprevistos e imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes".

3. APLICACIONES PARTICULARES DE LA IMPREVISION EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA. —Si bien nuestra legislación civil, según se dijo, no contiene una norma de carácter general sobre la imprevisión, sí se encuentran en ella algunas aplicaciones concretas de esta regla general del derecho. Pasamos a enumerarlas.

El artículo 2060 del Código Civil, relativo a los contratos para construcción de edificios por un precio alzado, expresa en su ordinal 2º: "Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo,

ocasionaren costos *que no pudieron preverse*, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda". (Subrayas nuestras).

Es de anotar, como lo expresamos en el Capítulo I, que un precepto parecido —el artículo 383, inciso 2º, del Código Federal de las Obligaciones— le ha permitido a los jueces suizos dar cabida en sus pronunciamientos a la teoría de la imprevisión. Dice la norma en mención: "... si la ejecución de la obra es impedida o hecha excesivamente difícil por circunstancias extraordinarias, imposibles de prever, o excluidas por las previsiones que admitieron las partes, el juez puede, en virtud de su poder de apreciación, acordar sea un aumento del precio estipulado, sea la resolución del contrato". Y el artículo 490 del Código Polaco se pronuncia en términos prácticamente similares a los de la norma transcrita del Código Suizo.

El artículo 1882 del Código Civil, ubicado en el título de la compraventa, trae, en su inciso 4º, un caso de excesiva onerosidad sobreviniente que implica, en el fondo, una aplicación de la teoría: "... si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago".

Otro caso de aplicación particular de la imprevisión se encuentra en el artículo 3º, literal c), de la Ley 100 de 1.944, sobre régimen de tierras: "Art. 3º —Se entenderán incorporadas en todo contrato de la especie indicada en los artículos que anteceden, las siguientes previsiones, que son de orden público económico y no podrán ser renunciadas por el respectivo arrendatario, aparcerero, agregado, poramero, cosechero, viviente, mediasquero, etc. ... c) Facultad a las partes contratantes para dar por terminado el contrato antes de la expiración del plazo, no sólo por fuerza mayor o caso fortuito, sino cuando quiera que sobrevengan circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, que impliquen graves alteraciones de la normalidad económica".

Como lo expresamos en el Capítulo II de este estudio, la ley 37 de 1.932 (ley de moratoria), dictada para aminorar el impacto de la crisis económica de 1.930, y que contempla la rebaja de los intereses pendientes no pagados y futuros para las obligaciones contraídas desde 1.925, y la suspensión por un período de tres años de los rema-

(2) Valencia Zea: "Derecho Civil", Ob. Cit., págs. 196 y 197.

tes en los juicios ejecutivos, es una disposición de emergencia que representa la admisión por el legislador, aunque de manera circunstancial, de la teoría de la imprevisión.

Deliberadamente nos hemos abstenido de citar la disposición relativa a la buena fe que debe presidir la ejecución del contrato (Art. 1.603 del Código Civil), o las normas del Código Civil que rigen la interpretación de los contratos, preceptos éstos en los que algunos han creído encontrar base de apoyo para la aplicación de la teoría en nuestro sistema jurídico, en guarda precisamente de la autonomía de la imprevisión, y porque consideramos que las razones anteriormente expuestas constituyen sólido fundamento jurídico, a la luz de nuestro derecho positivo, para dar cabida a sus principios, sin necesidad de apelar a otras construcciones doctrinales.

De lo expuesto se desprende que la imprevisión, además de constituir una regla general de derecho, armoniza con el sistema de nuestra legislación civil, la cual hace —como se deja visto— algunas aplicaciones particulares de ella, y con nuestro sistema jurídico, pues, como lo veremos posteriormente, otra rama de la legislación nacional —la laboral— admite expresamente la teoría mediante normas de carácter general.

Por ello puede concluirse que los jueces no solamente están facultados para dar aplicación a sus principios, sino que deben hacerlo cuando el caso sub-judice reúna los requisitos exigidos por la doctrina, ya analizados.

4. CONVENIENCIA DE UNA NORMA DE CARACTER GENERAL. —Es innegable que, pese a la anotada facultad legal para dar aplicación a los principios de la imprevisión, sería muy conveniente su consagración en nuestro derecho privado mediante una norma de carácter general, pues así su operancia no quedaría sometida al arbitrio judicial, al buen criterio o a la mentalidad tradicionalista o progresista del fallador, ni a la ocasional intervención del legislador para conjurar situaciones de emergencia —con todos los inconvenientes que ello tiene, particularmente en la actual circunstancia de la vida nacional, en la que la actividad parlamentaria, por razones cuyo análisis escapa a la índole de este estudio, no responde a las urgencias de todo orden del país—, y además habría más equidad en el tráfico jurídico, y se pondría nuestra legislación a tono, en materia importante, con las más modernas orientaciones de la doctrina y del derecho contemporáneos.

Nosotros sugerimos la siguiente fórmula de carácter general, la cual consideramos que compendia los elementos estructurales analizados en el Capítulo III, los efectos indicados en el Capítulo V, y lo expresado en el Capítulo IV acerca de la aplicación de la teoría frente a las distintas fuentes de las obligaciones:

“Cuando se trate de obligaciones de ejecución sucesiva, periódica o diferida, emanadas de negocios jurídicos unilaterales o bilaterales, cuyo cumplimiento se haga excesivamente oneroso a causa de acontecimientos sobrevinientes y extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes, que impliquen grave trastorno de la normalidad económica, la parte afectada podrá demandar la revisión judicial de la prestación a su cargo, o la suspensión de su ejecución cuando el trastorno fuere temporal, o, según la naturaleza y gravedad de los sucesos, la disolución del negocio jurídico”.

“La parte favorecida con las nuevas circunstancias, podrá evitar la disolución del negocio jurídico ofreciendo modificar equitativamente sus condiciones”.

5. POSICION DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL. —La Corte, en época que es quizás la de su mayor esplendor doctrinal, se refirió a la imprevisión en los siguientes fallos, que implican claramente su admisión, al menos los dos últimos:

En sentencia de 29 de octubre de 1.936 dijo: “Auncuando entre los modernos expositores de derecho existe discrepancia sobre la adopción de esta teoría y auncuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero nó a los ya cumplidos porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera aplicársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual. Cualquiera que sea o llegue a ser el pensamiento de la Corte sobre esta teoría y sobre su aplicabilidad ante nuestra legislación, queda visto que en el presente pleito no puede tal teoría desempeñar papel alguno por la razón decisiva de que cuando Tomás Muñoz entabló su demanda el 17 de octubre de 1.932, ya estaba cumplida, por parte de Hoyos, su obligación, cumplimiento que tuvo lugar el 14 de julio de ese año” (3).

En sentencia de 25 de febrero de 1937, al decidir sobre el problema de la inconstitucionalidad de las leyes de deudas, la Corte ad-

(3) Sentencia de 29 de octubre de 1936, G. J., N° 1.918, pág. 457.

mitió la vigencia de la teoría de la imprevisión en nuestro derecho privado, en los términos siguientes:

“Al estudiar el contenido de las proposiciones jurídicas que encabezan este capítulo, se echa de ver que el legislador no creó en realidad una norma nueva, ni por lo tanto vulneró la garantía institucional de protección a los derechos adquiridos, sino que, con técnica imperfecta relievó una noción del derecho científico, latente en la conciencia jurídica, circunscribiéndola a los intereses del capital”. (...).

“Esa noción de derecho es conocida en la doctrina y en la jurisprudencia con los nombres de la desaparición de la base del negocio, de la imprevisión, de la revalorización, o de la alteración de las circunstancias”.

“Se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro, sea en la hipótesis del error, en la representación de las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfección” (...).

“En nuestro derecho privado positivo, la teoría de la imprevisión tiene preferente aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación” (4) (Subrayas nuestras).

Y mediante sentencia de 23 de mayo de 1.938, la Corte reiteró su criterio acerca de la aplicabilidad de la imprevisión en nuestro derecho, en forma amplia. Transcribiremos, en guarda de la síntesis, los apartes más importantes:

“La teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el Derecho Canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula “rebus sic stantibus”, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes al día del contrato. La fórmula completa es: “Contractus qui habent tractum succesivum et dependant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”.

(4) G. J., Nros. 1.920-21, pág. 616.

“Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc”.

“Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante todo el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la gran guerra, 1.914-1.918, los grandes tratadistas, a merced del abandono de la interpretación exegética de los textos, tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen desacuerdos cuando se dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así a la escuela espiritualista de Ripert, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de Bonnacasse y de Demogue, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato, bastan a justificar la teoría... (...).”

“... la teoría de la imprevisión, alegada en un juicio por vez primera en el recurso de casación, sin que se haya debatido en las instancias, constituye un medio nuevo incompatible con la técnica de este recurso”.

“En efecto, mucho se ha discutido acerca del efecto concreto que tenga la aplicación práctica de la teoría. Para unos su efecto se asemeja al de la resolución del contrato por el evento de una condición resolutoria. Desaparecida la obligación y retrotraídas las cosas al estado que tenían al tiempo de nacer el vínculo jurídico, queda abierto a las partes el camino para llegar a un nuevo acuerdo sobre las circunstancias modificadas. Para otros el efecto sería la resciliación del contrato. El juez estaría facultado para determinar hasta qué momento obliga la ejecución del contrato y desde qué instante las partes quedan exoneradas en presencia de los acontecimientos constitutivos de la imprevisión. Y para la mayoría de los partidarios

de la teoría, la solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o ya asumiendo el juez directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes”.

“Pero sea cualquiera el efecto que se le asigne a la teoría, la imprevisión tiene que formularse en instancia, probarse y debatirse ampliamente. Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y ser materia de decisiones especiales de los jueces de instancia” (5).

B) EN EL DERECHO LABORAL

La teoría de la imprevisión, como ya se indicó, ha sido expresamente consagrada, a través de normas de carácter general, en nuestra legislación laboral, lo cual es explicable por tratarse de una rama nueva del derecho, de mayor receptividad, por tanto, para las modernas teorías.

En orden cronológico, las siguientes son las disposiciones que se refieren a la aplicación de los principios de la imprevisión en el derecho del trabajo:

El Decreto 2350 de 1.944 expresa, en su artículo 11, que el contrato de trabajo “será revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles alteraciones de la normalidad económica”.

El artículo 8º de la ley 6ª de 1.945 reitera, en su inciso 2º, el mismo principio: “Todo contrato será revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica”. El decreto reglamentario de esta ley, el 2127 de 1.945, lo reproduce en su artículo 42, y agrega: “Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la revisión fundada en tales alteraciones, corresponderá a la justicia del trabajo decidir sobre ellas. Entre tanto, los contratos, pactos, convenciones o fallos arbitrales existentes, seguirán en todo su vigor”.

(5) Sentencia de 23 de mayo de 1938, G. J., N° 1.936, págs. 544 y ss.

El artículo 2º de la ley 64 de 1.946, que modificó el artículo 8º de la ley 6ª de 1.945, conservó la misma disposición acerca de la imprevisión, en los términos ya citados.

Finalmente el Código Laboral, manteniendo la orientación consignada en los antecedentes legislativos mencionados, dió cabida a la teoría en los términos siguientes:

“Art. 50. —Todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde a la justicia del trabajo decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor”.

“Art. 480. —Las convenciones colectivas son revisables cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la revisión fundada en tales alteraciones, corresponde a la justicia del trabajo decidir sobre ellas; y entre tanto estas convenciones siguen en todo su vigor”.

De los textos transcritos se desprende que el legislador colombiano ha querido adoptar, como efecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión en materia laboral, la revisión del contrato o de la convención colectiva, a fin de adaptar sus prestaciones a la nueva realidad económica impuesta por los acontecimientos sobrevinientes. Es decir, ha querido preservar ante todo la continuidad de la relación laboral, teniendo en cuenta, seguramente, las graves repercusiones de índole social y económica que para el país traería la terminación brusca y general de un número apreciable de contratos de trabajo, como consecuencia de un trastorno de la normalidad económica.

Como acertadamente lo expresa el Profesor Guillermo Camacho Henríquez (6), la acción de revisión comprende lo siguiente:

1. Comprobar la existencia de alteraciones de la normalidad económica que sean graves e imprevisibles.
2. Saber de qué manera tales alteraciones han afectado el equilibrio económico de las obligaciones de una convención; y
3. Decretar con base en lo anterior el reajuste de tales obligaciones (es decir, revisar en sentido propio) para volver a la convención el equilibrio original pactado por las partes y destruido por las imprevistas y graves alteraciones de la economía nacional.

(6) Guillermo Camacho Henríquez: “Derecho Colectivo del Trabajo”. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964, pág. 236.

Como se ve la función judicial se orienta nó a establecer una nueva convención sino a restablecer los términos de una anterior.

Deberá seguirse el trámite del juicio ordinario de trabajo ante la falta de un procedimiento especial”.

En nuestra opinión, para que tengan plena vigencia los principios de la imprevisión en materia laboral, se requiere que la acción de revisión se tramite por la vía de un juicio especial, de términos breves, dada la celeridad que exige la solución de los conflictos laborales, y nó a través de la larga y dispendiosa de un juicio ordinario, como ocurre en la actualidad. Para la revisión de las convenciones se podría pensar, incluso, en adoptar un trámite igual o parecido al que actualmente rige para los conflictos colectivos de trabajo, con la restricción de su sometimiento, en caso de no lograrse acuerdo en la etapa de arreglo directo o en la de conciliación, a arbitramento obligatorio.

Conservar el trámite del juicio ordinario equivale en la práctica, si además se tiene en cuenta la lentitud característica de nuestra justicia, a hacer inoperante el instituto jurídico de la imprevisión, en cuya consagración se mostró avanzado el legislador colombiano. En cambio, el darle plena efectividad a sus principios mediante un procedimiento rápido que consulte la economía procesal, contribuiría al mejoramiento de la paz social.

C) EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. AUSENCIA DE UNA NORMA GENERAL. —No se encuentra en nuestro derecho administrativo una norma de carácter general, consagratoria de la teoría de la imprevisión.

En los últimos años, a la par con el avance de la teoría, se ha venido expresando el deseo de los doctrinantes de que la imprevisión obtenga consagración definitiva, a través de fórmulas de carácter general, en los contratos administrativos.

Tal aspiración se refleja en la siguiente resolución, emanada de la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados, reunida en Lima en el año de 1.947:

“1º Que la teoría del riesgo imprevisible que se aplica a la concesión de servicios públicos, es también de aplicación a los demás contratos administrativos, particularmente en los de obras públicas y de suministro.

2º —Que si en ocasión de sobrevenir hechos extraordinarios que que alteren las circunstancias de la relación obligacional, indepen-

dientes de la voluntad de las partes e imprevisibles, que subviertan la economía del contrato, el contratante no deja de cumplir con la obligación contraída, tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente, los aumentos producidos, conforme a los principios de la equidad.

3º —Que debe, por consiguiente, incluirse en la legislación normas que permitan en los contratos a largo plazo la aplicación de la teoría de la imprevisión, a fin de reajustar el orden jurídico a la realidad y evitar así la grave lesión que importaría para una de las partes mantener en esta emergencia la inflexibilidad de los contratos.

4º —Que el mecanismo correctivo que se prevea en estos casos, debe contemplar un reajuste equitativo por revisión administrativa, con recurso ante el Poder Judicial, que comprenda las variaciones en en más, en el precio de los bienes y servicios” (7).

2. PROYECTO DE LEY PRESENTADO POR EL GOBIERNO.

—En Colombia, como antecedente digno de destacarse en el empeño por lograr la consagración de la teoría para los contratos administrativos, se encuentra el proyecto de ley presentado por la rama ejecutiva en el año de 1.937, por intermedio del señor Ministro de Gobierno, Doctor Alberto Lleras, cuyo contenido, en la parte pertinente, es el siguiente: (8)

“Artículo 4º —En todo contrato que se celebre en nombre del Estado, y que tenga por objeto la construcción de obras públicas o la prestación de servicios públicos, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a su caducidad o su modificación.

“Como causales de modificación deben figurar precisamente las siguientes:

“a) Si el contrato versa sobre construcción de obras públicas, cualquiera de los contratantes podrá pedir la modificación del contrato, en cuanto al tiempo de ejecución, si alguna circunstancia imprevisible que ocurra después de celebrado el contrato, haga necesaria, justa o conveniente a los intereses públicos, a juicio del gobierno, la reducción o ampliación del plazo convenido dentro de las posibilidades de la técnica; en cuanto al precio estipulado, si cualquier fenómeno económico, imprevisible al tiempo de la celebración del contrato, modifica o altera la ecuación financiera que ha servido de

(7) Enrique Sayagués Laso: “Tratado de Derecho Administrativo”, volumen I, Ed. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1953, pág. 572.

(8) Jaime Vidal Perdomo: “Derecho Administrativo General”, Ed. Temis, Bogotá, 1.966, págs. 436 y 437.

base para su celebración. En estos casos, el gobierno y el juez administrativo apreciarán, de acuerdo con las conveniencias públicas y los documentos que aporte el contratista, la causal de modificación, teniendo en cuenta el precio de los elementos a adquirir, el valor adquisitivo de la moneda, el costo de la vida, y todos los demás factores apreciables.

“b) Si se trata de contratos o concesiones sobre prestación de servicios públicos o sobre actividades que conforme el artículo 3º de esta ley deben considerarse de servicio público, cualquiera de los contratantes podrá pedir la modificación del contrato, en cuanto a la forma de ejecución, cuando ella sea necesaria para mejorar el servicio público de que se trate, circunstancia que apreciará el gobierno; en cuanto a su ecuación financiera, cuando un acontecimiento de carácter imprevisible o circunstancias económicas imprevisibles en el momento de la celebración del acto, justifiquen esa modificación.

“Parágrafo 1º —Para establecer la ecuación financiera del contrato o de la concesión, cuando se trate de actividades relativas a la explotación de las riquezas naturales o a servicios públicos de carácter industrial, a juicio del gobierno, deberá necesariamente fijarse en el contrato o en el acto de concesión un límite máximo y un límite mínimo de utilidad para el contratista o concesionario, teniendo en cuenta los principios establecidos en las leyes sobre impuestos a la renta, patrimonio y exceso de utilidades. Lo dispuesto en este párrafo se aplicará a los contratos o concesiones actualmente vigentes si bajo la vigencia de esta ley existen y ocurren las circunstancias imprevisibles de que se trata, que alteren actualmente la ecuación financiera que existía al momento de celebrar el contrato u otorgar la concesión, si a causa de esta alteración el contratista o concesionario está obteniendo utilidades que excedan el límite máximo que el gobierno, al reglamentar esta ley, fije para los fines de su aplicación según el género de actividades de que se trate.

“Parágrafo 2º —Las providencias que en relación con este artículo dicte el gobierno de oficio o a petición del otro contratante, estarán sujetas en todo caso al recurso de revisión ante los jueces administrativos, o a consulta ante los mismos jueces, que hará el funcionario que dicte la providencia, dentro de los treinta días siguientes, y sólo serán aplicables esas providencias después de que el juez administrativo las haya declarado legales. Los dictámenes del juez administrativo en estos casos serán obligatorios para ambas partes. Los jueces administrativos tendrán un plazo improrrogable de trein-

ta días para decidir los recursos que se les sometan en relación con las providencias de que trata este artículo”.

De la interesante exposición de motivos con que se acompañó el proyecto de ley, extractamos los siguientes apartes: (9)

“Los modernos tratadistas de derecho administrativo, especialmente Jeze, Berthelemy, Bonnard y Rolland estudian lo relativo al riesgo imprevisible en los contratos de esta clase (contratos sobre construcción de obras públicas y prestación de servicios públicos) y a lo que se llama la ecuación financiera de esos contratos, que, en síntesis, es el equilibrio económico que debe existir en todo acto de esta clase, equilibrio que es justo que se respete, porque es obvio que tratándose de obras públicas o servicios públicos, tanto el Estado como el contratista están interesados en que a ambos les resulte ventajoso y conveniente el contrato. No se debe tolerar que el contratista gane más de lo justo en un contrato de esta clase, pero tampoco es equitativo exponerlo a que pierda, porque el interés común está en que preste eficientemente el servicio público concedido, o ejecute lealmente la obra de que se trate. (...)

“Este principio (se refiere la exposición de motivos al contenido en el art. 1602 del Código Civil), que establece la intangibilidad de los contratos civiles, deberá aplicarse exactamente a los contratos y concesiones de servicios públicos? Imposible aceptarlo, porque mientras en los contratos civiles sólo van envueltos intereses privados de los contratantes, en los contratos de servicio público van envueltos los intereses colectivos, intereses que son de las generaciones actuales y también de las futuras (...).

“Obvio es que el riesgo imprevisible que este artículo del proyecto desarrolla, no se puede confundir con la fuerza mayor o caso fortuito, que son fenómenos diferentes, pues mientras estos establecen una imposibilidad para cumplir el contrato, el riesgo imprevisible parte del supuesto de que el contrato puede cumplirse, sólo que en virtud de las nuevas circunstancias que han surgido, debe modificarse dentro de la equidad para ambas partes y conforme a las conveniencias públicas afectadas por el contrato. Supónganse, entre muchos casos que puedan ocurrir, los siguientes:

“Temiendo un conflicto internacional, o en circunstancias económicas críticas de gravedad excepcional, el Estado celebra un contrato administrativo u otorga una concesión de servicio público en condiciones muy gravosas para la colectividad, pero que en este mo-

(9) Pareja: Ob. Cit., pág. 481.

mento se le imponen por las circunstancias, y por ellas mismas se explican. Sobrevinidas posteriormente circunstancias mejores, imprevisibles en el momento del acto y normalizada la situación general, el concesionario se halla en una situación de privilegio exorbitante, que perdurará por largo tiempo, produciéndole ganancias desproporcionadas al capital y al trabajo invertidos, a costa de los intereses públicos; la ecuación financiera de la concesión está alterada en contra del Estado, que sufre lesión enorme con este acto. (...) En un caso semejante, los principios que consagra este artículo del proyecto funcionarían para defender al Estado, respetando los justos intereses del concesionario.

“Puede ocurrir un caso análogo, en que esos mismos principios se apliquen en favor de un particular contratante.

“Para la construcción de una obra pública cualquiera, el Estado celebra un contrato en época en que el peso colombiano tiene un valor adquisitivo igual al dólar, moneda esta última que por las circunstancias de la obra deberá el contratista emplear para adquirir los elementos necesarios a la ejecución de su trabajo. Circunstancias imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, modifican considerablemente en contra la relación de la moneda colombiana con el dólar, o alteran sustancialmente el costo de la vida y los jornales obreros; será justo que si el contratista, por esas circunstancias imprevisibles, se pone en situación de pérdida efectiva en el negocio, por quedar sus utilidades por debajo del límite mínimo fijado por el gobierno para ese caso, sea forzado a cumplir su contrato sin poder exigir del Estado una modificación de éste que le permita ejecutar la obra en condiciones equitativas? En casos como éstos, plenamente demostrados, los principios de ese proyecto funcionarían en beneficio del contratista”.

3. CLAUSULAS DE REVISION. —En los últimos tiempos se ha ido generalizando en los contratos administrativos la tendencia a estipular cláusulas de revisión de los mismos, por variaciones imprevisibles e imprevisibles de los costos que se tuvieron en cuenta para la fijación de las respectivas prestaciones.

El empleo de tales cláusulas fue objeto de especial recomendación por parte del gobierno francés mediante circular de 10 de agosto de 1.938, en la que se expresa:

“Esas cláusulas deberán, por lo demás, permitir a la Administración pública obtener condiciones de precios más favorables que en el pasado, puesto que, sabiendo la posibilidad de revisarlos, el contra-

tista no tendrá que resguardarse excesivamente contra el alza eventual de los precios.

“La Comisión Nacional de contratos recomienda pues, con mucha insistencia, a todos los establecimientos introducir en lo sucesivo, en todo contrato de suministros o de obras, a precio fijo o variable sobre costos, cuando se calcule que esos precios puedan sufrir variaciones notables una cláusula de revisión...” (10).

La estipulación de tales cláusulas, que cada vez se hace más frecuente en los contratos que celebran en Colombia las entidades de derecho público, antes que significar la crisis de la teoría de la imprevisión, como lo pretende el profesor Carlos H. Pareja (11), representa la etapa más avanzada de su evolución, pues consideramos que es la forma más eficaz de hacer operantes sus principios, ya que su aplicación, cuando se reúnan los supuestos de hecho requeridos, obedecerá a una obligación contractual, y no estará sometida por tanto al arbitrio judicial.

4. LAS CLAUSULAS DE REVISION EN NUESTRA LEGISLACION. —La ley 4ª de 1.964 dispone lo siguiente:

“Artículo 1º —Los contratos que celebren la nación, los institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales con personas privadas, naturales o jurídicas, para estudios, construcción, mejora y conservación de las obras que corresponda ejecutar a esas entidades y para ejercer la interventoría de las labores de los contratistas, se sujetarán a las disposiciones de la presente ley.

“Artículo 11. —En los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2º (este literal comprende los contratos para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o precios unitarios) se pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, *en función de toda variación de los factores determinantes de los costos previstos* (...) Parágrafo 2º —Donde ello fuere posible, los ajustes se harán mediante fórmulas matemáticas que deberán quedar incorporadas en el respectivo contrato”. (El paréntesis y las subrayas no son del texto).

El artículo 17 del Decreto 1518 de 1.965, reglamentario de la prementada ley 4ª de 1.964, expresa en su art. 17, inciso 1º:

“En los contratos a que se refiere el artículo 2º de la ley 4ª de 1.964, *literales a) y c)*, habrá lugar al reajuste o revisión periódica

(10) Pareja: Ob. Cit., pág. 477.

(11) Pareja: Ob. Cit., pág. 477.

de los precios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos..." (La subraya es nuestra, y con ella queremos hacer notar, de paso, cómo en esta disposición parece haber un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues mientras la ley sólo consagra la revisión para los contratos relacionados en el literal a) de su artículo 2º, este Decreto la extiende a los del literal c).

El artículo 18 del precitado decreto reglamentario dispone:

"En caso de que la respectiva entidad no adopte el sistema de fórmulas matemáticas de reajuste de precios, deberá reglamentar el sistema que adopte para las revisiones periódicas del precio o de los precios unitarios, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

a) Deberán comenzar a regir a partir del momento en que se haga la solicitud, comprobando que ha ocurrido variación en cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos.

"b) El nuevo precio que se establezca deberá reflejar exactamente la variación ocurrida en el costo en relación con lo presupuestado, incluyendo los porcentajes en gastos generales y remuneración del contratista".

5. CRITICA DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA REVISIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. —Hemos querido transcribir la parte pertinente de los textos legales que regulan la revisión de los contratos administrativos en Colombia, para resaltar su falta de técnica. En efecto, y tal como aparecen redactados, no representan, en manera alguna, la consagración de los principios que informan la teoría de la imprevisión. Esta, como se ha expuesto reiteradamente a lo largo de estas notas, exige el advenimiento de acontecimientos imprevistos e imprevisibles, de carácter extraordinario, que alteren fundamentalmente la economía contractual.

Como se ha dicho repetidamente, y de acuerdo con nuestra concepción de la teoría, lo que se busca con ella es evitar a la parte afectada el quebranto patrimonial de carácter ruinoso que le sobrevendría si se le contriniera a cumplir la obligación en las condiciones inicialmente estipuladas, pero no el garantizarle que efectivamente va a derivar de la operación contractual, en forma total o parcial, la ganancia que de ella esperaba obtener. Y a esto último conduce la aplicación de las disposiciones transcritas.

En el tráfico jurídico se corre siempre un álea normal de ganancia o de pérdida. Y si ello se acepta plenamente en el derecho privado, en el que prima el ánimo de lucro, no se ve por qué se deba establecer un privilegio para quienes contratan con el Estado, en el sentido de que se les hará el reajuste correspondiente "en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos", sin entrar a discriminar la naturaleza de esas variaciones, ni su origen, ni su incidencia concreta en las prestaciones del contrato cuya revisión se pretende, y aun cuando ellas sean de las que entran en la previsión normal de un contratante prudente, habida cuenta de las fluctuaciones corrientes de los precios en nuestra economía.

O sea que se les asegura, mediante las aludidas cláusulas de revisión —en la forma en que éstas aparecen ordenadas por las precitadas normas—, no solamente que no van a tener ninguna pérdida en el contrato que han celebrado con el Estado (y es oportuno recordar que para que las pérdidas sean constitutivas de imprevisión deben tener un carácter excepcional), sino también que van a obtener la utilidad esperada del mismo.

Atrás expresamos (Capítulo III) que la excesiva onerosidad, como requisito básico de la teoría de la imprevisión, no consiste en la menor utilidad, ni en la frustración de la ganancia esperada. Bonnard (12), al analizar las consecuencias del estado de imprevisión en los contratos administrativos, incluye la siguiente: "Compensación de las pérdidas sufridas, *no del lucro cesante, y no tampoco de todas las pérdidas, sino tan sólo de las excepcionales*" (Subrayas nuestras). Y en este mismo sentido se pronuncia Sayagués Laso (13), quien al referirse a los requisitos de la teoría, y al derecho que asiste al particular contratante afectado con la excesiva onerosidad sobreviniente a que la administración le compense todo o parte de las pérdidas, puntualiza: "La indemnización no comprende la ganancia del contratista, limitándose a compensar total o parcialmente las pérdidas".

Por lo anterior consideramos que la ley 4ª de 1.964, al ordenar la estipulación de las cláusulas de revisión para ciertos contratos administrativos, debió haberlo hecho en armonía con los principios de la teoría de la imprevisión, como un modo de incorporación expresa de los mismos a nuestro derecho administrativo. Pero en la forma en que está estructurada la citada norma legal, aparece como una conquista legislativa de un determinado gremio económico y profesional, que no consulta la técnica jurídica ni los intereses públicos.

(12) Bonnard: Citado por Pareja, Ob. Cit., pág. 479.

(13) Sayagués Laso: Ob. Cit., I Tomo, pág. 573.

6. CONVENIENCIA DE LA CONSAGRACION EXPRESA DE LA IMPREVISION PARA LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

—Como ya hablamos de la conveniencia de una norma de carácter general al referirnos al derecho civil, no insistiremos más sobre este aspecto, pues las razones ya aducidas son valederas también para los contratos que se celebren con el Estado. Sólo recordaremos que uno de los efectos de la aplicación de la teoría, o sea el de la suspensión de la ejecución de la obligación, no se ajusta bien a la índole del contrato administrativo, en el que interesa primordialmente la continuidad en la prestación del servicio público.

7º VIGENCIA DE LA IMPREVISION EN NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO. —Si las “reglas generales de derecho” a que alude el artículo 8º de la ley 153 de 1.887 son, según se vió, las que emanan del derecho como ciencia, y no exclusivamente aquellas propias de una de sus ramas, ni tampoco las del sistema jurídico de un determinado país; y si la imprevisión, como lo sostenemos, constituye una regla general de derecho, es lógico concluir que sus principios tienen plena aplicación en nuestro derecho administrativo, para los contratos de esta índole.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: Curso de Derecho Civil *.
- BADENES GASSET, RAMON: El Riesgo Imprevisible *.
- BARASSI, LODOVICO: Instituciones de Derecho Civil, 2 tomos, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1955.
- BELTRAN DE HEREDIA, JOSE: El Cumplimiento de las Obligaciones *.
- CAMACHO HENRIQUEZ, GUILLERMO: Derecho Colectivo del Trabajo *.
- COLIN Y CAPITANT: Curso Elemental de Derecho Civil, tomo III (Teoría General de las Obligaciones), Ed. Reus S. A., Madrid, 1924.
- DE LA MAZA RIVADENEIRA, LORENZO: De la Teoría de la Imprevisión *.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: Tratado de Derecho Civil, II tomo (Derecho de Obligaciones). *.
- FRAGA, GABINO: Derecho Administrativo, Ed. Porrúa S. A., VIII edición, México, 1960.
- GONZALEZ GOMEZ, EUDORO: Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano *.
- HEDEMANN, J. W.: Tratado de Derecho Civil, Vol. III (Derecho de Obligaciones), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LARENZ, KARL: Derecho de Obligaciones, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- MESSINEO, FRANCESCO: Doctrina General del Contrato *.
- OSPINA BOTERO, ALBERTO: Teoría de la Imprevisión, Tesis de Grado, 1958, Universidad de Medellín.
- PAREJA, CARLOS H.: Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico *.
- PEREZ VIVES, ALVARO: Teoría General de las Obligaciones *.

* La edición se encuentra citada al pie de página.

- PLANIOL y RIPERT: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés *.
- POPESCU, CORNELIU MIHAIL: Essai d'une Théorie de L'imprévision en Droit Français et Comparé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1937.
- REZZONICO, LUIS MARIA: La Fuerza Obligatoria del Contrato y la Teoría de la Imprevisión *.
- RIPERT, GEORGES: La Regla Moral en las Obligaciones Civiles *.
- SARRIA, EUSTORGIO, Derecho Administrativo, IV edición, Ed. Temis, Bogotá, 1962.
- SAYAGUES LASO, ENRIQUE: Tratado de Derecho Administrativo *.
- SERRA ROJAS, ANDRES: Derecho Administrativo, Ed. Olimpo, México, 1959.
- TAFUR MORALES, FRANCISCO: La Nueva Jurisprudencia de la Corte *.
- DERECHO CIVIL (Parte General y Personas) *.
- VALENCIA ZEA, ARTURO: Curso de Derecho Civil Colombiano de las Obligaciones*.
- VIDAL PERDOMO, JAIME: Derecho Administrativo General *.

* La edición se encuentra citada al pie de página.