

La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?

The theory of unwariness, a rule or principle?

Autor: WILLIAM JIMENEZ GIL

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.10>

LA TEORIA DE LA IMPREVISION ¿REGLA O PRINCIPIO?*

THE THEORY OF UNWARINESS ¿A RULE OR PRINCIPLE?

A TEORIA DA IMPREVISÃO REGRA OU PRINCIPIO?

WILLIAM JIMENEZ GIL**

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca
Recibido: 18-08-2009. Aceptado: 16-12-2009

RESUMEN

Se pretende mediante el presente ensayo describir los elementos dogmáticos que configuran la Teoría de la Imprevisión, con el fin de definirla, indagar por sus orígenes y antecedentes históricos, su configuración, sus características, propiedades y efectos en el Derecho colombiano, para determinar si es un principio general de derecho o una regla de derecho positivo definida en el Código de Comercio Colombiano mediante el artículo 868. El trabajo pretende dejar establecido cuáles son los requisitos dogmáticos y los conceptuales que permitan su aplicación.

PALABRAS CLAVE

Imprevisión, revisión, desequilibrio económico, imprevisibilidad, equidad, extraordinario, fuerza mayor, caso fortuito.

ABSTRACT

It is intended by this essay to describe the dogmatic elements that configure the theory of unpredictability in order to define it, to investigate their origins and historical background, its configuration, characteristics, properties and effects on the Colombian law, in order to determine if it is a general principle of law or a rule of the Positive Law as is defined in the Colombian Commercial Code by Article 868. The work aims to establish what are the theoretical and conceptual requirements that allows its application.

KEY WORDS

Improvvidence, revision, economic imbalance, volatility, equity, special, force majeure, fortuitous event.

RESUMO

Pretende-se mediante o presente ensaio descrever os elementos dogmáticos que configuram a Teoria da Imprevisão, com o fim de defini-la, indagar pelas suas origens e antecedentes

* Este documento hace parte del trabajo titulado "Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al "nuevo derecho". Sistema Jurídico Colombiano", tesis de grado de maestría en Derecho.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, D. C., con Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de las universidades Nacional de Colombia, Colegio Mayor de Cundinamarca y Gran Colombia.





históricos, sua configuração, suas características, propriedades e efeitos no Direito Colombiano, para determinar se é um princípio geral do direito ou uma norma do direito positivo definida pelo Código de Comercio Colombiano mediante o artigo 868. O trabalho pretende deixar claro, quais são os requerimentos dogmáticos e os conceituais que permitam sua aplicação.

PALAVRAS CHAVE

Representações Sociais - Pluralismo Jurídico - Justiça Comunitária - Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos - Conciliação em Equidade - Unidades de Mediação e Conciliação de Bogotá.

INTRODUCCION

Para desarrollar los temas propuestos es fundamental remontarse a los antecedentes históricos de la teoría, buscando contextualizar y revelar por qué en cada periodo histórico se dio una explicación diversa del origen de la figura. El primer elemento que se observa tiene que ver con el hecho de que la figura fue utilizada en periodos de crisis o de graves conflictos sociales, políticos o económicos como un mecanismo para morigerar y limitar el rigorismo del derecho positivo y fundamentalmente de la cláusula pacta sunt servanda, con miras a lograr la equidad y esencialmente encontrar vías de justicia que eviten el hecho contundente de aplicar un derecho legal, pero no sustancialmente justo. Así, se observa que un elemento común a la tesis, predica que las relaciones jurídicas debían desenvolverse en un plano de equidad y moralidad que propugnaba por un auténtico Derecho entendido como Derecho justo.

PROBLEMA DE INVESTIGACION Y METODOLOGIA

A partir del análisis descriptivo de la evolución de la cláusula pacta sunt servanda, desde sus orígenes del Derecho Romano hasta nuestros días, se pretende reconstruir la estructura dogmática y conceptual que caracteriza a la figura, construir la línea o líneas jurisprudenciales que en el Derecho colombiano han reconocido la aplicabilidad de la teoría, para determinar si la consagración que hace el artículo 868 del Código de Comercio configura la cláusula pacta sunt servanda como un Principio General de Derecho Privado, o como una regla jurídica positiva de aplicación restrictiva.

RESULTADOS

Algunos autores pretenden encontrar el origen de la figura en el Derecho Romano quirritario y se esfuerzan por deducir de párrafos del Digesto y de las Instituciones de Justiniano su antecedente más remoto. Otros, por el contrario, encuentran que la teoría aparece con el Derecho Canónico, en textos de Santo Tomás de Aquino y Graciano, que defendiendo una escolástica sustentada en la moral cristiana, veían con reproche el enriquecimiento sin causa y la inequidad originada en los contratos. Otro grupo de autores se remonta a los posglosadores de los siglos XIV a XVI, y tomando en consideración textos de Alciatus, Bartolo y Baldo de Ubaldis, afirman que estos autores fueron los primeros en aseverar la existencia de una cláusula "rebus sic stantibus" implícita en todo contrato. Finalmente, hay un grupo importante de teóricos que pretende hallar el origen de la Teoría de la Imprevisión en la doctrina y jurisprudencia italiana y alemana del siglo XVII.

Las diversas corrientes que exponen los orígenes de la figura esconden, tras la defensa de una particular visión de la historia de la imprevisión en el Derecho de Occidente, posturas, en apariencia racionalistas, que patrocinan un acérrimo positivismo según el cual el principio rebus sic stantibus se hallaría en las raíces del Derecho Romano, pues el ius civile ofrece seguridad jurídica y certeza al momento de fallar. Otros, en oposición a esta vía, pretenden



defender una concepción del Derecho orientada a un *Ius-Naturalismo* que, bebiendo en las fuentes de la escolástica o del Derecho Internacional Público, hacían primar la equidad, la buena fe en los contratos y en general el sentido de la justicia, por encima de la legalidad. Elementos que no surgirían de una norma formal puesta, sino de un derecho natural que estaría por encima del derecho positivo, es decir, fuentes extrasistémicas.

I. ORIGENES REMOTOS DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

A. DERECHO ROMANO

Basándose en párrafos del Digesto y de las Instituciones de Justiniano, se concibe que el principio general de *pacta sunt servanda* (los pactos son para cumplirlos), según el cual las partes en un contrato se encuentran irremediablemente atadas al cumplimiento del mismo, en razón a la voluntad expresada, pues las estipulaciones realizadas válidamente por las partes son ley para ellas, encuentra una excepción en la cláusula *rebus sic stantibus*¹ (estando así las cosas, o conservando la situación de las cosas). Dicha fórmula fue utilizada como una abreviatura de la regla: «*contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*», que traducida libremente plantea algo así como: "los contratos estipulados para actos sucesivos de resultados sobre un período futuro en el tiempo deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas, o se mantengan."

La cláusula *rebus sic stantibus* (estando así las cosas, o conservando la situación de las cosas) implica que los términos de un tratado público mantienen su vigencia, en la medida en que no varíen las circunstancias de hecho bajo las cuales se negoció el acuerdo. Si dichas circunstancias de hecho cambian hay lugar a que cualquiera de las partes demande la revisión. La teoría descansaba en el principio de la buena fe contractual², la cual busca evitar que el contrato se transforme en fuente de lucro exagerado para uno de los contratantes y en una pérdida desmesurada para la otra.

B. LOS CANONISTAS (SIGLOS XII-XIV)

Durante los siglos XII al XIV aproximadamente, un grupo importante de autores, entre los que se destaca Graciano, Santo Tomás de Aquino y Juan de Andrea, condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro como algo contrario a la moral cristiana.³ Estos autores enfatizaban que la promesa emitida solo obligaba «siempre y cuando nada haya cambiado», es decir, siempre y cuando las circunstancias originales existentes al momento de la celebración del negocio se mantuvieran a lo largo de su ejecución. Se trataba de una consideración puramente moral y no jurídica, nacida de la equidad, que desarrollaba el mandato

1 "Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos. En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación. De sobrevenir un cambio importante en la situación general o en la prevista por las partes, el obligado podía resolver el negocio jurídico que le resultara en exceso oneroso. Esta cláusula se opone al principio "*pacta sunt servanda*", que obliga a cumplir en todo caso". Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo II. 28ª Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá – Zamora y Castillo. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003, pág. 169.

2 El origen histórico de la figura la predicán la mayoría de los autores en el Derecho Romano honorario, el cual adoptó el principio de la *bonae fidei* como un correctivo a la ritualidad y rigidez del sistema *quiritario*. El principio fue aplicado exclusivamente a los contratos, y buscaba corregir las injusticias que el régimen de los contratos *stricti juris* generaba. Para éste tipo de contrato el contenido de las prestaciones u obligaciones, quedaba fijado de manera precisa e irrevocable merced a las solemnidades que acompañaban el contrato. Sin embargo, esa rigidez absoluta que ofrecía certeza jurídica, en muchas ocasiones no correspondía con los dictados de la equidad y la voluntad real de las partes. Esto llevó a que los juristas mediante el derecho honorario, crearan un nuevo tipo de contratos, denominados *bonae fidei* cuya interpretación no se fundaba en las formas o solemnidades del contrato sino en el querer y voluntad de los intervinientes en la relación negocial, estos negocios no estaban sometidos a ley del contrato sino a las normas de la equidad.

3 Véase Terraza Martorrel, Juan. Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Barcelona: Editorial Bosch. 1951, pág. 72.





que prohibía la usura a expensas del otro. La regla deducida era propia del Derecho natural y no del Derecho positivo.⁴ Consideraban subentendida o implícita en todo contrato una cláusula según la cual las partes consentían en subordinar el mantenimiento de sus obligaciones a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato: la cláusula *rebus sic stantibus*.⁵

C. LOS POSGLOSADORES (SIGLOS XIV-XVI)

Fueron ellos quienes realmente estructuraron la figura y la empezaron a aplicar en las relaciones de Derecho privado. Se menciona a André Alciatus,⁶ precursor de la escuela histórica (siglo XVII), como el primero en formular una síntesis completa y fundada acerca de la materia. Bartolo, por su parte, señala que en los casos de renuncia se debe presumir la existencia de la cláusula «*rebus sic stantibus*». Baldo de Ubaldis (1327-1400), a su vez, extiende la aplicación de la cláusula a las promesas de contrato. La doctrina posterior al Digesto, en general, acepta que esta cláusula está incorporada implícitamente en todo contrato; pero, por otra parte, es aplicada en las distintas compilaciones de concilios. Exponentes de este criterio son entre otros Yáson de Mayno (1435-1519), Baldo de Ubaldis, Tiraquellus. Es tal el auge de la doctrina que incluso algunos autores de la época afirman su aplicación de manera general, lo que conduce en la práctica al abuso de la figura.⁷ Muchos incluso llegan a indicar que la cláusula *rebus sic stantibus* contiene en forma implícita principios aplicables a los contratos de tracto sucesivo tales como: «*voluntas non prorrigitur ad incogitta*», «*cesante causa effectus*», «*quae de novo emergunt novo indifent auxilio*».

D. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA DEL SIGLO XVII

Se destacan entre otros autores como el cardenal Mantica, Manocchio y Agostino Barbosa, pero principalmente Juan Bautista de Luca, quienes no solamente defienden la aplicación de la doctrina propuesta por los canonistas y posglosadores, si no que buscan fijarle claros límites para evitar los abusos que en el siglo XVI generó su aplicación. Plantean que el Juez debe modificar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, cuando estas hagan muy injusta o muy onerosa la ejecución de la obligación. Ellos aportan dos aspectos fundamentales a la estructuración de la teoría:

1. La teoría solo es aplicable a contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada, en términos de De Luca, los contratos «*Habent dependetiam de futuro*». Estos son los que involucran prestaciones sucesivas o diferidas, por cuanto resultaría un contrasentido afirmar la existencia de circunstancias extraordinarias o imprevistas o imprevisibles y sobrevinientes en contratos de ejecución instantánea, cuando las partes, en tales relaciones negociales, tienen la posibilidad de conocer claramente los hechos y circunstancias que rodean el contrato en el momento mismo de su celebración, que es coetáneo con el del cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato.

4 La escolástica, que es eminentemente *ius-naturalista*, de la cual Santo Tomás de Aquino es su más insigne representante junto a San Agustín, basaba su sistema filosófico en el clasicismo aristotélico que unía al dogmatismo propuesto por Santo Tomás la aplicación de un juicio racional, expositivo y lógico de los fenómenos observados, que propugnaba por una proyección científica general sustentada en la orientación del dogma católico de la moral cristiana basada en la ayuda mutua y la igualdad de los hombres frente a los ojos de Dios, que pugnaba radicalmente con el positivismo que excluía o negaba lo divino o trascendente para refugiarse en lo sensitivo o experimental.

5 Véase Planiol, Marcel y Ripert, George. Tratado teórico y práctico del Derecho civil francés. Tomo VI. Editorial Cultural. La Habana, 1936, pág. 552.

6 De la Maza Rivadeneira, ob. cit., pág. 2.

7 Véase Giason de Mayno (1435-1519) citado por Terraza Martorrel, Juan. Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Barcelona: Editorial Bosch, 1951, pág. 74.



2. La aplicación de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus* debe restringirse, única y exclusivamente a los eventos en que el cumplimiento del contrato en los términos originalmente pactados, genere una injusticia grave y evidente.

El problema que se plantea es como llegar a una noción clara y objetiva de lo que debe entenderse por injusto, grave y evidente, conceptos que siempre van a estar plagados de ambigüedad e indeterminación y, por ende, de excesivo subjetivismo. La jurisprudencia italiana de posguerra, con cuestionables resultados, intentará clarificar estos conceptos.

E. DOCTRINA ALEMANA Y HOLANDESA (SIGLOS XVII-XVIII)

El autor más importante y reconocido de este periodo es Hugo Grocio, quien en su obra *De jure belli ac pacis* con fundamento en los textos de Cicerón y Séneca, a los que se hizo referencia al comienzo de este ensayo⁸, concluye que la imprevisión sólo es aplicable en dos situaciones:

1. Cuando existe un defecto originario de la voluntad manifestada en el contrato, en el caso de “cesar las causas que plena y eficazmente movieron la voluntad.”⁹
2. O cuando se presentan “acontecimientos que generan un desacuerdo con la voluntad”.

Samuel Puffendorf en su obra *De jure natura et gentium* apoya la posición de Grocio y afirma que es un error considerar la existencia tácita de la cláusula *rebus sic stantibus*, en toda clase de contratos, pues ello apareja inseguridad jurídica. Concibe que las prestaciones u obligaciones derivadas del contrato, tienen siempre un enlace, una dependencia más o menos estrecha con el estado de cosas existentes al celebrarse o manifestarse la voluntad de obligarse. La imprevisión solo operará en los casos en que exista discrepancia o discordancia manifiesta entre la voluntad expresada y las circunstancias que aparecían al momento del contrato, las que son substancialmente diferentes a las vigentes al momento del cumplimiento de las prestaciones.

Es Henry Cocceji, profesor de Heidelberg, quien por primera vez aplica extensivamente la teoría a toda clase de actos jurídicos, personales o reales, de Derecho público o privado, ideando que la ley prevé expresamente su existencia y aplicación a toda clase de relaciones jurídicas. Sin embargo, rechaza la tesis que afirma que la cláusula *rebus sic stantibus* se concibe sobreentendida en todos los contratos. Esta posición es cuestionada por De Leyser quien afirma que es regla general en todo contrato la existencia de la imprevisión como eximente de responsabilidad frente al cumplimiento del contrato, así no se haya pactado. En este sentido afirma:

“(…) la alteración de las circunstancias debería ser imprevista y el fundamento de la teoría se encontraba en la necesidad de interpretar la voluntad de las partes, de interpretar el contrato. Todo contrato debería interpretarse de modo que el deudor sólo permaneciera obligado «*rebus sic stantibus*», pudiendo, por tanto, liberarse de sus obligaciones en virtud de esta cláusula implícita ante una alteración esencial de las circunstancias.”¹⁰

8 Véase “*De officis*” y “*De beneficiis*” *supra*, pag. 84 y 85.

9 *Ob. cit.*, pág. 80.

10 Citado por De la Maza Rivadeneira, *ob. cit.*, pág. 3.





Koop y J. H. Eberhard asumen una posición intermedia que parte de considerar que la cláusula rebus sic stantibus está contenida tácitamente en todo contrato. Pero Koop exceptúa los contratos aleatorios, pues, por su naturaleza, en estos no hay certeza sobre las condiciones de las prestaciones del contrato y, por ende, el equilibrio económico está sujeto al azar. Eberhard por su parte desarrolla la teoría y llega a las siguientes conclusiones:

"1. Mientras subsiste el fin principal y las circunstancias necesariamente presupuestas en la constitución del negocio, este permanece válido.

"2. Si vienen a menos circunstancias que fueron necesariamente sólo o una particular denominación del negocio, sin embargo este subsiste, pero puede solicitarse una nueva ulterior determinación.

"3. Obra la eficacia de la cláusula ipso jure, salvo que cuando esta debe obrar se concluyan actos por el interesado que presupongan la subsistencia del negocio, pero en este caso se ha hecho un nuevo acto de voluntad.

"4. La eficacia de la cláusula se extiende también a los negocios ya consumados, pero a condición de que las circunstancias que vienen a menos hubieren sido presupuestas como necesarias para la validez del negocio, según esa jamás podrá tener tal eficacia por ejemplo, el aumento del precio de la cosa vendida.

"5. El determinar la extensión de una renuncia voluntaria a la cláusula, es cuestión de interpretación de voluntad.

"6. La cláusula rebus sic stantibus no obra en forma distinta de aquella que se sobreentiende tácitamente."¹¹

II. ORIGENES CERCANOS DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

A. CONSAGRACION POSITIVA DE LA TEORIA (SIGLOS XVIII-XIX)

De ser una teoría puramente doctrinal, sustentada en los comentarios y las glosas de los autores y en esporádicas aplicaciones de los jueces, que como quedó visto consideraban existente tácitamente la cláusula Rebus Sic Stantibus en todo contrato, se pasó a la consagración de la institución de la teoría de la imprevisión, a través de normas positivas. Si bien, estas normas, racionalizaron y fijaron un claro marco de referencia para la aplicación de la figura, lo que redundó en una relativa seguridad jurídica; terminaron fosilizando y si se quiere formalizando en extremo la imprevisión. Todo ello generó una restricción en su aplicación, que a la postre llevó a su práctica eliminación dentro del sistema, pues al ser exageradamente rígidos los requisitos para que un contrato fuese objeto de revisión, los casos favorecidos por la teoría se convirtieron en excepcionales.

Cabe aquí diferenciar reglas y principios y tener presente que el método de interpretación, los alcances, la naturaleza de los casos que son resueltos y en general la dinámica de una regla jurídica es sustancialmente diferente de un principio. Si como se plantea, un principio no escrito adopta la forma de regla escrita positiva, determina que su método de aplicación e interpretación varíe, pues de un método deductivo se pasa a uno inductivo y de aplicar lógicas no monotónicas se pasa a hacer silogismo lógico, es decir, lógica formal.

11 Ob. cit., pág. 82 y 83.



Es importante hacer una distinción entre la tradición francesa y la tradición alemana, pues mientras en la primera durante el siglo XIX la teoría fue olvidada, en Alemania debido a la llamada teoría de la presuposición de Windscheid,¹² se estructuran las bases de lo que a la postre se constituyó en la moderna teoría de la imprevisión.

1. Francia

La Revolución Francesa y las tesis relativas a la preponderancia de la autonomía de la voluntad determinaron que autores como Domat, Pothier,¹³ etc. no mencionaran la teoría en ninguno de sus tratados, pero igualmente el Código de Napoleón, que se sustentó en las formulaciones teóricas de los autores citados, desconoció por completo la figura y privilegió el principio general de la fuerza del contrato por ser ley para las partes.

La jurisprudencia y la doctrina francesas mantuvieron una posición rígida de aplicación de la regla del artículo 1134 del Code Civil según la cual el contrato tenía fuerza de ley entre los contratantes, los vinculaba irremediamente y no existía medio alguno para alterar lo que la voluntad recíproca había fijado. Esto explica por qué en la tradición romano-germánica y en los países de aplicación de Derecho continental con fuerte influencia francesa, caso de Colombia, la introducción de la figura ha sido particularmente caótica y de difícil recepción. Si la norma no era preexistente al caso a fallar, se hacía imposible para el juez desarrollar un silogismo jurídico. Esto en la práctica implicaba que el Juez al apartarse del rígido silogismo jurídico, terminaba creando Derecho. De aquí que Lópera Vargas concluya:

“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 éstos que presidieron la elaboración de aquellos códigos.”¹⁴

Solo a partir de la Primera Guerra Mundial, frente a la necesidad de resolver situaciones originadas en la guerra, que desde el punto de vista de la equidad generaban repulsa a la aplicación de las soluciones previstas en el Código Civil, soluciones claramente injustas, motivaron que la tesis de la autonomía de la voluntad y la preponderancia del principio *pacta sunt servanda* entrara en decadencia y comenzara a ser reemplazado por el otrora principio *rebus sic stantibus*, olvidado en los anaqueles de la historia. Inicialmente, la doctrina y la jurisprudencia francesas toman como fundamento las reglas de los artículos 1147 y 1148, según los cuales la indemnización de daños y perjuicios no procede cuando el deudor pruebe que el incumplimiento se funda en una “causa extraordinaria que no le puede ser imputada” o que le resulte imposible el cumplimiento a consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito (par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit).

12 Windscheid entendía por «presuposición» una limitación de la voluntad, exteriorizada en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez sólo para el caso, que el declarante considera cierto y, por tanto, no puso como «condición» (en sentido técnico-jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia. Si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera. La presuposición es, por consiguiente, una condición no desenvuelta y, al igual que la condición típica, una “auto limitación de la voluntad”, no de la voluntad efectiva, conciente, sino de la voluntad verdadera. Véase Larenz, Karl. “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez”. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 21.

13 Pothier guía de los redactores del código expresa: “(...)el efecto de los contratos es crear entre las partes cierta situación jurídica y por tanto dar nacimiento a Derechos u obligaciones concurriendo requisitos o condiciones que la ley exige para la existencia y validez del acto o declaración de voluntad que constituye el contrato, éste existe y produce sus efectos entre las partes” “el contrato pasa a ser una ley obligatoria para los contratantes; tiene entre ellos la fuerza de una ley, como si el mismo legislador la hubiese dictada”. Citado por Rodríguez, María del Rosario. “La teoría de la imprevisión”. Temas Jurídicos N° 6. Revista de investigación y análisis del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, D. C., 1993, pág. 92.

14 Lopera Vargas, Octavio. La teoría de la imprevisión. Tesis de Grado. Medellín: Universidad de Antioquia. 1967, pág. 307.





Posteriormente, en enero de 1918 y frente a la crisis de los contratos originada en el incumplimiento de una gran mayoría de las relaciones negociales originadas con anterioridad a la Primera Guerra mundial, se promulga la Ley Faillot, por la cual los contratos mercantiles celebrados antes del primero de agosto de 1914 podían resolverse cuando el cumplimiento ocasionase a una parte daños o perjuicios desproporcionados. Esta ley tuvo una vigencia temporal limitada, pero abrió la puerta al debate y la aplicación posterior de la tesis de la teoría de la imprevisión.

2. Alemania

La doctrina alemana en cambio mucho más racionalista y abierta a aplicaciones revolucionarias, ensaya construcciones de sistemas acerca de la naturaleza de la imprevisión, de sus fundamentos, efectos y alcances, y partiendo de las exposiciones de los tratadistas de Derecho Internacional Público, principalmente, Grocio y Puffendorf, ya citados, proyecta la aplicación de estas tesis al campo del Derecho privado, y concretamente a la regulación del régimen de las obligaciones y los contratos.

Así encontramos la primera aplicación positiva de la teoría en el Código Civil bávaro de 1750 llamado Codees Maximilianeus, que señala en su artículo 12 Título IV, capítulo 15:

“Cuando (...) 3. todos los vínculos incluyan tácitamente en sí la cláusula rebus sic stantibus, estos resultarán inválidos por el cambio de la cosa acordada en la obligación siempre y cuando se realicen los siguientes requisitos: 1. que el cambio no sea originado por mora o culpa Aut Facto Debitoris; 2. que no sea fácil de prever; 3. que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiese sabido antes según la opinión desinteresada y honesta de las personas inteligentes no se habría obligado, procediendo en estas circunstancias a considerar según la apreciación jurídica, si la obligación debe ser disuelta o solamente reducida en proporción del advenimiento.”¹⁵

Posteriormente, el Código Civil prusiano de 1794 en su artículo 355 establece:

“Fuera de los casos de una efectiva imposibilidad del incumplimiento de un contrato, no puede ser éste recusado por el cambio de circunstancias; en el frag. 378. Si por un cambio imprevisto resulta imposible alcanzar el fin que se han propuesto ambas partes expresamente declarado que resulta de la naturaleza del negocio, puede cada una de ellas desistir de aquella parte del negocio que todavía no se haya cumplido.”¹⁶

En un sentido muy similar se pronuncia el Código Civil austriaco de 1812 en su artículo 901, el que reza del siguiente tenor:

“Si las partes han elevado a condición expresamente el motivo o el fin de su acuerdo, este será considerado al igual que cualquier otra condición. Fuera de esta hipótesis, las expresiones de esta naturaleza no ejercitan ninguna influencia sobre la validez de los contratos onerosos.”¹⁷

15 Citado por Terraza Martorrel, Juan., ob. cit. pág. 84.

16 Citado por Terraza Martorrel, Juan., ob. cit., pág. 84.

17 Citado por Terraza Martorrel, Juan., ob. cit., pág. 84.



Observemos cómo la regla general expresada es la de aplicación a tabla rasa del contrato, esto por cuanto el contrato es entendido como Ley para las partes. Sin embargo, excepcionalmente se admite que cuando la finalidad del contrato no se obtenga, por razones ajenas a la voluntad de los contratantes, este hecho permite que los intervinientes en la relación negocial incumplan las prestaciones acordadas y puedan demandar la revisión del contrato. Teóricamente la figura resulta razonable y entendible y de aparente fácil aplicación; pero en la práctica se torna compleja y subjetiva, pues no siempre es fácil deducir la finalidad que cada una de las partes tiene del contrato. Esto conduce a que se planteen dos grupos de teóricos muy definidos:

a. Los sicólogos¹⁸

Encabezados por Winsched, Oerthmann y Lenel defienden la tesis de la representación mental del negocio jurídico a contratar, según la cual una representación, hipotética, psicológica si se quiere, de una parte, interpreta que las circunstancias generales existentes al momento de contratar persistirán, o que no se producirá un determinado acontecimiento, sino en general cualquier acontecimiento inesperado el que es suficiente para constituir la base del negocio. Al cambiar las circunstancias varía la representación y por ende la base del negocio.

b. La postura objetiva

Los autores Kaufmann y Krückmann conciben la cláusula *rebus sic stantibus* como una "reserva virtual" lógico-inmanente a la declaración de voluntad, según la cual en todo contrato existe siempre una "finalidad esencial" que se traduce prácticamente en la llamada "voluntad eficaz", que difiere de la "voluntad empírica", pues solo a través de la primera se puede obtener la finalidad esencial. La variación de las circunstancias vigentes al momento de la manifestación de voluntad que crea el contrato, frente a circunstancias más gravosas o exigentes al momento de la prestación, implica que la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación se rompa, colocando a una de las partes en una situación de notable desequilibrio económico, de una mayor carga o peso para lograr la finalidad esencial lo que hace que un tercero, el Juez, deba entrar a regular equitativamente las cargas impuestas con ocasión del contrato.

Larenz,¹⁹ pese a lo anterior, afirma enfáticamente:

"(...) la doctrina de la cláusula, al parecer a causa de su generalidad e indeterminación, cayó en descrédito en la literatura jurídica a fines del siglo XVIII. No adquirió nueva validez en la época de las guerras napoleónicas y del bloqueo continental, ni a consecuencia de los trastornos de las guerras de la revolución y de la disolución del primer imperio alemán. Al parecer la «Escuela histórica del Derecho» con su alejamiento del *usus modernus* y su aversión por el Derecho natural, la ciencia jurídica alemana deja de preocuparse de este problema. Esta doctrina no es recogida en el *System des römischen Rechts* de Savigny, ni en la mayoría de los tratados de *pandectas* del siglo XIX".

B. LOS CASOS JURISPRUDENCIALES

Frente a la dificultad de adecuación estricta de las reglas positivas que regulan la figura, esto en los países que osadamente la consagran, o peor aún, la inexistencia radical y obtusa de norma positiva en los países que como Francia vienen de una tradición que proyecta una franca repulsa a la positivización de la imprevisión; es la jurisprudencia de las altas Cortes la que en casos excepcionales termina reconociendo la existencia de la figura. Veamos:

¹⁸ Véase Larenz, Karl., ob. cit. pág. 29.

¹⁹ Larenz, Karl. Ob. cit., pág. 28.





1. Los casos de la guerra o "war cases"

La guerra como fenómeno generador de caos, muerte y destrucción, por regla general tiende a producir adicionalmente un desbarajuste económico y financiero que, unido al desorden social, afecta de manera directa las relaciones contractuales, en tanto y en cuanto coloca a las partes inmersas en una relación negocial en posiciones que hacen sumamente gravoso el cumplimiento de los contratos, o por lo menos coloca a una de ellas en serio riesgo de incumplir.²⁰

En Europa, durante el periodo de posguerra, esta situación se hizo frecuente y llevó a que muchos deudores solicitaran ante los jueces la revisión de las consecuencias del incumplimiento del contrato. La gran mayoría de estos demandantes sostuvieron como argumento la ocurrencia de la guerra francesa de 1848 y la posterior de 1856. Esto llevó a que los tribunales franceses y belgas tuviesen que pronunciarse sobre el punto, y fundamentalmente determinar si dicha excusa era suficiente para justificar el incumplimiento o, en el mejor de los casos, ordenar la revisión del contrato para buscar que el juez coloque a las partes en una situación de equilibrio económico similar a la que existía al momento de la celebración del contrato, es decir, antes de la guerra.

El fundamento teórico de los demandantes se basaba esencialmente en la equidad y la buena fe contractual. En similares circunstancias se pronunciaron los tribunales belgas en dos importantes fallos de la segunda década del siglo XX; veamos:

El primer caso, data de febrero 14 de 1917 dictado por el Tribunal de comercio de Lieja que declaró que un contrato de compraventa de mercaderías requisadas, en donde el vendedor para poder cumplir la entrega estaba forzado a adquirir las mercancías a un mayor precio que el que existía al momento de la celebración del negocio, mayor precio originado en la guerra, debía revisarse. El tribunal lo absolvió de tal prestación pues consideró que obligarlo a cumplir sería contrario a la equidad y a la intención evidente de las partes, ya que el vendedor de buena fe y sin haberse hecho culpable de falta alguna se encontraba en imposibilidad de comprar las mercancías en las circunstancias de precio vigentes al momento del pago.

El segundo caso corresponde al 28 de abril de 1920 y fue fallado por el mismo Tribunal de Lieja, el cual afirmó que el Derecho común permite al Juez decidir que las partes han contratado bajo reserva de la cláusula rebus sic stantibus; es decir, que se considera implícita la cláusula en todo contrato y por ende siempre que se den las circunstancias de variación de las condiciones originales del negocio, suscitadas en hechos extraordinarios, imprevisibles e imprevistos y sobrevinientes.

2. El caso del canal Craponne

Este caso se refiere a un fallo pronunciado por el Tribunal de Aix de 1874,²¹ por medio del cual se resolvió el conflicto suscitado entre los dueños del Canal construido por el Ingeniero Craponne en el siglo XVII y los propietarios de los terrenos de los predios beneficiarios del regadío de dicho canal. El original dueño del canal, al construirlo, pactó una servidumbre

²⁰ Al respecto Ripert y Boulanger señalan: "(...) Estado de la guerra. La guerra puede crear imposibilidades de cumplimiento que son casos de fuerza mayor (Rabat, 20 de enero de 1945, S. 1947. 2. 41, nota PÁG. L. R.), como por ejemplo, la destrucción de un inmueble arrendado, mercaderías que deben ser entregadas, títulos confiados a un banco en depósito. Por otra parte, el trastorno aportado por la guerra a las relaciones económicas suscita tales dificultades de cumplimiento de los contratos concluidos con anterioridad, que los deudores tratan de liberarse invocando la causa de la fuerza mayor. La jurisprudencia se ha negado a admitir que el estado de guerra pueda por sí mismo constituir un caso de fuerza mayor y ha exigido con razón que el deudor establezca haberse encontrado en la imposibilidad absoluta de cumplir a causa de la guerra. Ahora bien, la mayor parte de las veces hay simplemente dificultad de cumplimiento y no imposibilidad. Esa dificultad de cumplimiento, debida a la escasez de materias primas, a la falta de mano de obra, a las medidas legales que entorpecen la producción y el transporte, no pueden ser considerada como un caso de fuerza mayor". Ripert, George y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Las obligaciones Tomo I (primera parte). Traducción de Delia García Daireaux. La Ley S. A. Buenos Aires: Editora e Impresora, 1964, pág. 483.

²¹ Véase Lopera Vargas, Octavio. Ob. cit., pág. 308.



por 160 años a favor de los predios adyacentes al canal quienes pagarían al propietario y sus herederos un canon periódico y fijo. El transcurso del tiempo y fundamentalmente los sucesos de la guerra franco-alemana de 1870 determinaron que el canon original resultara prácticamente irrisorio,²² situación que motivó a los herederos del propietario del canal a demandar la revisión del contrato buscando se ordenara el aumento del canon. El tribunal de Aix estudió el caso y llegó a la conclusión de que la petición formulada por el demandante, era justa y equitativa, pese a existir un acuerdo contractual previo; pues sostuvo que en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica, las prestaciones se cumplen a lo largo del tiempo, y en esa medida las circunstancias originales que dieron lugar a los acuerdos pactados pueden variar, de forma tal que el equilibrio prestacional se pierda. En tales eventos el Juez está llamado a buscar ajustar el contrato a las nuevas realidades sobrevinientes, equilibrando con fundamento en la equidad las prestaciones de las partes.

Sin embargo, por la inseguridad jurídica que en criterio de muchos tratadistas esta tesis generaba, la Corte de Casación Francesa en Sentencia de 1876 revocó el fallo del Tribunal de Aix sustentándolo en la fuerza vinculante del contrato y su intangibilidad. Comentando el caso Larenz afirma:

“El Tribunal de Casación mantuvo su postura negativa frente a la **Cláusula Rebus Sic Stantibus** incluso cuando bajo el influjo de las perturbaciones económicas de la Primera Guerra Mundial muchos tribunales inferiores se inclinaban a evadirse un tanto de la rigurosidad del principio. Tampoco intentó, por ejemplo, favorecer al deudor mediante una reducción de las prestaciones a él exigibles o mediante una interpretación extensiva del concepto de «fuerza mayor» (une conception plus large de force majeure)”²³

3. Los casos jurisprudenciales ingleses

En un comienzo la jurisprudencia inglesa fue radical en negar cualquier modificación a las obligaciones derivadas del contrato, partiendo del concepto de la fuerza vinculante originada en el consentimiento, la cual se convertía en ley para las partes. Ni siquiera la fuerza mayor era admitida como eximente de responsabilidad frente al incumplimiento. Al respecto Larenz manifiesta:

“El «deudor», para expresarnos conforme a nuestra terminología jurídica, debía responder de todas las circunstancias (incluso las fortuitas) respecto de las cuales su responsabilidad no estuviese expresamente excluida en el contrato. Todo incumplimiento producía, como breach of contract, el deber de indemnizar daños y perjuicios. Todavía hoy es ajeno al Derecho contractual inglés el «principio de la culpa», para nosotros tan evidente”²⁴

a. El caso Paradine vs. Jane.²⁵

22 Ripert y Boulanger. Ob. cit., pág. 294 comentando el caso manifiestan: “La Corte de Casación, en el célebre asunto del canal de Craponne, decidió que un canon de riego de tres sueldos fijados en el siglo XVI no era susceptible de ninguna modificación, a pesar de haber aumentado considerablemente los gastos de mantenimiento del canal (Civ., 6 de marzo de 1876, D. 76. 1. 103). Puede por lo tanto decirse en tesis general que una obligación debe ser cumplida de acuerdo con los términos mismos del contrato, sin que puedan ser tenidas en cuenta las variaciones posteriores del mismo.”

23 Véase Larenz, Karl. ob. cit., pág. 113.

24 Larenz, Karl. ob. cit., pág. 119.

25 Larenz, Karl. ob. cit., pág. 119.





Solo hasta 1647 con el caso *Paradine vs. Jane* se entra a reconocer la posibilidad de la fuerza mayor como causa absoluta de incumplimiento. El príncipe Rupin invadió los terrenos que Jane mantenía en calidad de arrendatario y terminó poseyéndolos en razón del Derecho de conquista. *Paradine*, propietario de los terrenos, demandó ante la Corte a *Jane* para que le cancelara los cánones arrendados y, por ende, exigió el cumplimiento pleno del contrato. La Corte, al entrar a resolver el asunto, efectuó una distinción entre la fuerza mayor como eximente de responsabilidad en los casos de obligaciones reguladas por la ley y los casos de obligaciones reguladas por el contrato, concluyendo que solo operaba en los casos de obligaciones legales, razón por la cual falló a favor de *Paradine* obligando a *Jane* a cumplir el contrato. El Tribunal consideró que el deudor es responsable, a falta de cláusula contractual de exoneración de responsabilidad, de cualquier caso fortuito, puesto que de no haberlo querido así, hubiese podido hacer una reserva en el contrato mediante cláusula expresa. Cualquier riesgo no exceptuado expresamente de responsabilidad (excepted risk) se considera comprendido en la garantía otorgada.

b. El caso *Taylor vs. Cadwell*

En 1863 el Juez *Blackburn* se aparta de la jurisprudencia atrás bosquejada y al resolver el caso *Taylor vs. Cadwell* reconoce como eximente de responsabilidad aquellos comportamientos límites con la fuerza mayor. *Taylor*, un promotor de espectáculos, alquiló una sala de conciertos de propiedad de *Cadwell*, organizó y publicitó un espectáculo vendiendo boletas, espectáculo que no pudo realizarse porque poco antes de la fecha del concierto programado la sala fue destruida por el fuego. *Taylor* demandó a *Cadwell* para que este le indemnizara los daños y perjuicios ocasionados en razón de la no realización del concierto, todo en aplicación de la jurisprudencia tradicional (excepted risk) que determinaba la obligación de cumplir estrictamente el contrato. El Juez *Blackburn*, al estudiar el caso, encontró que *Cadwell* no podría ser responsabilizado, toda vez que dentro del contrato había implícita una condición, según la cual las partes estaban excusadas si ocurría un caso ajeno a la voluntad de las partes, que hacía imposible persistir en el contrato.

c. El caso *Appleby vs. Myers*²⁶

Unos cuantos años después del caso *Taylor vs. Caldwell*, en 1867, se falla el caso *Appleby vs. Myers* en donde el demandante se había obligado a realizar unas obras en un edificio de propiedad del demandado, obras que incluían adicionalmente la instalación de unas máquinas, para lo cual las partes pactaron un precio unitario por toda la obra. Mientras se ejecutaban las obras en el edificio, este fue presa de un incendio que lo destruyó en su totalidad y con él las máquinas y los materiales dispuestos para la instalación. El tribunal, para resolver el asunto, consideró la viabilidad de la obra y la instalación de las máquinas por parte del demandante, si el edificio no se encontraba permanentemente, a lo largo de la ejecución del contrato, en disposición para cumplir dicha obligación. Distinguió si la falta de adecuación material del edificio era originada por culpa del demandado, o se trataba de un hecho ajeno a este, llegando a la conclusión que en el primer caso el demandado debería responder por los perjuicios infligidos al demandante, pagando los honorarios pactados en el contrato, o por lo menos el valor de las obras ejecutadas hasta el momento en que el edificio se hizo inviable para realizar las obras contratadas. En el segundo evento consideró el tribunal que no existía culpa del demandado, pero tampoco del demandante, y que por ende ambos se hallaban en una situación de caso fortuito (a misfortune), evento en el cual ambas partes estaban liberadas de sus obligaciones y por ende no se podía condenar a reparación alguna a ninguno de los litigantes. La determinación del Juez se sustentó en la desaparición de la base del contrato que implica que desaparezca el deber a las prestaciones derivadas del contrato y de esta regla dedujo el tribunal que en el caso narrado no había lugar a reparaciones mutuas.

²⁶ Véase *Larenz, Karl. Ob. cit., pág. 122.*



d. Los casos de la coronación

Son quizá la base jurisprudencial más rica y la más estudiada por la mayoría de los doctrinantes ingleses que han escrito respecto a la imprevisión. Se originan en la sucesión al trono de Eduardo VII en el año 1900 luego del fallecimiento de la reina Victoria que había reinado por 64 años. Dentro de los festejos previstos para la Coronación, el desfile y la revista naval constituían los actos centrales, los que se realizarían a lo largo del Támesis y por la ruta que conduce desde la Catedral de Westminster y la Torre de Londres hasta Buckingham Palace. Los ingleses tenían enorme expectativa por observar el desfile y por ello se dieron a la tarea de contratar mediante arrendamiento, los balcones, ventanas, sillas, locales, etc., dispuestos a lo largo de la ruta del desfile, así como fletar barcos para contemplar la revista naval. La repentina enfermedad del nuevo rey obligó a que se suspendieran las celebraciones, y como la mayoría de los arrendatarios ya habían pagado la totalidad o una buena parte del valor de los alquileres, e incluso muchos habían arrendado casas completas y luego las habían subarrendado, se generó una cascada de demandas buscando la devolución de los dineros y la indemnización de perjuicios. Entre los casos más paradigmáticos podemos citar los siguientes:

e. El caso Chander vs. Webster.²⁷

El demandante había alquilado y pagado por anticipado prácticamente la totalidad de la renta, para el día del desfile de coronación, de una habitación desde la cual podía contemplarse el paso del nuevo rey en forma privilegiada. El actor solicitaba la devolución de su dinero como consecuencia de la no realización del desfile. El tribunal falló el caso a favor del demandado, ordenando que el demandante cancelara el saldo pendiente del canon de arrendamiento pactado, pues consideró que en este asunto tan solo dejan de deberse las prestaciones exigibles después de la producción del acontecimiento que motivó la desaparición de la base del contrato, quedando por ende subsistentes los deberes de prestación que habían de cumplirse con anterioridad. Para el tribunal y en general para los jueces ingleses, solo puede hablarse de base del negocio en sentido subjetivo, cuando ambas partes se han dejado guiar, al celebrar el contrato, por una errónea representación mental o expectativa, pero no cuando una parte celebró y podía celebrar el contrato sin esta presuposición. Esta posición fue reiterada en los casos Krell vs. Henry, Clarck vs. Lindsley y Blackey vs. Muller.

Otro tipo de casos, en apariencia similares, pues los hechos tenían sustento en el desfile de coronación, tenían que ver con el alquiler de barcos y en general naves para observar la revista naval. Se cita como caso paradigmático el de Herne Bay Co. vs. Hutton,²⁸ en donde el propietario del barco había demandado a un empresario que alquiló el barco para la fecha de la coronación, con el objeto de vender puestos en la cubierta del barco. En este caso, el Juez falló a favor del demandante, considerando que la suspensión de la revista caía dentro del riesgo que el empresario debería soportar. Aquí el tribunal consideró que el propietario del barco lo alquilaba con frecuencia, no importándole el fin determinado para el que lo quería usar la otra parte, de manera que la celebración de la revista no era, la base del contrato (basis). Aquí simplemente lo que se ha producido es la frustración del motivo del contrato, frustración que afecta exclusivamente a una de las partes (merely the motive or inducement to one party). La distinción que la jurisprudencia inglesa hace entre la teoría de la base objetiva del contrato (basis) y la frustración del fin subjetivo (frustration),²⁹ es trascendente, en la medida en que

27 Véase Larenz, Karl. Ob. cit., pág. 122.

28 Véase Larenz, Karl. Ob. cit., pág. 126.

29 "En los Estados Unidos el término 'frustración' se encuentra limitado a situaciones donde es posible ejecutar un contrato, pero la ejecución sería un absurdo. La ilustración usual es una licencia para el uso de un apartamento con el fin de observar la procesión de coronación del Rey Eduardo VII. Aunque la coronación fue pospuesta debido a la enfermedad del rey, aún era posible que el concesionario pagara por el uso del apartamento y que el concedente de la licencia suministrara el apartamento, sin embargo, el supuesto básico de las partes no ocurrió. Por lo tanto, el propósito del contrato había "fracasado" totalmente, y el contrato fue liquidado. En Inglaterra, el término "frustración" se utiliza para comprender los eventos de imposibilidad de ejecución así como los casos descritos en la ilustración anterior. A continuación, seguiré el uso





la auténtica imprevisión, por lo menos tal y como la comprendemos en la escuela de Derecho latino-germánico o de Derecho Continental, correspondería a la pérdida de la base objetiva del contrato, pues dicha base afecta el equilibrio prestacional y los intereses mutuos de las partes contratantes, en tanto que la frustration solo se predica para una de las partes, y constituye apenas una condición de impedimento siempre y cuando se haya pactado expresamente en el contrato. Tal distinción es muy clara en el caso *Horlock vs. Beal* ocurrido al inicio de la Primera Guerra Mundial. Un barco inglés fue incautado en Hamburgo al estallar la guerra el 4 de agosto de 1914, lo que impidió que cumpliera con el transporte de la carga fletada. El armador del barco sustentó su incumplimiento, para exonerarse de las indemnizaciones por las que era demandado en Inglaterra, argumentando la imposibilidad absoluta de cumplir el contrato con ocasión de la guerra, en la medida en que habiéndose iniciado el 4 de agosto el conflicto mundial, cualquier realización de comercio resultaba frustrada e imposible. Se trata indudablemente de un caso de fuerza mayor, que no impedía la realización del contrato en forma absoluta, pero sí dilataba su cumplimiento o lo retardaba por lo menos durante el transcurso de la guerra. Esta teoría es conocida como “frustración de la aventura”³⁰ y sostiene que acontecimientos imprevistos o imprevisibles sobrevivientes producen un retardo insólito que autoriza la rescisión del contrato, ya que se considera que como consecuencia de ese retardo la especulación buscada o esperada por las partes –aventura– ha quedado desvirtuada, burlada, frustrada.³¹ La separación entre los casos de fuerza mayor-caso fortuito y la frustración tiene que ver con la naturaleza del impedimento, pues en la primera situación, los hechos generadores imposibilitan de forma absoluta el cumplimiento del contrato, en tanto que en la segunda, la imposibilidad de cumplimiento es relativa. Sin embargo, la teoría de la frustración no permite de manera nítida hacer esta distinción, y solo a partir del siglo XX con los casos de posguerra se puede establecer en la moderna teoría de la imprevisión tal diferencia.

Sin embargo, es interesante considerar cómo, modernamente, en situaciones como las de la inflación o la devaluación de la moneda, causantes de desequilibrio, el Derecho inglés no ha admitido que se pueda aplicar la «frustración». A título de ejemplo se pueden citar los casos *British Movietonews Ltd. Vs. London and District Cienmas, Tsakiroglou & Co. Vs. Noble Thorl GmbH, Stanforshire Area Health Authority Vs. South Stanffordshire Waterworks Co. , Wates Ltd. Vs.G.L.C.*³² la misma orientación se ha presentado en casos de notable desequilibrio económico sobreviniente como los relativos al cierre del Canal del Suez entre 1956 y 1967 originados en la guerra entre judíos y árabes, eventos en los cuales los transportadores ingleses tuvieron que utilizar como vía de transporte el Cabo de Buena Esperanza, ruta que implicaba una navegación del doble de la usual por el canal del Suez. Pese a ello los tribunales ingleses consideraron que tal hecho no era suficiente para deducir una frustración del contrato.

Sobre dicha teórica se pronuncia el profesor Joseph M. Perillo, profesor de la escuela de leyes de la Universidad de Fordham en los siguientes términos:

“La doctrina tradicional en los sistemas del Common Law y del Derecho civil han respaldado firmemente la doctrina *pacta sunt servanda* – los acuerdos deben mantenerse así el cielo se caiga–. Las principales excepciones a los sistemas de

americano que separa los casos de Imposibilidad de los casos de “Frustración”. Perillo, Joseph M. *Fuerza Mayor e Imprevisión de los Contratos Comerciales Internacionales* bajo los principios de Unidroit. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Verano, 1997. 5 *Tul. J. Int’l & CompPág.* L. 5. Versión libre en español de Miguel García Durán.

30 “Lo que en nuestro sistema conocemos como imposibilidad física o jurídica de la prestación se engloba en lo que el Common Law denomina «frustración» del contrato (...). En la doctrina de la frustration también se incluyen supuestos que van más allá de la imposibilidad física o jurídica de la prestación y que en el Civil Law determinan la aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* o de la teoría de la base del negocio, si bien con carácter más limitado que en nuestro sistema” Clemente Meoro, Mario E. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pág. 457.

31 Véase Cardini, Osvaldo. *La teoría de la imprevisión*. Tesis de Grado. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1937, pág. 105.

32 Véase Clemente Meoro, Mario E., *ob. cit.*, pág. 458.

Derecho civil y de Common Law son las doctrinas de imposibilidad de ejecución, llamada en ocasiones “Fuerza Mayor” y de “Frustración de la Empresa”. En varios sistemas esta doctrina tradicional continúa recibiendo un gran apoyo, y la liberación por imprevisión se encuentra limitada por estas dos doctrinas. “Si la ejecución se hace imposible por fuerza mayor y el contrato se extingue o si la ejecución es imposible y el contrato tiene que ser reformado, a cualquier costo.” En otros, la imprevisión proporciona un terreno adicional para liberarse de un contrato o para adaptarlo a las circunstancias modificadas.

“La regla tradicional es que la imprevisión, lejos de la imposibilidad, no es excusa para la inejecución del contrato, y la norma escrita que suministra el soporte a la imprevisión, no es la única solución utilizada en los sistemas jurídicos. Los Estados Unidos vacilan alrededor de una doctrina vagamente definida de impracticabilidad. Francia rechaza la liberación por imprevisión para los contratos del sector privado, pero otorga la liberación bajo la doctrina de la imprevisión (lo imprevisto) en los tribunales administrativos para la imprevisión sobreviniente en la ejecución de contratos gubernamentales.

“Inglaterra firmemente reclama el establecimiento de una regla tradicional: “Un contrato solo será [liberado] si la sustancia de este se ha vuelto imposible o ilegal, o si el propósito comercial ha sido destruido completamente.” Consideraremos el caso de Staffordshire Area Health Authority contra South Staffordshire Waterworks Co. Una compañía purificadora de agua ha acordado suministrar a un hospital “todo el tiempo en lo sucesivo” su demanda de agua a precios fijos. Décadas más tarde, los otros contribuyentes estuvieron pagando un precio que fue multiplicado por 18 veces en relación con los precios acordados con el hospital. El proveedor anunció la terminación del contrato siete meses después. La Corte de Apelaciones sostuvo que el aviso efectivamente daba terminación al contrato. Uno de los tres jueces, Lord Denning M. R. sostuvo que incluso si el contrato había sido de duración perpetua, el contrato debía liberarse sobre la base de la variación de las circunstancias aunque esta línea de razonamiento había sido desaprobada por la House of Lords en British Movietone News Ltd. contra London District Cinemas. Los otros dos jueces tomaron el camino de la interpretación del contrato como uno de duración indefinida y, por lo tanto liquidable a raíz de un aviso razonable. No obstante, este enfoque, no puede ser acogido en Inglaterra cuando el contrato tiene un período de duración definido que no puede ser interpretado más allá del mismo. Bélgica también se adhiere a la doctrina tradicional; reconociendo a la fuerza mayor como excusa, pero sin permitir nunca la revisión del contrato para los casos de imprevisión. Ya otras doctrinas han sido empleadas ocasionalmente para compensar la imprevisión, y la fuerza mayor ha sido encontrada donde la ejecución era posible pero extremadamente costosa. La interpretación forzada también ha sido empleada para resarcir la imprevisión. La Convención sobre la Venta Internacional de Bienes (Convención o CISG) ha permanecido en silencio sobre el problema de la imprevisión. Por lo tanto, los principios de Unidroit pueden ser usados para complementar la Convención...”³³





En general, se puede afirmar que en el Derecho Anglosajón a pesar de la fuerte presencia de la autonomía de la voluntad, de la cual se desprende el concepto de que los desequilibrios no son suficientes para conducir a la invalidación de los contratos;³⁴ sin embargo, a través de la jurisprudencia se reconoce³⁵ que hay contrato irrazonable cuando concurren la enorme diferencia en el poder de negociación y el grosero desequilibrio de las prestaciones. Caso en el cual es válida la revisión de los contratos.³⁶

III. LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN EL SIGLO XX

La primera Guerra Mundial, la aparición en Francia de la teoría del servicio público como base del Derecho Administrativo, unido a los importantes fallos del Consejo de Estado, la depresión de los años 30 en Estados Unidos, la Segunda Guerra Mundial y la depresión de posguerra fueron todos fenómenos que determinaron una vuelta a la teoría de la imprevisión con novedosas aristas y una concepción más radical de los antecedentes doctrinales, normativos y jurisprudenciales vistos en los acápites anteriores.

A. LOS "WAR CASES" FRANCESES DE 1914

Se los describe por la doctrina de esta manera, para diferenciarlos de los casos originados en la Guerra Franco-Alemana de 1848 y 1856. Son casos muy variados, pero en los que el elemento común es la influencia de la I Guerra Mundial frente a la necesidad del cumplimiento de los contratos.

Un primer caso es el del sastre de París,³⁷ un cortador que trabajaba para un famoso sastre modelista de París, quien le pagaba 350 francos al mes. El Sastre modelista decidió prescindir temporalmente de los servicios del cortador, pues la clientela había disminuido considerablemente en razón de la guerra. El cortador no estuvo de acuerdo y demandó a su patrón ante el tribunal alegando incumplimiento del contrato y solicitando una indemnización de 350 francos, sustentando su posición en el hecho de que la guerra no configuraba una fuerza mayor que eximiera al contratante del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. El tribunal consideró que en el caso presente la imprevisión eliminaba la obligatoriedad del vínculo contractual, pues los presupuestos existentes al momento de celebrarse el contrato habían variado considerablemente al momento de exigir el cumplimiento estricto de las obligaciones derivadas del contrato. Entendió el tribunal que no tenía derecho alguno el cortador para demandar la indemnización ni la continuidad del contrato y, por ende, desestimó de plano sus pretensiones. Los argumentos propuestos fueron de índole moral y ética, y no estrictamente jurídica, por lo que el fallo fue objeto de mucha crítica entre los juristas más conservadores.

Durante la Primera Guerra Mundial los tribunales franceses condenaron a arrendatarios de teatros, cines, etc., al pago de la renta íntegra, aun cuando estos no podían proporcionar a consecuencia de la guerra los beneficios esperados. Igualmente, es célebre el caso de los arriendos de ganado mediante pago en especie o "cheptel" (Casación Civil de 6 de junio de 1921, D. 1921. I. 193, s. 1921. I. 193; Casación Civil, 16 de mayo de 1922, D. 1922. I. 130)³⁸ en donde el tribunal reconoció el derecho al demandante de pedir la revisión del contrato, esto

34 Ver la compilación Restatemente Second on contracts, sección 208, comentarios C- y D-.

35 *Ibidem*, secciones 208 y 364.

36 Ver los siguientes casos: New Jersey Supreme Ct., "Ellsworth Dobbs, Inc. v. Jhonson", Nj, t. 50, p. 72; New Jersey District Ct., "Toker v. Westeman", "NJ Sup", t. 113, p. 452; Leff, Unconscionability and the Code, en "University of Passadena Law Review", t. 115, p. 485-487. US Supreme Ct., "Post v. Jones", 1856, US, t. 60, p. 150; New Jersey Suprema Ct., "Shell oil Co. v. Marinello", 1973, NY, t. 63, p. 307 (apelación rechazada por US Supreme Ct.). Rossen, Law and inflation, pág.101.

37 Véase Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel Ignacio. La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil Colombiano. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Radar. Bogotá, 1992, pág. 25.

38 Ripert y Boulanger. Ob. cit., pág. 298.



por cuanto se presentó un desequilibrio debido a las variaciones de valor de las prestaciones a cargo del demandante, a quien el cumplimiento le implicaba una situación desastrosa cercana a la ruina. Es importante recalcar que aquí el tribunal hizo una notable distinción entre la noción de depreciación monetaria, y los eventos de incumplimiento del contrato porque las circunstancias vigentes al momento de la celebración del contrato variaron al momento de su cumplimiento. La revisión del contrato es exigida en realidad, no por causa de imprevisión, sino porque el equilibrio de las prestaciones que existía el día de la conclusión del contrato se encuentra roto en el curso de su cumplimiento. Hay una lesión posterior al contrato. En ese orden de ideas, poco importa que las partes hayan o no previsto la lesión. Ripert y Boulanger afirman:

“Parece pues imposible vulnerar la fuerza obligatoria del contrato bajo el pretexto de que las obligaciones estipuladas se encuentran, por efecto de circunstancias excepcionales, singularmente agravadas o disminuidas con posterioridad a la conclusión del contrato (...) El Tribunal se ha negado a admitir la revisión del contrato por imprevisión en caso de dificultades de cumplimiento y particularmente cuando el deudor sufre por la depreciación monetaria por qué no obtendrá sino un precio insignificante por la prestación que ha cumplido.”³⁹

La Corte de Casación mantuvo una posición inflexible,⁴⁰ que consideraba la fuerza vinculante del contrato como permanente a lo largo de toda la historia del contrato.

B.LEYES QUE RECONOCIERON LA REVISION DE LOS CONTRATOS EN CASOS DETERMINADOS

La situación de la Guerra de 1914, los desequilibrios económicos que esta aparejaba, los constantes y reiterados incumplimientos, y en general un clamor de la población que demandaba la flexibilización de la tesis jurisprudencial que afirmaba la obligatoriedad del contrato, independiente que las circunstancias económicas variaran, llevó a que el 21 de enero de 1918 se promulgara la Ley de anulación de los contratos, más conocida como Ley Faillot en honor del diputado del Sena autor de la iniciativa, quien planteaba la posibilidad para aquellos contratos iniciados antes de la Guerra de 1914, que estos fueran anulados por haberse producido un desequilibrio prestacional de las partes, situación que se podía impedir si estas aceptaban que se revisara el contrato. Se trataba de la primera regla positiva que en la legislación francesa regulaba el punto. Buscaba esencialmente la resiliación o terminación de los contratos y lo sujetaba a la variación de las condiciones originalmente pactadas por las partes, que implicaba hacer excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones para una de las partes como consecuencia de la guerra.

Luego se expidió en el mismo sentido la Ley de 22 de abril de 1949, la que permitió solicitar que se revisaran aquellos contratos celebrados antes de la Guerra de 1939.

El legislador francés fue mucho más osado y autorizó que en los contratos de locación, urbanos y rurales el juez revisara el contrato por su propia autoridad para adaptarlo a las condiciones económicas de la época del cumplimiento. Sin embargo, la dificultad para el Juez consistió en que al obligarlo a revisar el contrato, convirtió a este en un árbitro encargado de apreciar el valor de las prestaciones contractuales, lo que para una gran parte de la doctrina implicaba

39 Ripert y Boulanger. ob. cit., pág. 297.

40 Al respecto Jossérad manifiesta: “Es cierto que esta nueva tesis [la teoría de la imprevisión], derivada de las necesidades de la Guerra Mundial, no cuenta con las simpatías de la jurisprudencia; pero ha recibido una consagración sorprendente por parte del Consejo de Estado, en tanto que la Ley del 21 de enero de 1918, llamada Ley Faillot, admitió la rescisión o suspensión de los contratos mercantiles celebrados antes de la guerra” Véase Jossérad, Louis. El espíritu de los Derechos y su relatividad. Teología Jurídica. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr. 1946. Distribuidores Porrúa Hnos. y Cía. Pág. 137.





darle al juzgador funciones no solamente de ministro en equidad, sino esencialmente de experto económico.

Posteriormente, se emitió una Ley de 8 de abril de 1933 y otra de julio 12 de 1933 que beneficiaban a inquilinos y arrendatarios que estaban atados a cánones de arrendamiento excesivos, frente a una situación de crisis económica generalizada que les impedía pagar la renta originalmente acordada. Tales normas autorizaban la revisión de los contratos.

Dos leyes de 1948, una de 18 de abril y otra de 25 de agosto admitieron la revisión de ciertos contratos de arrendamiento, a pedido de una u otra de las partes "si las condiciones económicas se han modificado hasta el punto de entrañar una variación de más de una cuarta parte del valor locativo". Adicionalmente, estas leyes preveían que las partes podían solicitar periódicamente, cada tres años, que se revisara el contrato, si se habían presentado situaciones subsiguientes que modificaran o alteraran gravemente las obligaciones de las partes.

No solamente Francia emitió normas positivas que admitían la revisión del contrato. En este sentido se pueden mencionar:

1. La ley belga de 11 de octubre de 1919 modificada por otra ley de 23 de julio de 1924, que adopta reglas similares o análogas a la ley francesa de 21 de enero de 1918 atrás citada.
2. En Alemania el Tribunal del Imperio, con fundamento en los artículos 242 y 325 del Código Civil, admitió la revisión de los contratos de abastecimiento, y posteriormente extendió la regla a otro tipo de contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada.
3. En Italia el Código de Derecho unificado de 1942 incorporó en el artículo 1467 una regla que autorizaba la revisión de los contratos de cumplimiento o tracto sucesivo, cuando una prestación se volviera demasiado onerosa. Previamente a la expedición del Código se había aplicado el artículo 1º del decreto de 27 de mayo de 1915, que admitía la revisión de los contratos, con ocasión de la I Guerra Mundial, asimilándola a una fuerza mayor no solamente en los eventos en que el contrato se hacía de imposible cumplimiento, sino igualmente en aquellos casos en que el contrato era susceptible de cumplirse pero bajo circunstancias económicas absolutamente gravosas y en excesiva onerosidad para una de las partes. Posteriormente, se expidió el Decreto llamado *lugotenenziali* de 20 de junio de 1915 que declaraba inadmisibles toda demanda de rescisión de un contrato por cambio sobreviniente de circunstancias, cambio originado en el estado de la guerra, cuando tales contratos involucraban la prestación de un servicio público. Es decir, que todos los demás contratos de tracto sucesivo eran revisables. El gran Consejo fascista expidió el 27 de julio de 1928 la llamada Carta Lavoro, carta fundamental del Estado fascista, que en el artículo 74 estableció la revisión de los contratos colectivos de trabajo, en caso de sobrevenir cambios sustanciales de circunstancias.
4. En Inglaterra, al igual que en el resto de Europa, la crisis generada por la guerra determinó la necesidad de que se emitiera una legislación especial que conjurara los efectos terribles del incumplimiento contractual. Fue así como el 26 de abril de 1917 se nombró una comisión conformada por miembros del Board of Trade (comerciantes notables), quienes con la asesoría de los ilustres juristas Cecil Coward y Samuel Garret, pretendían emitir una legislación similar a la ley Falliot francesa de 1918 atrás descrita. El objetivo fracasó, pues después de muchas discusiones, se llegó a la conclusión de que en todos los casos de contratos



incumplidos por razón de la guerra, debería primar el principio de la autonomía de la voluntad privada, y la aplicación del principio *pacta sunt servanda*, obligando por ende a las partes a someterse a la ley del contrato. Pese a ello, excepcionalmente, se emitieron la ley de 3 de agosto de 1914 que creó el régimen de moratorias, que facultaba al rey, para que expidiera decretos que suspendieran provisionalmente el cumplimiento de obligaciones, difiriendo su exigibilidad, si consideraba que las condiciones económicas vigentes en ese momento eran lesivas en exceso para el deudor. Posteriormente, se emitió una ley de 1917 que autorizó a la Corte para “anular” los contratos cuyo equilibrio económico hubiese desaparecido con ocasión de la guerra, siempre y cuando se tratara de contratos celebrados antes del 4 de agosto de 1914.⁴¹

C. LOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA FRANCESA Y EL CELEBRE CASO DEL GAS DE BOURDEAUX

La jurisdicción contencioso administrativa francesa a través de decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado, resolviendo demandas relativas a contratos de la administración o contratos administrativos, es decir, aquellos en que una de las partes era el Estado, asumió una posición mucho más liberal, y si se quiere progresista, frente a la teoría de la imprevisión. Apartándose de una aplicación exegética de la norma del Código Civil que planteaba la obligatoriedad de las cláusulas de los contratos como ley para las partes, consideró que en determinados casos, y fundamentalmente en defensa de la noción de Servicio Público,⁴² los contratos de la administración eran susceptibles de ser revisados.

El más célebre de los fallos conocidos por el Consejo de Estado francés fue el de la Compañía de Gas de Bourdeaux. El caso se origina en los siguientes hechos:

1. En 1904 la Compañía de Gas de Bourdeaux y el municipio de Bourdeaux celebraron un contrato, por medio del cual la Compañía de Gas se comprometía a prestar el servicio de alumbrado público que era a gas, con un precio prefijado, determinado por las partes tomando en cuenta el precio promedio del carbón.
2. El gas utilizado para el alumbrado se extraía de la combustión del carbón que era su materia prima.
3. El precio de la tonelada de carbón antes de 1914, fluctuaba entre 20 a 22 francos, e históricamente nunca había superado estos topes.
4. Al declararse la Primera Guerra Mundial, los alemanes ocuparon la cuenca carbonífera francesa, lo que determinó que Francia se viera imposibilitada de contar para sus necesidades con este carbón y tuviera que importarlo.
5. El carbón importado tenía un precio excesivamente alto, llegando a límites de 174 francos tonelada, esto por cuanto los fletes se incrementaron en razón de la guerra.
6. El régimen general de contratación administrativa preveía un margen en la fluctuación del precio del carbón, en contratos de prestación de servicios en donde esta materia prima fuera esencial, caso del suministro de alumbrado público. Sin embargo, los límites fijados en dicha reglamentación no llegaban siquiera a la mitad del precio que la tonelada de carbón tuvo en el periodo más álgido de la guerra.

41 Véase Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel Ignacio. ob. cit., pág. 31.

42 “Concepto capital del Derecho Político y del Administrativo es éste del Servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración Pública. 1. Panorámica. Los servicios públicos son consecuencia de la cultura y del grado político alcanzado por una sociedad: en los pueblos salvajes no existe ninguna prestación de esta índole, salvo entender en forma muy amplia el servicio militar que el caudillo o reyezuelo puede imponer y las contribuciones en frutos o ganado que pueda exigir (...) 2. Prestación. El servicio público se presta por la misma Administración o por los particulares, con contrato o concesión administrativa o mediante autorización simplemente precaria, revocable en cualquier momento o ampliable en la expropiación a favor de nuevos prestadores del servicio. Para Hauriou, el servicio público es el de carácter “técnico prestado al público de manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública”. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VII. 28ª Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá – Zamora y Castillo. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003, pág. 397.





7. La Compañía de Gas de Bordeaux se encontró con una situación insostenible frente al contrato de suministro de alumbrado público, pues los precios pactados en el contrato como contraprestación por el suministro, no compensaban las enormes pérdidas que la compra del carbón estaba generando.
8. Fundamentado en estos hechos, la Compañía de Gas de Bordeaux demandó ante la justicia contenciosa administrativa, Consejo de la prefectura de Girondá, al Municipio de Bordeaux, buscando se revisara el contrato y se establecieran nuevos precios, acordes con la situación del mercado del carbón.
9. El Municipio de Bordeaux se opuso a las pretensiones de la Compañía de Gas de Bordeaux y sostuvo que en el caso en estudio se debería aplicar estricta y literalmente el artículo 1134 del Código Civil francés, relativo a la obligatoriedad de las cláusulas del contrato para las partes.
10. El Consejo de prefectura de Girondá resolvió la litis mediante Sentencia de 30 de julio de 1915, por medio de la cual aceptó las excepciones formuladas por el Municipio de Bordeaux y por ende negó las pretensiones del actor.
11. Recurrido el fallo en apelación fue resuelto por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 30 de marzo de 1916, en el cual se revocó la decisión tomada por el Juzgador de primera instancia y se ordenó al Municipio de Bordeaux que amigablemente y de común acuerdo con la Compañía de Gas de Bordeaux procedieran a revisar los términos del contrato, incluyendo una indemnización a favor de la demandante y a cargo de la demandada con ocasión de las pérdidas generadas hasta esa fecha en razón del cumplimiento excesivamente oneroso del contrato. Dejó sentado el Consejo de Estado que de no lograrse un acuerdo entre las partes, se remitiría el expediente al Consejo de la Prefectura de Girondá, para que este procediera imparcialmente a fijar las nuevas condiciones.

Sostuvo el Consejo de Estado como fundamento de la decisión tomada, que

“Cuando ocurren acontecimientos que perturban profundamente la economía del contrato, que ponen a los concesionarios 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”⁴³(el resaltado fuera de texto).

El fallo emitido por el Consejo de Estado en el caso del Gas de Bordeaux constituyó un precedente muy fuerte, que obligó a que otros tribunales de prefectura administrativos asumieran posiciones similares y que incluso la jurisdicción civil se cuestionara si la solución prevista por la justicia contencioso-administrativa era aplicable a casos de Derecho privado. Es así que la doctrina menciona un caso de Derecho laboral fallado por el Tribunal de Nancy de 6 de diciembre de 1915, y otro fallo de la jurisdicción civil de 20 de junio de 1918 relativos a contratos de suministro. Sin embargo, estos fallos de la jurisdicción civil constituyeron una excepción a la regla general propuesta por la Corte de Casación Civil Francesa, que rígida y conservadoramente sostuvo una posición inquebrantable de supremacía del principio *pacta sunt servanda*, pues en su criterio los contratos eran inmodificables.

43 Consejo de Estado Francés, citado por Pareja, Carlos II. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I, segunda edición. Bogotá: Editorial El Escolar, 1939, pág. 470.

D. CONSAGRACIONES POSITIVAS DE POSGUERRA

A partir del periodo de posguerra la teoría de la imprevisión se consolidó en Europa, con fundamento en una nutrida jurisprudencia tanto de los tribunales italianos basados en la teoría de la presuposición de Windscheid, como de jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich en Alemania, sustentados en la teoría de la desaparición de la base del negocio de Oertmann. Esta consolidación se extendió igualmente a América Latina, mediante normas positivas, que expresamente reconocían y aplicaban la figura, en aras de resolver las iniquidades que se observaban al resolver los casos de responsabilidad civil contractual derivados de incumplimientos originados en la Segunda Guerra Mundial. Así podemos citar a título meramente ejemplificativo los siguientes casos:

1. El Código polaco de las obligaciones que en el artículo 269 consagra la figura en estos términos: "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 que 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 la forma de ejecución, el monto de la prestación y aun dictar la resolución misma del contrato**"⁴⁴ (el resaltado es nuestro).
2. El Código Civil Italiano de 1942 mencionado atrás, reglamentó en forma clara y amplia la figura de la imprevisión y destinó dos artículos para regularla, el artículo 1467 que se refiere a los contratos de ejecución continuada o periódica, y el artículo 1468 a los contratos unilaterales. El texto del artículo 1467 reza del siguiente tenor: "En los contratos de ejecución continuada o periódica, como en los de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por verificarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, la parte que debe la prestación puede demandar la resolución del contrato (...) La resolución no puede ser demandada si la excesiva onerosidad subsiguiente ha entrado dentro del área normal del contrato. La parte contra la cual se ejerce la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato."⁴⁵
3. El Código civil griego de 1946 en su artículo 388, siguiendo muy de cerca la redacción del Código italiano, expresamente autoriza la revisión de los contratos en caso de imprevisión.
4. El Código Civil alemán (BGB) carece de una regulación normativa específica para la teoría de la imprevisión. Sin embargo, los §§ 626 y 723 otorgan el derecho de denuncia en los contratos de servicios y de sociedad, si con posterioridad "surge un motivo importante (...) pretende tener en cuenta las alteraciones de las circunstancias que mediaban al tiempo de la celebración del contrato."⁴⁶
5. El código civil argentino mediante la Ley 17.711 de 1968 reformó el código civil y estableció una nueva redacción para el artículo 1198 del siguiente tenor: "En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra

44 Véase Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel Ignacio. Ob. cit., pág. 39.

45 Véase Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo III. Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A. 1974, pág. 451.

46 Véase Valencia Zea. Ob. cit., pág. 452.





parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.”⁴⁷

6. El Código de los Países Bajos reza así: “1. Sobre la demanda de una de las partes, el juez puede modificar los efectos de un contrato, o puede anularlo en todo o en parte sobre la base de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte contratante, de acuerdo con el criterio de razonabilidad y equidad, no pueda esperar que el contrato se mantenga sin modificaciones. La modificación o anulación del contrato puede tener efectos retroactivos. 2. La modificación o anulación del contrato no se decretará cuando la persona que invoque las circunstancias sea responsable por ellas de acuerdo con el contrato o con la opinión común. 3. Para los propósitos de este artículo, una persona a la cual se le ha transferido un Derecho contractual o una obligación, se tratará como parte contratante.”

IV. TEORIA DE LA IMPREVISION EN EL REGIMEN COLOMBIANO

A. APLICACION LITERAL Y POSITIVA DEL CODIGO CIVIL

El código civil colombiano no contiene una reglamentación general de la imprevisión. Esto por cuanto sigue muy de cerca los lineamientos expuestos por los legisladores franceses, de respeto absoluto al principio de la autonomía de la voluntad y al carácter obligatorio extremo de las estipulaciones válidamente celebradas por los contratantes, las que en la conciencia legal de los legisladores franceses, eran ley obligatoria para las partes. Pese a ello, es curioso observar que el artículo 2060 numeral 2 del estatuto civil, contiene una norma en la que la mayoría de la doctrina nacional ha querido ver una aplicación rezagada de la teoría de la imprevisión. El artículo expresa lo siguiente:

“Artículo 2060. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado a un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.
2. 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 rehúsa, 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.
3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.
4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a la reglas del

⁴⁷ Véase Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel Ignacio. Ob. cit., pág.41.



arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario” (el resaltado fuera de texto).

Lo cierto, sin embargo, es que desde la entrada en vigencia del Código civil colombiano a finales del siglo XIX y hasta la década de los años treinta del siglo XX, los casos de revisión de contratos en la jurisprudencia colombiana son inexistentes. Incluso, los primeros doctrinantes locales, caso de Champeau-Uribe, Rodríguez Piñeres y Fernando Vélez, en los tratados de Derecho civil escritos por ellos, que son la fuente de doctrina básica de los operadores jurídicos de la época, sostienen la intangibilidad del contrato y el carácter absoluto del principio *pacta sunt servanda*.⁴⁸ Dichos autores siguen de cerca la tradición francesa de *école de l'exégèse* que con Demolombe y Aubry y Rau propugnan por la seguridad jurídica que se expresa en la regla del artículo 1134 del código civil francés, equivalente al artículo 1602 de nuestro código civil, según el cual los acuerdos de voluntad válidamente celebrados son ley para las partes.

B. RECONOCIMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO TEORIA DE LA IMPREVISION

Sin embargo, a partir de los años treinta, y por un breve periodo, un grupo de autores y especialmente, ilustres magistrados de la Corte Suprema de Justicia, basados en la tesis de Françoise Gény del *Libre recherche scientifique*, afirman que en Colombia el Principio General de Derecho denominado Teoría de la Imprevisión, existe, puede y debe ser aplicado en el sistema jurídico colombiano. La «Nueva Corte o Corte de Oro»⁴⁹ no comparte la clásica doctrina propugnada por la Escuela de la Exégesis, según la cual el Derecho era perfecto y completo, y la única forma de modificarlo era a través de una reforma constitucional o legislativa, de manera que la hermenéutica más aceptable consistía en una aplicación literal de las reglas del Código merced al silogismo jurídico.

A la par con la Ley 153 de 1887, se utilizó la regla del artículo 32 del Código Civil como un instrumento idóneo para propugnar por una hermenéutica basada en la equidad, el artículo en cita dice:

“Artículo 32. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural” (el resaltado fuera de texto).

48 Vélez por ejemplo señala al comentar el Artículo 1602 del Código Civil: “*Un contrato legalmente celebrado, es decir, un contrato perfecto, que no adolece de vicio, es una ley para los contratantes, una ley privada y relativa a las relaciones jurídicas que crea el contrato, la cual prevalece entre las partes sobre las leyes generales, siempre que no viole disposiciones de orden público o las buenas costumbres (t. 1º, nos. 41 y 42). Esa ley debe aplicarla el Juez estrictamente, como un precepto legislativo, salvo la excepción indicada*” (el resaltado es nuestro). Véase Vélez, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. Segunda Edición corregida y aumentada. Tomo 6. París: Imprenta París-América, 1926, pág. 209.

49 La «Nueva Corte o Corte de Oro» estaba integrada por Antonio Rocha Alvira, Eduardo Zuleta Ángel, Ricardo Hinestroza Daza, Arturo Tapias Pilonieta, Miguel Moreno Jaramillo, J. Francisco Mújica y Liborio Escallón.





Al interpretar la regla del artículo 1602 del Código Civil en concordancia con las normas atrás mencionadas, resulta que el carácter absoluto del principio «pacta sunt servanda» contenido en el mencionado artículo se morigera, pues se hace visible y pleno el alcance de la regla inmediatamente siguiente, contenida en el artículo 1603 que consagra:

“Artículo 1603. 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 ley pertenecen a ella” (el resaltado fuera de texto).

De esta suerte, concluyen estos teóricos, que en Colombia es contrario a la equidad natural y a la buena fe contractual, pretender que, pese a que sobrevengan circunstancias imprevisibles e imprevistas que modifiquen las condiciones originales en que se pactó el negocio jurídico, y se haga más oneroso para uno de los contratantes el cumplimiento de sus prestaciones; se obligue a dicha parte a que persevere en la relación negocial y ejecute el contrato pese a su ruina.⁵⁰

Con fundamento en la estructura conceptual atrás expuesta, la «Nueva Corte o Corte de Oro» emitió tres Sentencias que constituyen las Sentencias fundadoras de línea, o fallos originales sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión en Colombia, las que aquí simplemente se citan para complementar el recuento histórico propuesto:

1. Sentencia de octubre 29 de 1936. Magistrado Ponente Liborio Escallón.

En este fallo se hace una mención a la teoría de la imprevisión, pero se niega su aplicación al caso sub judice, pues la Corte considera que hay una imposibilidad manifiesta de los jueces, dentro del régimen de Derecho Civil colombiano, para corregir o modificar la ejecución de los contratos. El fallo no acepta, pero tampoco niega de plano la existencia de la Teoría de la Imprevisión, sino que se limita a reconocer que en todo contrato válidamente celebrado, existe tácitamente una cláusula rebus sic stantibus, según la cual se supone que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian. Se recoge aquí la concepción teórica de Rugiero, Colint y Capitant, que se expondrá en detalle más adelante.

2 Sentencia de febrero 25 de 1937. Magistrado Ponente Juan Francisco Mujica.

Constituye realmente la Sentencia fundadora de línea y la primera manifestación concreta a nivel jurisprudencial, de reconocimiento de la teoría de la imprevisión como fuente de Derecho en Colombia. Se enmarca la teoría de la imprevisión a la par con los conceptos de enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, buena fe y estado de necesidad como Principios Generales de Derecho, extrasistémicos, no positivizados. La Corte en este fallo integra una visión subjetiva, pues parte de la noción de la finalidad del contrato, la buena fe y la presuposición; pero luego en forma ecléctica acoge la teoría objetiva del equilibrio prestacional alterado, pues reconoce que los intereses económicos cobrados son factor central que motiva la necesidad de revisar el contrato, pues se ha hecho más oneroso el cumplimiento de las prestaciones asumidas para una de las partes. La Corte define tres elementos que a partir de este fallo se considerarán básicos para poder reconocer la aplicación de la imprevisión a un contrato, a saber:

- a. Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato.
- b. Que fuese únicamente la certidumbre respecto de la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivó a la parte que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra su reconocimiento como condición.

⁵⁰ Véase Pérez Vives, Álvaro. Ob. cit., pág. 277.



- c. En el caso de que la circunstancia se hubiere tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe.
3. Sentencia de mayo 23 de 1938. Magistrado Ponente Arturo Tapias Pilonieta.

La Corte concluye que no es aplicable la teoría de la imprevisión al caso sub judice. Sin embargo el fallo es importante, porque en forma dogmática la Corte fija las diferencias principales entre la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor y el caso fortuito, pero además sienta las bases sobre las cuales se puede aplicar la teoría.

IV. POSITIVIZACION DEL PRINCIPIO TEORIA DE LA IMPREVISION EN EL CODIGO DE COMERCIO DE 1971

Entre los aspectos más destacados del trabajo realizado por los redactores del «Nuevo Código de Comercio» de 1971, se destaca el objetivo claramente buscado de positivizar una serie de Principios Generales de Derecho, que se encontraban en la conciencia legal de los operadores jurídicos anteriores a la vigencia del Código, refundidos en la jurisprudencia de la «Corte de Oro o Nueva Corte», pero que no habían sido aplicados, precisamente por no contar con una norma expresa que los reconociera. Los expertos redactores del Código de Comercio creían, quizá de una manera simplista y hasta ingenua, en demasía optimista, que la conversión en normas expresas del código de los PGD relativos a la buena fe, el abuso del Derecho, el enriquecimiento sin causa y la teoría de la imprevisión, la transmutación de los principios generales en reglas positivas, redundaría en el rescate y la profusa aplicación de los mismos por parte de los jueces y magistrados al resolver las controversias jurídicas.

El análisis de la jurisprudencia durante los treinta años siguientes indica que al contrario de facilitar la aplicación de estos principios, el hecho de su positivización o fijación en preceptos legales, redundó en un literalismo y un sesgo absoluto que confinó los Principios Generales de Derecho Privado aludidos, al “cuarto de San Alejo”, es decir a su olvido y a su más triste, aberrante e inexplicable inaplicación⁵¹

La teoría de la imprevisión como precepto legal emerge consagrado en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual aparece descrito del siguiente tenor:

“Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.”El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.”Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

51 Al respecto el ex ministro de Justicia y doctrinante ampliamente reconocido en Derecho Mercantil Néstor Humberto Martínez Neira manifiesta: “El protagonismo del juez francés en la interpretación de las propias realidades del comercio, en términos generales dista mucho del papel que ha cumplido el juez colombiano en la construcción del Derecho mercantil y en la interpretación de los nuevos fenómenos y realidades que nacen de una actividad empresarial cada vez más compleja y globalizada. **Los aportes de la jurisprudencia colombiana al Derecho comercial brillan por su ausencia.** De hecho, las más importantes innovaciones en esta materia, con posterioridad a la expedición del Código de Comercio de 1971, han sido producto de la acción legislativa. En treinta años de vigencia del nuevo código, no recordamos fallos célebres, a semejanza de los que en los años treinta [Corte de Oro o Nueva Corte] le permitieron dar una sólida proyección al Derecho civil en materias tales como el abuso del Derecho, la teoría de los Derechos adquiridos y la responsabilidad extra-contractual, entre otros” (el resaltado fuera de texto). Véase Martínez Neira, Néstor Humberto. “Seis lustros de jurisprudencia mercantil”. Universitas Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D. C., N° 105- junio de 2003, págs. 135-136.





V. ALCANCES DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION FRENTE A LA LEY COMERCIAL COLOMBIANA

Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión. Es decir, se trata 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 la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, de un fenómeno natural o incluso de un acto del hombre, ajeno a la voluntad de los partícipes en el contrato.

Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, debe señalarse 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 debe alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia. En estos precisos términos se expresa la Corte Suprema de Justicia en la clásica Sentencia de mayo 23 de 1938 con ponencia del magistrado Arturo Tapias Pilonieta.

1 Diferencias con la lesión enorme

La teoría de la imprevisión y la lesión enorme difieren ya que esta se produce en el momento de la celebración del contrato, en tanto que los hechos generadores de la imprevisión se producen con posterioridad a la celebración del negocio jurídico. Por otra parte, la lesión enorme es un vicio del negocio jurídico de carácter objetivo, puramente aritmético, pues opera cuando se superan cualquiera de los límites porcentuales establecidos en la ley respecto al justiprecio del bien. Adicionalmente, la lesión enorme está prevista únicamente para contratos relativos a bienes inmuebles, específicamente la compraventa, mientras que la Teoría de la Imprevisión no presenta ninguna de estas restricciones.

2 Supuestos de la Teoría de la Imprevisión

a. Que se trate de un contrato de ejecución sucesiva, de ejecución continuada o a término: Requisito controvertido por una buena parte de la doctrina, pues al exigirse que se trate de contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada, automáticamente se excluye la posibilidad que se revisen contratos de ejecución instantánea, así como los contratos aleatorios, e incluso aquellos contratos que no siendo aleatorios, como los conmutativos, son de riesgo compartido. Por ejemplo, los Joint Ventures y las alianzas estratégicas, en donde los partícipes en el negocio asumen recíprocamente los riesgos del contrato. Igual exclusión cabría para contratos reales, que se perfeccionan con la entrega de la cosa, como es el caso del mutuo mercantil. Pero si se hila más delgado, se cuestiona qué ocurre en negocios jurídicos unilaterales como una oferta o una opción o una publicitación debidamente aceptadas, en donde se puedan presentar circunstancias extraordinarias, imprevisibles e imprevistas posteriores a la manifestación de voluntad unilateral, que hagan más gravosa desde el punto de vista económico, la posición del oferente. En tales casos la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, tal y como dogmáticamente está fijada en la regla del artículo 868 del Código de Comercio, sería inaplicable.

b. Que con posterioridad a la celebración del contrato se produzca un acontecimiento imprevisto, extraordinario o imprevisible que modifique gravemente las condiciones del negocio.



La norma señala tres elementos de orden fáctico, que en la práctica se deben dar para que opere la imprevisión, veamos:

- 1) Circunstancias imprevistas. Se trata en términos de Barbosa Verano y Neyva Morales, de “un fenómeno de hecho, a una cuestión fáctica, verificable con los sentidos y con el entendimiento (...) [en donde] el agente afectado por su acaecimiento no las previó, no dedujo su posible realización en el momento de celebrarse el contrato.”⁵² La imprevisibilidad entendida como característica del hecho, que le impide ser conocido con anterioridad a su ocurrencia, debe ser objetiva. La imprevisibilidad no debe tener carácter subjetivo, es decir, solo operante para un grupo reducido de particulares, quienes podrían alegar imprevisión. Ello llevaría a eliminar la imprevisibilidad como requisito general.
- 2) Circunstancias imprevisibles. La mayoría de la doctrina está de acuerdo en ubicar las circunstancias imprevisibles desde dos aspectos diversos: Un aspecto subjetivo que implica la realización de un juicio de valor sobre la conducta de la parte o partes afectadas por el acaecimiento de un hecho posterior al contrato. La previsibilidad de un acontecimiento se determinará teniendo en cuenta las condiciones personales del contratante, es decir, su grado de educación, posición social, cultura, medios que posee, etc. Un aspecto objetivo, que hace alusión al examen de la naturaleza del hecho que se dice imprevisible. Un hecho imprevisible será aquel que por su rareza, espontaneidad y carácter extraordinario se sustrae de la capacidad de previsión. Consiste en un hecho excepcional, que en raras ocasiones se produce.
- 3) Que el acontecimiento imprevisto produzca un notable desequilibrio entre las prestaciones de las partes. Es un elemento esencialmente objetivo, que se traduce en la excesiva onerosidad, la que se produce cuando el hecho sobreviniente al contrato produce en él un trastorno económico respecto de las estipulaciones iniciales, de tal magnitud, que en consecuencia, exigir del contratante afectado el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato, implica cometer una grave injusticia, que atenta de manera flagrante con la equidad que debe reinar en las prestaciones de las partes. En síntesis, el contrato es susceptible de ser ejecutado, pero las prestaciones a cargo de una de las partes se hacen tan lesivas y gravosas, que rompen el equilibrio que debe existir entre las prestaciones de una de estas y las prestaciones recíprocas a cargo de la contraparte.

3. Diferencias con la fuerza mayor

La fuerza mayor consiste en hechos extraordinarios, imprevisibles e insuperables que, producidos con posterioridad a la celebración del contrato, impiden la ejecución del mismo, pues se constituyen en un obstáculo insuperable para dar cabal cumplimiento a las prestaciones derivadas del negocio jurídico. Implica una imposibilidad absoluta de cumplir con las prestaciones u obligaciones del contrato. Adicionalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito constituyen causales de exoneración de responsabilidad aplicables a toda clase de obligaciones, deriven estas de contratos de tracto sucesivo o tengan su causa en contratos de ejecución instantánea. Por el contrario, en la imprevisión se plantea como una imposibilidad relativa de ejecutar el contrato. Las prestaciones derivadas del negocio y a cargo del deudor se pueden cumplir, pero implican para el deudor un desmedro patrimonial considerable. Esto es lo que ha llevado a que la doctrina considere, que con la imprevisión se permita al deudor un cierto grado de culpa y negligencia. Se dota a los jueces en tales casos, de poder extraordinario para modificar la voluntad de las partes y establecer unas condiciones diferentes de ejecutar las prestaciones derivadas de contratos de ejecución diferida. Además como se ha dicho, solo opera para contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo.

⁵² Véase Barbosa Verano y Neyva Morales, ob. cit., pág. 86.



II. RECONOCIMIENTO Y APLICACION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION POR LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El Consejo de Estado colombiano, siguiendo muy de cerca las tesis del Consejo de Estado francés, sustentado en la teoría del servicio público y la noción de equilibrio financiero del contrato, ha planteado desde los años 80 la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos del Estado. Se ha afirmado que en contratos como el de suministro y en general en los contratos de tracto sucesivo, obra civil, concesión, arrendamiento, etc., se puede presentar un desequilibrio financiero del contrato.

Conforme con la ley administrativa, artículo 20 del Decreto 222 de 1983 y el artículo 14 de la ley 80 de 1993, la administración puede modificar unilateralmente el contrato. En tales eventos, debe compensar al contratista de los mayores costos que ello le pueda aparejar⁵³

Cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, a pesar de que el particular deba asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio. Ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante que lo prive de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas. El fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, se encuentra en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, quien se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales. Además, porque no resultaría justo ni equitativo privar al particular que contrata con el Estado, del derecho a obtener la satisfacción de sus aspiraciones contractuales dentro de lo razonable y legal. El particular no debe ser sacrificado en aras de una finalidad estatal, porque la atención de la misma corresponde, de conformidad con lo establecido por las normas superiores, a la administración.

Al respecto el Consejo de Estado manifestó⁵⁴:

“La teoría del equilibrio financiero del contrato es aplicable a todos los contratos conmutativos de la administración, no cabe por tanto al respecto distinción alguna entre los negocios jurídicos que celebra la administración, de lo cual se infiere que su aplicación no es ajena al contrato de suministro ni al de arrendamiento.”

“Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: 1. Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante. 2. Por actos de la administración general como estado. Hecho del Príncipe. 3. Por factores exógenos a las partes del negocio. Teoría inicialmente llamada de la imprevisión. La primera causa se presenta cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal se produce por la sola actuación de la administración como contratante; por ejemplo, no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato, de cuyo comportamiento se deriva la responsabilidad para la administración. La Segunda causa, conocida como Hecho del Príncipe, se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general. La tercera causa,

53 Véase H. Consejo de Estado No. de Rad. 14943-99.

54 Sentencia No 14993 de 1999 reiterando la sentencia 14855, del 29 de abril de 1999. Actor Sociedad Constructora A y C S.A. Consejero Ponente Doctor Daniel Suárez Hernández.



tiene que ver con la teoría inicialmente enunciada como de la imprevisión que involucra circunstancias no imputables al Estado, externas al contrato pero con incidencia en él. La diferencia fundamental entre las dos primeras causas, como lo señala Marienhoff, consiste en que "El hecho del príncipe" presupone una norma general emanada de la autoridad pública, en tanto que la responsabilidad contractual del Estado presupone una norma específica relacionada con el contrato administrativo en cuestión; la responsabilidad por el hecho del príncipe no es directa, sino refleja: incide en el ámbito jurídico del cocontratante, causándole un daño resarcible por ser éste diferencial respecto a los demás habitantes. Nota de relatoría: Reiteración Jurisprudencial en sentencia del 9 de mayo de 1996 Expediente 10151 Ponente Doctor Daniel Suárez Hernández"⁵⁵ (el resaltado fuera de texto).

Resulta trascendente destacar en la teórica propuesta por el Consejo de Estado, la clara diferencia de tratamiento que dicha corporación propone en la solución de los conflictos entre contratistas y el Estado, frente a la solución prevista por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en relación con los conflictos de incumplimiento contractual entre particulares, derivados de modificaciones o alteraciones en el equilibrio prestacional del contrato.

La solución propuesta por el Consejo de Estado está acorde con el concepto de equidad y la disposición de hacer del contrato una relación justa. Se propugna por hacer prevalecer antes que la literalidad del acuerdo de voluntades, expresado en las cláusulas del documento, los objetivos propuestos y queridos por las partes, privilegiando obviamente la noción de servicio público, que redunda en una defensa de los intereses del Estado, y de la comunidad general que él representa.

VI. EFECTOS DE LA IMPREVISION

Debe tenerse claramente establecido que el objetivo inicial de la Teoría de la Imprevisión es evitar el cumplimiento de las obligaciones que se han convertido en excesivamente onerosas. Se pretende conciliar dos finalidades: por una parte se busca que bajo criterios de equidad y justicia, se elimine la excesiva onerosidad que afecta el cumplimiento de las obligaciones. Por otra parte, se pretende insistir en el contrato, perseverando hasta donde sea posible en su eficacia, buscando su cumplimiento.

Es importante analizar si con vista a los objetivos enunciados, las figuras jurídicas de la resolución, la terminación o resciliación y la suspensión del contrato resultan compatibles.

A. REVISION DEL CONTRATO

Surge como el instrumento más expedito e idóneo, cuando los PGD, *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* entran en conflicto al ser esgrimidos por los partícipes de una relación contractual. Una de las partes alega que el contrato debe ser cumplido estrictamente conforme a los pactos originalmente celebrados, en tanto que la otra parte alega que el contrato debe ser modificado, pues circunstancias externas, extraordinarias, imprevisibles e imprevistas han hecho excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones asumidas, situación que los coloca en un punto irreconciliable. Ese desacuerdo impide que las partes mediante un nuevo negocio jurídico, utilizando como modo de extinción de las obligaciones la novación, supriman la relación jurídica anterior, no quedándoles otra vía que recurrir a un tercero imparcial que dirima el conflicto, tercero que no es otro que una autoridad judicial.

55 Véase H. Consejo de Estado No. de Rad.: 14943-99.





El contenido del fallo que se espera como medio para solucionar el conflicto puesto a su consideración, necesariamente debe culminar con uno cualquiera de los siguientes efectos: reajuste de algunas de las prestaciones del contrato que equilibre el des-balance originado por las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que afectaron el contrato. Suspensión de las prestaciones del contrato por un término prudencial que permita que cuando se reanude el compromiso negocial, las circunstancias de las partes estén en equilibrio. O, finalmente, la terminación o la resolución del contrato, pues irremediadamente no hay manera de equilibrar las condiciones del negocio, y persistir en él implicaría una injusticia.

Al analizar el contenido literal del artículo 868 del Código de Comercio se encuentra que la norma dogmáticamente solo permite al contratante afectado con la excesiva onerosidad de las prestaciones, pedir al Juez de conocimiento la revisión del contrato. En este orden de ideas, no le es dable al actor de la acción de revisión formular pretensiones expresas orientadas a pedir la resolución del contrato, la terminación, la suspensión de las prestaciones o el reajuste de las mismas. Sólo puede pedir la revisión.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el verbo revisar, del cual deriva el término revisión usado por el legislador colombiano, en los siguientes términos:

“Revisar. Tr. Ver con atención y cuidado. // 2. Someter una cosa a nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla.”⁵⁶

Semánticamente implica que el juez de conocimiento cumplirá con el mandato legal impuesto por el artículo 868 del Código de Comercio, procediendo a efectuar un examen detallado del contrato y de las prestaciones derivadas de él, para entrar luego a corregir, enmendar o reparar el desequilibrio económico que ha generado la excesiva onerosidad de las prestaciones. Pese a esto, el inciso segundo del artículo analizado faculta al juzgador para que utilice diversos arbitrios de reparación o corrección del desequilibrio económico, que restablezcan la equidad del contrato. Pero si dichos arbitrios no son viables, el juez está facultado para decretar la terminación del contrato. La norma no habla de resolución por cuanto restringe la aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los contratos de tracto sucesivo, respecto de los cuales la resolución del contrato es inaplicable, optándose por la resciliación o terminación del contrato.

B. LA SUSPENSION DEL CONTRATO

Opera en los eventos en que los fenómenos imprevisibles, imprevistos y extraordinarios que han afectado el contrato, son temporales, efímeros, pasajeros, de duración determinada o determinable, a tal punto que el juez llega a la certeza, que mientras subsistan las circunstancias de alteración, el contrato no podrá ejecutarse sin generar iniquidad. Una vez desaparecidas las causas de la imprevisión, es susceptible de reanudarse la normal ejecución del contrato. En estos eventos, en lugar de ordenar la terminación o resciliación del contrato, puede optar por suspender el cumplimiento de las prestaciones a cargo de la parte afectada, hasta el momento en que se modifiquen las circunstancias que afectan el contrato, restableciéndose la normalidad existente al momento de contratar. El término de la suspensión debe quedar clara y expresamente definido por el juzgador, no puede estar supeditado a la voluntad de las partes contratantes, ni señalarse como indefinido, ni sujetarse a una condición, pues esto atentaría contra la seguridad jurídica y dejaría a las partes en una situación peor que la que motivó el que recurrieran al aparato jurisdiccional.

⁵⁶ Véase Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Tomo II. H-Z. Madrid: Editorial Espasa Calpe S. A. 1992, pág. 1794.



C. TERMINACION Y/O REVISION DEL CONTRATO

La distinción entre contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica o diferida, y los contratos de ejecución instantánea, sumado a la posición tomada por el legislador comercial de 1971 de limitar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión exclusivamente a los contratos de tracto sucesivo, ha motivado que la doctrina excluya la posibilidad para el juez que conozca de la acción de revisión del contrato, de declarar la resolución del contrato.

La resolución solo opera para los contratos de ejecución instantánea, que permiten volver las cosas al estado anterior al de la celebración o manifestación del consentimiento. En los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada, muchas de las prestaciones cumplidas son físicamente imposibles de retrotraerse, no quedando otra opción que terminar la relación jurídica, hecho que producirá efectos hacia el futuro mas no hacia el pasado. En este orden de ideas, si el juez no puede aplicar la imprevisión a contratos de ejecución instantánea, igualmente le resulta imposible declarar la resolución del contrato. Esto excluye de plano que uno de los efectos de la imprevisión sea la resolución del contrato.

El tema sin embargo genera controversia, pues, en muchos casos, contratos de ejecución instantánea, caso de la compraventa mercantil a plazos, que se perfecciona con el acuerdo de voluntades entre vendedor y comprador sobre el precio y la cosa vendidas, extiende el cumplimiento de las obligaciones o prestaciones a cargo del comprador, durante el plazo pactado, término dentro del cual ha de proceder a pagar el precio. Durante este lapso pueden surgir situaciones imprevistas, imprevisibles y extraordinarias que hagan excesivamente oneroso para el comprador atender el pago de las cuotas periódicas acordadas.

Igualmente, se predicen situaciones como las del contrato de mutuo mercantil que es contrato real y se perfecciona con la entrega del bien fungible, específicamente dinero, negocios en los cuales, si bien el contrato se perfecciona y cumple sus efectos con la entrega de la cosa, difiere las prestaciones del mutuario al término o plazo pactado para la devolución de las sumas de dinero prestadas. En tales situaciones no se justifica, salvo la razón estrictamente formal presupuesta en el artículo 868, que dichos contratos no sean susceptibles de la Teoría de la Imprevisión. Igual análisis se puede plantear para los casos de contratos sinalagmáticos donde las partes convencionalmente han trasladado el riesgo a uno de los contratantes, caso de algunas modalidades de Joint Ventures y alianzas estratégicas.

BIBLIOGRAFIA

Badenes Gasset, Ramón. El riesgo imprevisible. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1946.

Barbosa Verano, Jeanet y Ariel Ignacio Neyva Morales. La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil Colombiano. 1a Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1992.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo II. 28ª Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá y Zamora y Castillo. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003.

Cardini, Osvaldo. La teoría de la imprevisión. Tesis de Grado. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1937.

Clemente Meoro, Mario E. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.





Enrique Granillo, Raúl. Distribución de los riesgos en la contratación administrativa.

De la Maza Rivadeneira, Lorenzo. "De la teoría de la imprevisión. Corte Suprema de Justicia". Gaceta Judicial. Tomo XLVII. Bogotá (septiembre de 1938), número 1940.

Josserad, Louis. El espíritu de los derechos y su relatividad. Teología Jurídica. Puebla: Editorial José M. Cajicá Jr., 1946. Distribuidores Porrúa Hnos. y Cía.

Larenz, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

"Consejo de Estado Francés". Pareja, Carlos II. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I, segunda edición. Bogotá: Editorial El Escolar, 1939.

Lopera Vargas, Octavio. La teoría de la imprevisión. Tesis de Grado. Medellín: Universidad de Antioquia, 1967.

López Medina, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Universidad de los Andes. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Legis Editores S. A. 2004, pág. 343 y 344.

The formation of legal classicism. Reception and uses of Exégèse and Conceptualism in particular jurisprudence. Harvard University. Mimeógrafo. Traducción del inglés en versión libre de Miguel García.

Madriñan de la Torre, Ramón E. Principios de Derecho Comercial. 8a Edición. Bogotá D. C.: Editorial Temis S. A., 2000.

Martínez Neira, Néstor Humberto. "Seis lustros de jurisprudencia mercantil". Universitas Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana N° 105. Bogotá, D. C., junio de 2003: 135-136.

Sentencia No. 14993 de 1999. Reitera la sentencia 14855 del 29 de abril de 1999. Actor Sociedad Constructora A y C S.A. Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández.

Pérez Vives, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Segunda Edición. Volumen I. Parte Primera. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1957.

Perillo, Joseph M. "Fuerza mayor e imprevisión de los contratos comerciales internacionales bajo los principios de Unidroit". Tulane Journal of International and Comparative Law. Verano, 1997. 5 Tul. J. Int'l & ComPág. L. 5. Versión libre en español de Miguel García Durán.

Planiol, Marcel y George Ripert. Tratado teórico y práctico del Derecho civil francés. Tomo VI. La Habana: Editorial Cultural, 1936.

Pinzón, Gabino. Introducción al Derecho Comercial. 3a Edición. Bogotá, D. C.: Editorial Temis S. A., 1985.

Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Las obligaciones Tomo I (primera parte). Traducción de Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley S. A. Editora e Impresora, 1964.

Rodríguez, María del Rosario. "La teoría de la imprevisión". Temas Jurídicos N° 6. Revista de investigación y análisis del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, D. C., 1993.



Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21a Edición. Tomo II. H-Z. Madrid: Editorial Espasa Calpe S. A. 1992.

Santo Tomas de Aquino. Summa Teológica. Bogotá, D. C.: Universidad Santo Tomás. 1986.

Stein, Peter G. El Derecho Romano en la Historia Europea. Madrid: Siglo XXI de España Editores S. A., 2001.

Terraza Martorrel, Juan. Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus. Barcelona: Editorial Bosch, 1951.

Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas. 9ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1981.

Vargas, Octavio. La teoría de la imprevisión. Tesis de Grado. Medellín: Universidad de Antioquia, 1967.

Vélez, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano. 2a Edición corregida y aumentada. Tomo 6. París: Imprenta París-América, 1926.

