

D 346.5
C15

LA TEORIA

DE LA

IMPREVISION

Plinio Calvachi Velasco.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO	
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS	
PASTO - COLOMBIA	
No. <i>19257</i>	El. <i>1</i>
Valor <i>\$ 700 -</i>	Vcl. _____
Fecha <i>II-21-77</i>	Dón. <i>X</i>
Fact. _____	Canje _____
Librería <i>Antor</i>	Cmp. _____

Trabajo que presenta el señor Plinio Calvachi Velasco a la Universidad de Narino, para obtener el título de doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

"La Universidad de Nariño no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en la tesis; tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores "

(Art. 116.- Regl.Int.)

ADVERTENCIA

En nuestro trabajo, como en toda obra humana, se pueden observar deficiencias u omisiones que reconocemos, pero que también podemos explicar. Este trabajo es una tesis de grado y no pretende ser más que eso. Nuestra intención no es escribir un tratado ni un libro sino una monografía, que por su índole misma no debe abarcar demasiadas cuestiones.

Por otra parte, sobre la materia del tema, hay escasa bibliografía en Colombia y nuestros comentaristas han hablado sobre ella con bastante superficialidad. Las obras extranjeras que tratan el tema son de difícil consecución en nuestro medio, y muchas de ellas, según los autores consultados, aún no han sido traducidas al idioma castellano.

Y agregamos, por último, que la Teoría de la Imprevisión ha sido y continúa siendo bastante controvertida en derecho civil, y que nuestra posición es apenas la de modestos estudiosos del derecho, lo cual excusa las deficiencias o la oscuridad que pueda hallarse en algunos conceptos.

INTRODUCCION

La evolución del mundo ha traído nuevos conceptos y nuevas teorías al Derecho de las Obligaciones. Al lado de la voluntad individual, aparece hoy la voluntad del Estado, que reclama sitio dentro del contrato.

.. ..

La escuela racionalista que habría de inspirar en lo filosófico y en lo jurídico toda la legislación de la Revolución Francesa y aún el código de Napoleón, "supone que el individuo es libre, conciente e igual a sus semejantes, y que contrata en un ambiente ideal, en que no existieran intereses que aquellos de los contratantes".

Es el derecho individualista en que la finalidad de la ley es asegurar la eficacia de la manifestación de voluntad, la inalterabilidad del contrato, que es ley para las partes. El interés de la sociedad ni los trastornos económicos no cuentan para nada.

Las tendencias racionalistas concibieron al derecho como un producto de la sola razón, y menospreciaron las concepciones jurídicas de épocas anteriores, en las cuales habían tenido su cuna muchas instituciones que aún resisten el embate de los siglos, por la prístina conjugación de sus valores.

El resultado fué el implantamiento de un individualismo egoísta, moldeado en la rigidez de normas jurídicas deshumanizadas, que hoy se trata de modificar, dándoles un contenido de justicia, de acuerdo con las inusitadas transformaciones económicas y los inesperados choques de las fuerzas sociales.

.. ..

El presente siglo ha creado para la sociedad problemas bien complejos, y el intervencionismo del Estado ha tomado un auge peligroso.

De una parte, tenemos al Estado interviniendo en materia contractual, y de otra, a la sociedad que reclama esa intervención en orden a establecer la igualdad jurídica-quebrantada por la desigualdad económica.

El doctor Antonio Rocha explicando el fenómeno expresa:

"Dos guerras de tremendas proporciones han revolucionado la organización de los Estados, el concepto clásico de la misión de sus Gobiernos y de las relaciones de éstos entre sí, frente a una nueva noción de la economía y a las complicaciones propias del gran comercio y de la grande-industria, no ya tan sólo para fomentar el progreso de sus nacionales sino para conservarles un mínimo de bienestar y seguridad. Dos ideologías políticas, económicas y sociales, luchan por predominar en el mundo. Y esta pugna del capitalismo con el comunismo ha influido naturalmente en la noción misma del derecho..."

Y el doctor Alvaro Pérez Vives, manifiesta: "El problema que es común a todas las ramas del derecho, estriba en saber qué criterio de aplicación de las normas jurídicas-va a seguirse, si el del ultra-individualismo, tan caro a las plutocracias democrático-burguesas, o el del derecho como estructura de solidaridad social, simple instrumento para la obtención de la equidad, sujeto a decir aquello que es necesario que diga para traer a las relaciones humanas la casi-siempre ausente justicia distributiva.

.. .. .

Uno de los aspectos de esta tendencia a desvalorizar la manifestación de la voluntad individual, que fué un

axioma en los códigos del siglo pasado, es la actualización que el derecho administrativo francés hace de la teoría de la imprevisión, y la entusiasta acogida que se le ha brindado a tal teoría por los modernos civilistas de muchas naciones.

En todo caso, el éxito de esta evolución consiste en mantener los principios eternos del derecho en un punto equidistante entre la autonomía de la voluntad y el intervencionismo del Estado. Ni la fría rigidez de una norma jurídica deshumanizada, ni la tiranía de la masa o del gobernante.

Esta evolución debe ser, como dice el profesor chileno Rossel, no una reforma de la ley sino de la mentalidad para entender la ley. O como expresa el civilista español De Diego: " Hay que hacer rendir a la ley el máximo de su virtud normativa, la cual se encuentra, más que en su periferia, en su interior substancia".

.. ..

CAPITULO I

NOCIÓN DE IMPREVISIÓN

Imprevisión, según el diccionario de la Academia de la Lengua, es la falta de previsión, y previsión es el conocimiento o juicio de lo futuro. Ambas palabras vienen del verbo preveer, que significa ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Imprevisión, en consecuencia, es la falta de conocimiento o juicio de lo futuro.

Conviene distinguir lo imprevisto, lo que no ha sido conocido con anticipación, de lo imprevisible, o sea, lo que no ha podido ser conocido con anterioridad. Imprevisto es el hecho cuyo advenimiento pudo saberse anticipadamente; es imprevisible el hecho del cual no ha podido tenerse conocimiento, en circunstancias normales, antes de ocurrir.

Sabemos que el hombre está sujeto a necesidades de todo orden y que para procurarse esa satisfacción emplea su actividad en diversos fines; para ello es menester que entre en relaciones con los demás hombres, y de allí nacen los vínculos que el derecho ampara y sanciona. El contrato es uno de los vínculos jurídicos más comunes, y como tal, una de las principales fuentes de las obligaciones.

En general, el incumplimiento de una obligación o proviene de un hecho independiente de la voluntad del deudor o de un hecho completamente ajeno a su voluntad y a su previsión. En el primer caso nos encontramos frente a la culpa o al dolo, según que sólo haya imprudencia o negligencia o que exista intención positiva de causar un mal y eludir la ejecución de la obligación. En el segundo, frente al caso

fortuito o a la noción de imprevisión, según que el hecho --
imprevisto o independiente de la voluntad del deudor haga --
absolutamente imposible la ejecución de la obligación, o --
que el hecho imprevisible sólo dificulte su cumplimiento o --
la haga más onerosa.

Todos los autores establecen en términos más o --
menos análogos el problema de la imprevisión.

Bonnecase se pregunta si es justo admitir que un --
acto jurídico, especialmente un contrato, pueda ser modifica- --
do en sus efectos por intermedio de los tribunales, cuando --
acontecimientos posteriores a su formación que, al tiempo --
de nacer, no han podido lógicamente ser previstos por las --
partes, han engendrado una situación, sea particularmente --
onerosa para el deudor, sea extremadamente desfavorable pa --
ra el acreedor.

El profesor Lenel, de la Universidad de Fribur --
go, formula también claramente el problema. Puede, dice, una --
de las partes, en un contrato, sustraerse a sus obligaciones --
cuando éstas resulten demasiado gravosas por efecto de una --
alteración imprevista de las circunstancias ? Y agrega: se --
trata de casos en que la alteración de las circunstancias --
sin hacer imposible la contraprestación que según el contra- --
to corresponde a una de las partes, la privan de todo valor --
para ella, con lo cual el contrato pierde para esta parte --
todo sentido y finalidad.

Según Campion, en el campo económico y en las con- --
diciones generales de vida, pueden sobrevenir, posteriormente --
a la época en que se manifestó el concurso de voluntades que --
dió nacimiento a la obligación, diversas modificaciones pro- --
ducidas por factores también diversos. La ejecución de la --
obligación puede seguir siendo en estos casos favorable y --
ventajosa para el acreedor, pero cesar de serlo para la co --

lectividad. Ella puede hacerse directa o indirectamente perjudicial a los intereses generales. Podría el juez declarar en estos casos que el acreedor abusa del derecho que se le ha conferido por el contrato por salirse de su finalidad y exigir la ejecución de las obligaciones que del contrato se deriban ? Aquí aparece, según este autor, la teoría de la imprevisión.

Demogue sienta como principio general que no hay fuerza mayor o caso fortuito cuando la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, puesto que en estos casos no es absolutamente imposible la ejecución. Luego pregunta: en estos casos podrá el juez acordar temporalmente atenuaciones de gracia ?

Emilio Nifana, hablando de la guerra como una de las causas de alteración económica, dice: la guerra ipso facto no extingue ningún contrato. Y cuando la guerra haga pesar sobre el obligado una carga demasiado onerosa ? Es indudable que en materia contractual existe cierto equilibrio entre las cargas y beneficios de cada una de las partes contratantes, cuando el contrato es oneroso, y la equidad ordena se tenga en cuenta los hechos que de una manera considerable alteran ese equilibrio.

Para Ripert, el problema consiste en ver si el juez puede intervenir en la ejecución del contrato, para impedir que el acreedor ejercite y obtenga todas las ventajas que le reportaría el derecho adquirido. Ver si los tribunales revisan los contratos que no pueden ser cumplidos en sus primitivas condiciones sin gran perjuicio para el deudor. A su juicio, esta intervención de la justicia en la ejecución del contrato no importa desconocer su fuerza obligatoria: al contrario, puesto que al demandar la reducción de sus cargas, la parte que lo solicita reconoce que el contrato no puede ser modificado más que por un acto de autoridad. Sin

embargo, este autor, no comparte totalmente la teoría de la imprevisión, puesto que según él, contratar es preveer, es asegurarse contra las contingencias ignoradas del futuro.

Zaki formula el problema en esta forma: un contrato que debía ser normalmente ejecutado en las condiciones fijadas, a consecuencia de circunstancias imprevistas se va a transformar para el deudor en una causa de ruina, mientras que el derecho de el acreedor se va a tornar, por el juego de los acontecimientos excesivamente acrecido. El ejercicio de este derecho no será la consagración de una suprema injusticia ?

Las fórmulas expuestas contienen ciertos elementos comunes que nos permiten establecer los requisitos de la noción de imprevisión. El acontecimiento constitutivo de esta noción debe reunir las siguientes características:

1ª.- Debe ser imprevisible en el momento de nacer la obligación. Para Voirin y para Serbesco, el acontecimiento debe ser totalmente imprevisto y tambien imprevisible.

2ª.- Debe ser independiente de la voluntad de las partes. Es decir debe haber ausencia de acción dolosa de las partes. Con razón observa Bonnetcase que esta teoría no se aplica a los delitos y cuasi-delitos, puesto que entrando éstos violaciones de la ley, su protección sería antisocial y antijurídica, aunque se basase en la excesiva onerosidad sobreviniente.

3ª.- Debe producir una alteración o perturbación tan extraordinaria y grave en las condiciones normales de la vida social, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas de los individuos, que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista. Serbesco dice que el acontecimiento debe tener tal importancia que las partes no hubieran contratado si lo hubieran

tenido en cuenta. Candil dice que debe producir un desequilibrio económico en el valor de la prestación, superior al 30% en los contratos civiles y al 50% en los mercantiles, y agrega que el margen superior concedido a los contratos mercantiles es el reconocimiento del factor lucro que caracteriza ese derecho. y

49.- Sin hacer imposible la ejecución de la obligación, debe dificultarla en forma considerable, hacerla exorbitante más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave. Bonnecase, Demogue, Lenel, Ripert, hablan de este requisito, y Candil, sienta la tarifa para medir cuantitativamente.

Algunos autores agregan como requisito, el de que el hecho imprevisible deba afectar a toda una categoría de contratantes. Esto opina Ripert. Nosotros estamos con la opinión contraria, sostenida por Radenes Casset, de que esta circunstancia vale para el caso de leyes de emergencia y no para ser examinado en un caso concreto por la justicia ordinaria.

Establecidos y analizados los requisitos de la noción de imprevisión, veamos en que consiste la teoría de la imprevisión de acuerdo a los conceptos que sobre ella han expuesto los autores, y que atrás hemos analizado.

Podemos decir que la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, es la doctrina jurídica que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa (difficultas prestandi), y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de-

que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas.

Se dice que es teoría por-que es un conjunto de principios de derecho, debidamente fundados, que forman una concepción completa en su rol, límites y efectos, aunque todavía no es unánimemente aceptada ni consagrada por una norma amplia y general en derecho positivo. Y se le llama de " la imprevisión ", porque lo que la caracteriza es la necesidad de que las partes, en el momento de formarse la obligación, no hayan tenido ni podido tener conocimiento de los acontecimientos futuros que alteren el estado de cosas bajo el cual contrataron.

Se invoca la intervención del órgano judicial porque si la revisión del contrato se lleva a cabo en virtud de disposiciones emanadas del órgano legislativo, desaparece toda posibilidad de aplicación de ésta doctrina, que es un remedio para dar solución a situaciones no previstas por la ley ni por las partes contratantes.

.. ..

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS

DERECHO ROMANO.--

El principio general consagrado por los textos legales y sostenido por los jurisconsultos, era el de la fuerza obligatoria de los contratos respecto de quienes han intervenido en su celebración legal.

Sin embargo tenemos que el jurisconsulto Paulo decía: *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* lo que significa que en los contratos lo que interesa es el momento de la conclusión y no el de la ejecución.

Africano, dice: *"Tacite enim inesse haec conventio-stipulationi videtur si in eadem causa maneat"*, es decir, existe una cláusula tácita según la cual la obligación se ejecuta si permanece en la misma situación que existía en el momento de la conclusión del contrato.

El filósofo Séneca, en *De beneficiis*, expresa: *"Omnia es se debent eadem, quae fuerunt cum promitterem, ut promittis fides teneas"*, que quiere decir: para tener que cumplir lo prometido todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa.

De los textos transcritos, de algunos párrafos del Digesto y de las Institutas de Justiniano, y de algunas alusiones que se encuentran en las obras de Cicerón, deduce Serbesco que en ciertos casos, en el derecho romano se llegó a admitir la liberación del deudor a consecuencia de cambios de circunstancias que hacían más onerosa o difícil la ejecución de la obligación.

La mayoría de los autores, sin embargo, sostienen - que la teoría de la imprevisión es ajena al derecho romano, y que sólo se aplicó a casos particulares, basándose en la - interpretación de la voluntad de las partes, sin que exis - tiera un principio general y constante que la consagrara.

EN EL DERECHO CANONICO.-

Según Demogue, esta teoría nació en el derecho ca - nónico , y no cabe duda que los canonistas fueron los pri - meros en fundarla y los que la desarrollaron y divulgaron, hasta conseguir su aplicación por los tribunales eclesiás - ticos.

Los canonistas, según Planiol y Ripert, condenaban - el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas - del otro, como algo contrario a la moral cristiana. Pero no sólo contemplaron la lesión contemporánea al contrato, sino también la que resultaba del cambio ulterior de las circun - stancias. Con este fin consideraron como subentendida en los contratos una cláusula " REBUS SIC STANTIBUS", según la - cual, las partes consentían en subordinar implícitamente el mantenimiento de sus obligaciones a la persistencia de las - condiciones de hecho existentes en el momento en que se - consumaba el contrato. *La fórmula completa es: "Contractus est sub rebus sic stantibus"*

Graciano, Bartolomeo Di Brescia y sobretudo Santo - Tomás de Aquino, sostienen estas ideas. En su Summa Theolo - gica, este último se formula la pregunta de si toda mentira es pecado, contestando que aquel que promete hacer alguna - cosa, si tiene intención de hacer lo que promete no miente, porque no habla contrariamente a lo que piensa. Si después - no hace lo que había prometido, entonces parece obrar sin - fidelidad por aquello de que cambia la voluntad; sin embar - go, puede ser excusado por dos razones: En primer lugar, si lo que ha prometido es manifiestamente ilícito y " también - si han cambiado las condiciones de las personas y de los - negocios ".

LOS POST -GLOSADORES.-

Los glosadores que fueron los primeros comentadores del derecho romano, no se ocuparon de esta cuestión. En cambio los post-glosadores, recogen las ideas de los canonistas y comienzan a realizarlas.

Bartolo y su discípulo Baldo de Ubaldis, declaran que en todos los casos de renuncia se ha de presumir la cláusula " rebus sic stantibus "; y no sólo a las renunciaciones sino también a las promesas. Las aplicaron años después en el desarrollo progresivo de su teoría.

Desde aquel tiempo, se menciona en las colecciones de los Concilios la cláusula " rebus sic stantibus", abreviación de la frase " contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur"

Yason de Mayno, extiende la aplicación de esta cláusula a los contratos, disposiciones de última voluntad, juramentos, etc.

SIGLOS XVI Y XVII.-

En el siglo XVI Andrés Alciatus, precursor de la Escuela Histórica del Derecho, fué el primero en formular una síntesis completa sobre la materia. En primer término sienta el principio del respeto al contrato, y luego señala las excepciones, siendo una de éstas " cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad ". No obstante la influencia que ejerció Alciatus sobre la escuela francesa de Cujas, Doneau, Godedrey, etc. estos autores no hacen ninguna exposición sobre esta teoría.

En el siglo XVII los autores y la jurisprudencia de los tribunales italianos, precisan aún más la teoría de la imprevisión. Mantica y el Cardenal De Luca, sientan dos-

principios sobre esta materia que Brusin los expone así: -
1ª. Por su naturaleza, la cuestión de la imprevisión sólo -
puede tener aplicación en los contratos a término o de pres- -
taciones sucesivas. 2ª. Debe limitarse a aquellos casos en -
que la ejecución plena suponga un perjuicio tal que consti -
tuya una flagrante injusticia.

También es conocida en otros países la teoría -
de la imprevisión durante ésta época. En Francia se puede -
citar a Demol de la Charnay como su principal sostenedor, -
y en materia de jurisprudencia Zaki manifiesta que es famoso -
el fallo del Parlamento de Grenoble de fecha 2 de marzo de -
1634.

En Alemania y Holanda encontramos como principa- -
les teorizantes a Samuel Puffendorf y Hugo Grocio, respec -
tivamente. Ambos le crearon limitaciones y restricciones a -
esta teoría o hicieron notar los peligros que su amplia apli -
cación podría entrañar. Según estos autores la naturaleza -
de la relación contractual, el objetivo o finalidad psicoló -
gica del acto, hacen presumir que las circunstancias contem -
poráneas a la ejecución de él, han sido tomadas en conside -
ración, a lo menos inconscientemente por las partes. Bonneca -
se dice que para Grocio y Puffendorf, el contrato y la obli -
gación tienen siempre un enlace, una dependencia más o me -
nos estrecha con el estado de cosas existentes al celebrarse -
o contraerse .

La cláusula "Rebus sic stantibus", tuvo especial -
interés para estos autores, quienes también estudiaron el -
problema, relacionándolo con el derecho internacional públi -
co.

ULTIMOS AÑOS DEL S. XVII Y S. XVIII.-

Según Serbesco, discrepando solamente en cuanto -
a su extensión, la teoría es admitida en Alemania o Italia -

en esta época, bajo la fórmula: "Contractus qui habent tractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur".

Los autores clásicos franceses de este tiempo, - Domat y Pothier, no aluden a la teoría de la imprevisión, y esto explica que el Código de Napoleón, cuyos redactores se inspiraron principalmente en las obras de estos tratadistas, no haya tratado la cuestión ni se haya referido a ella.

En Alemania, en cambio, los autores la estudian, la profundizan y ensayan la construcción de sistemas jurídicos sobre su naturaleza, extensión, características y efectos. Henri Conze, profesor de Heidelberg, y De Laysen, - juristas destacados, sentaron sistematizaciones acerca de la imprevisión, tanto en derecho privado como en derecho público.

Para De Laysen, 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 debe - ría 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.

ULTIMOS AÑOS DEL S. XVIII y S. XIX.-

En Francia se produce por esta época una reacción contra la doctrina de la imprevisión y entra en decadencia, bajo la influencia de la teoría de la autonomía de la voluntad.

En los demás países de Europa la doctrina de los autores se torna más o menos adversa, y la tendencia general es a limitar sus efectos.

En Alemania, Windscheid formula la teoría de la pre-suposición, que ha sido considerada como un ensayo de fundar-sobre bases distintas la teoría de la imprevisión. Al estudiar los fundamentos de la imprevisión, estudiaremos la doctrina - de este célebre jurista alemán.

En Italia, según Serbesco, la teoría permanece esta-cionaria, y la cláusula " *rebus sic stantibus* " sigue siendo - admitida, más o menos en la misma forma enunciada por Andrés-Alciatus, aunque el código civil no la consagra.

En los códigos Bávaro de 1756, Prusiano de 1794 y en el de Austria de 1812, dice Zaki , se contienen algunas dis-posiciones en armonía con las consecuencias de esta teoría, - pero no hay una norma precisa y general que la consagre.

En el presente siglo, los conflictos armados, el in-cospechado desarrollo industrial y comercial, los modernos - inventos, etc., la han actualizado, y una vez más, se ha com-probado la bondad de sus principios. Ella corresponde a nece-sidades sociales que existen en todas las épocas, a potulados morales tan antiguos como la humanidad y a ideas de colabo-ración, solidaridad y justicia tan viejas como el cristianis-mo.

CAPITULO III

DIFERENCIAS ENTRE LA IMPREVISION Y OTRAS NOCIONES JURIDICAS.

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.-

Se dice que caso fortuito o fuerza mayor es todo hecho imprevisto, ajeno a la voluntad del deudor, que hace imposible el cumplimiento de la obligación.

De esta definición se desprenden los requisitos necesarios para que un hecho o acontecimiento constituya fuerza mayor o caso fortuito:

a) Que se trate de un acontecimiento imprevisto, es decir, cuyo advenimiento no haya sido conocido dentro de los cálculos ordinarios del hombre normal;

b) Que se trate de un hecho ^{que} ~~si~~ ^{no} ~~que~~ ^{haya} es imposible, - en absoluto, el cumplimiento de la obligación, y

c) Que se trate de un hecho ajeno a la voluntad - del deudor, que provenga de causa extraña a la acción y responsabilidad de éste.

La primera diferencia la tenemos, en que la imprevisión exige que se trate de hechos, que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la hagan exorbitantemente más onerosa o impongan al deudor un perjuicio apreciable y - grave.

En segundo término, la fuerza mayor se aplica a - toda clase de obligaciones, en cambio la imprevisión sólo se extiende a obligaciones contractuales que importan prestaciones sucesivas, mientras no estén ejecutadas íntegramente.

Respecto de sus efectos, tenemos que la fuerza mayor exime de responsabilidad al deudor por el incumplimiento

de la obligación y lo exonera de la indemnización de perjuicios; la imprevisión solamente atenúa el rigor de los efectos de la obligación; su sólo efecto es la revisión de las condiciones del vínculo jurídico, y en algunos casos, la suspensión del cumplimiento o la resciliación del contrato.

Bonnecase, sostiene que esta regla no es absoluta; que bien puede suceder que el caso fortuito acarree solamente la inejecución parcial de la obligación y que exima sólo en parte de la indemnización de perjuicios, y, viceversa, que en casos excepcionalmente graves, bien se puede considerar a la imprevisión como capaz de constituir un motivo suficiente para dejar sin efecto la obligación, eximiendo al deudor de toda responsabilidad.

Esta opinión de Bonnecase ha sido combatida con un argumento que en nuestro concepto es decisivo: Si basta para destruir la obligación la simple imposibilidad relativa (imprevisión), es injusto exigir la imposibilidad absoluta respecto de la fuerza mayor.

Existen teorías, que más adelante estudiaremos, que tratan de fundamentar la doctrina de la imprevisión en una ampliación del caso fortuito o fuerza mayor.

LA LESION.-

Se llama lesión el perjuicio pecuniario que una de las partes experimenta a consecuencia de un negocio jurídico o de un contrato desventajosamente celebrado.

Suele estudiarse dentro de la teoría de los vicios del consentimiento, porque está muy ligada con ella, al ser la lesión un indicio revelador de vicio en el querer. Sin embargo, más que un vicio de la voluntad, es una circunstancia que la ley ha erigido en ciertos casos, en causal de rescisión para proteger a la parte perjudicada.

La lesión ha sido admitida con reservas por las legislaciones entre otras cosas, por la dificultad que existe para su apreciación, dado el carácter subjetivo y variable

que tiene el valor de las cosas y prestaciones, según las personas, las épocas y las circunstancias.

La capital diferencia que existe entre esta noción y la doctrina de la imprevisión, consiste en que, para que haya lesión, el perjuicio tiene su origen en las mismas cláusulas del acto o contrato, y en la misma fecha de su celebración; en cambio, en la noción de imprevisión, el perjuicio incide y aparece con posterioridad al momento de la celebración del contrato.

Por otra parte, el efecto de la lesión es la rescisión del contrato, en cambio, la imprevisión tiene los efectos ya señalados al tratar su diferencia con el caso fortuito.

LA CONDICION RESOLUTORIA.-

Dice Pothier: Las condiciones resolutorias son aquellas que se ponen, no para suspender la obligación hasta su cumplimiento sino para hacerlas cesar cuando se cumplen. Una obligación contratada bajo una condición resolutoria, es pues, perfecta, desde el instante del contrato: el acreedor puede perseguir el pago. Más si, antes de que haya sido satisfecha, o que el deudor haya sido requerido para que lo hiciera, la condición bajo la cual se ha convenido que debería resolverse, se cumple, la obligación cesará.

De lo dicho se desprende que la condición, como acontecimiento futuro que puede suceder o no, la proveen las partes al obligarse, puesto que la formulan como tal. En cambio la imprevisión supone acontecimientos futuros imprevisibles en el momento de contratar.

Además, la condición puede operar, y de hecho opera, aunque la obligación haya sido ejecutada y por eso se dice que tiene efecto retroactivo. Por el contrario, la imprevisión supone una obligación no ejecutada aún, y generalmente una obligación que importa prestaciones sucesivas o

a término.

La condición resolutoria, pues, acarrea la rescisión del contrato y por tanto hace desaparecer la obligación; la imprevisión sólo atenúa sus efectos, pero sin hacerla desaparecer.

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.-

En el antiguo derecho imperó la doctrina romana de las "condictiones". En algunos códigos modernos sí se la consagra en textos legales como fuente de obligaciones, pero en la mayor parte de las naciones sólo obra dentro de la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

Los requisitos generalmente exigidos para que exista enriquecimiento sin causa son los siguientes:

1º. Que haya un enriquecimiento; 2º. Que se produzca un empobrecimiento correlativo; 3º. Que la ventaja patrimonial obtenida por el enriquecimiento carezca de causa; 4º. Que la persona que ejercita la "acción de in rem verso" carezca de otro medio o acción con base en una de las otras fuentes de las obligaciones o en los derechos absolutos, y 5º. Que no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley.

Ripert, en su doctrina sobre el fundamento de la teoría de la imprevisión, parece que confundiera tal noción con la del enriquecimiento sin causa, pero la diferencia es fundamental: En éste hay falta de justa causa; en la imprevisión hay causa justa.

Wahl dice: El enriquecimiento no es sin causa, cuando es la consecuencia de la ejecución de un contrato. Decir lo contrario es admitir la lesión como causa de rescisión del contrato, y no la lesión concomitante a él, sino una lesión posterior.

EL ABUSO DEL DERECHO.-

Hablando sobre este t6pico, Rade-
nos Casset, expresa: "Si bien entre el abuso del derecho y -
el riesgo imprevisible existen evidentes analogías, ya que -
en ambos se causa un perjuicio, se diferencian en que en el
riesgo imprevisible no media la intención nociva caracterís-
tica del abuso del derecho (para las doctrinas subjetivas).
Además, hay que tener en cuenta que en los supuestos de abu-
so del derecho, el ejercicio de éstos se refiere a derechos-
aparentes, y más propiamente a esos derechos débiles de que-
habla Stammler, derechos fantasma de Voirin, "diritti crudi"
de Rosmini, y de los que Riccardi dice que, sólo por una abe-
ración de los juristas, pueden ser tenidos por derechos. Por
el contrario, en los supuestos de riesgo imprevisible, el -
acreedor se ampara siempre en un acto jurídico firme."

Josserand funda la teoría de la-
imprevisión en la relatividad de los derechos, y expresa -
que, constituiría un verdadero abuso del derecho, que un -
acreedor, amparándose en el respeto debido al contrato y en
su fuerza obligatoria, pretendiera llevar a la ruina a su -
contratante, mediante la exigencia de que cumpla la obliga-
ción que el cambio de las circunstancias y el advenimiento-
de sucesos imprevisibles, ha hecho desproporcionada a su -
primitivo valor.

" " " "

CAPITULO IV

SU EXTENSION Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PRIVADO

En el presente siglo,

La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, apareció en su forma primera en la jurisprudencia administrativa, siendo desconocida por los tribunales ordinarios.

Su principal consagración la hizo el Consejo de Estado Francés, como consecuencia de los acontecimientos producidos por la guerra de 1914, en el célebre negocio de la Compañía de Gas de Burdeos.

A partir de tal decisión, se aceptó como algo definitivo la doctrina del riesgo imprevisible dentro de la jurisprudencia y del derecho administrativo.

El profesor Hauriou, dice: "no de los resultados de la teoría del riesgo imprevisible, es la aplicación de un principio de justicia distributiva a un contrato conmutativo. En efecto, el riesgo imprevisible se distingue del previsible; y entre tanto que éste continúa sometido a los principios de la justicia conmutativa (cada uno soporta sus riesgos), el riesgo imprevisible se declara común a las dos partes, y se distribuye, por así decirlo, entre ellas. Ya en la primera resolución del período de guerra dictada por el Consejo de Estado sobre la materia, se establece esta división o reparto".

Aceptada, pues, en derecho administrativo, algunos autores pretenden excluirla del dominio del derecho civil.

El argumento de estos autores, es el de que se trata de contratos distintos. Que en los contratos concertados por la Administración interviene la importante noción del "servicio público, "; que la Administración no contrata para enriquecerse, sino para mejor proveer las necesidades de los servicios públicos; que la Administración contrata no con vista

a su interés particular, ^{sin perjuicio} siendo atendiendo a la utilidad general, siendo el particular que con ella contrata más bien su asociado que su adversario.

Contra la anterior opinión, Berthélemy dice: - "No hay dos maneras de entender la buena fé: no hay una buena fé civil y otra administrativa. Todas las fórmulas especiales de lealtad necesaria que deben presidir los acuerdos humanos se imponen fuertemente, lo mismo en el derecho administrativo que en el derecho civil. No se puede oponer en materia de contratos el derecho administrativo al derecho civil, porque eso sería perjudicar a uno o a otro".

Esto nos parece irrefutable. El contrato en el derecho privado también tiene su función social y si no es aplicable la teoría de la imprevisión, tampoco podría decirse que le son aplicables las nociones de justicia y equidad.

Cornelio Mihail Popescu

Habiendo por aceptada la aplicación de esta teoría dentro del derecho civil, según los juristas más destacados, examinemos a qué clase de obligaciones se extiende el imperio de la imprevisión.

Respecto de las obligaciones que nacen de los delitos, de los cuasi-delitos o de la ley, la mayor parte de los tratadistas sostienen que no es aplicable. Como razones exponen: la de que las partes no han tenido intención de obligarse; la de que por regla general estas obligaciones son de ejecución instantánea y que la imprevisión supone, ordinariamente, obligaciones de ejecución sucesiva o diferida; y la de que, siendo los delitos y cuasi-delitos violaciones de la ley, su protección sería antisocial y antijurídica, aunque se basase en la excesiva onerosidad sobreviniente.

En cuanto a las obligaciones contractuales, hay casi unanimidad en sostener su franca aplicación. Siempre se ha sostenido que son revisables en virtud de la teoría de-

la imprevisión, las obligaciones que tienen por objeto prestaciones sucesivas o a plazo. "Contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus - intelliguntur ", decían los antiguos jurisconsultos. Es el campo más fecundo y extenso para el desenvolvimiento de esta teoría.

Será aplicable a las obligaciones que nacen de los contratos aleatorios ? . El jurista español Sánchez Román, dice: "Contratos aleatorios son todos aquellos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación pecuniariamente apreciable, pero no bien determinado en el momento del contrato, y si dependiente de un acontecimiento incierto, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o de pérdida ".

De manera que, un contrato aleatorio es, un cambio de riesgos , constituyendo la práctica de los contratos aleatorios un comercio de riesgos.

Algunos autores como Planiel, dicen que la distinción no reviste utilidad práctica, y que la teoría es aplicable tanto a los contratos conmutativos como a los aleatorios.

Radenes Casset también es partidario de la aplicabilidad de esta teoría a los contratos aleatorios, pues sostiene que en épocas como la actual en que sensible la influencia de las crisis, la distinción entre contratos conmutativos y aleatorios es muy difícil.

El profesor chileno De la Maza Rivadeneira, es adverso a las opiniones expuestas, y sostiene, que, siendo de la esencia de la teoría de la imprevisión el que sobre vengan estos acontecimientos imprevisibles, es inaplicable a las obligaciones que nacen de contratos aleatorios, ya que éstos suponen la intención que tienen las partes de mantenerse inalterablemente obligadas no obstante la sobreviniencia.

de esos acontecimientos.

En nuestro concepto, si las obligaciones que nacen del contrato aleatorio son de tracto sucesivo o a plazo, no hay razón para excluirlas del dominio de la imprevisión.

Es compatible con los contratos llamados de especulación? Los contratos de especulación suponen partes que se proponen obtener beneficios de las variaciones que suele experimentar la condición general de los negocios, las fluctuaciones del mercado. Naturalmente las partes proveen ciertas variaciones corrientes. La especulación supone lo extraordinario dentro de lo normal; la noción de imprevisión supone anormalidad.

La mayoría de los autores sostienen que sí es aplicable la imprevisión a estos contratos, excepto Planiol y Ripert, que son de opinión contraria.

Será aplicable a las obligaciones que importan prestaciones en dinero? El problema que verdaderamente puede presentarse es el de saber si procede aplicar la imprevisión en casos de depreciarse la moneda.

La opinión más aceptada es la de que no es susceptible de ser aplicada en estos casos. Dice Ripert, que en esos casos, los contratantes no son víctimas de una injusticia especial, pues la depreciación de la moneda es un fenómeno que afecta a todos los habitantes del país. Son perjuicios que todos sufren por igual y que todos deben soportar.

Además, las variaciones mismas del cambio no producen graves trastornos, y la alteración del valor adquisitivo de la moneda se produce siempre con lentitud. Estos trastornos no son tan graves como los que producen otra clase de acontecimientos, y aún, podría haber posibilidad de defenderse contra ellos.

Cabe anotar aquí, que este problema se relaciona con el de la cláusula oro. Sin tratar de ampliarlo, brevemente diremos que la cláusula oro en los contratos o sea la estipulación que se inserta estableciendo que el acreedor será pagado con moneda oro cuando venza la obligación, es de dos clases: general y especial. La primera significa que el pago se verificará en la moneda oro que tenga curso legal el día del vencimiento de la obligación, y la segunda que se pagará en monedas de oro de un peso y ley determinados, cualquiera que sea la moneda oro que tenga curso legal al tiempo de cumplirse la obligación.

Con estas cláusulas muy usuales en países donde es inestable el valor oro de la moneda y con las que acreedor y deudor buscan protegerse; el primero contra un débil y el segundo contra un mayor valor que pudiera tener la moneda corrientes, aunque generalmente es débil lo que afecta la moneda de los países.

Siendo esto así, la imprevisión no puede ser aplicada, puesto que quienes estipulan cláusula oro, proveen posibles alteraciones monetarias y se aseguran contra ellas o consienten en sufrir los perjuicios que de ellas pueden derivarse.

Estudiada ya la extensión de esta teoría, conviene tratar de sus efectos.

RESOLUCION.-

Algunos autores dicen que el efecto es la resolución, no en el sentido de la destrucción del contrato, sino que su efecto podría equipararse al de una condición resolutoria cumplida.

Esta solución no parece aceptable, por dos razones: desconocería la eficacia del contrato en el lapso intermedio, y daría efecto retroactivo a la imprevisión, lo cual

es bastante injusto.

RESCILIACION.-

Otros dicen que el efecto es la resciliación. Para algunos tratadistas, resciliación es un modo de extinguir las obligaciones por mutuo acuerdo de las partes. Para los autores franceses tiene un significado distinto.

Según Colin y Capitant, cuando la resolución se aplica a los contratos sucesivos, tales como el arrendamiento, toma un nombre especial, el de resciliación, y presenta el carácter específico que la diferencia de la resolución ordinaria, de no producir efecto retroactivo. En este sentido también se expresa Valencia Lea, y naturalmente, en esta forma, es más aceptable que la resolución.

SUSPENSION.-

Algunos autores proponen esta solución, siempre que se trate de acontecimientos temporales, destinados a durar breve lapso.

Es una solución más aceptable que las anteriores, puesto que respeta la fuerza obligatoria de los contratos, pero es de difícil aplicación, ya que en la mayoría de los casos no es posible saber si los acontecimientos constitutivos de la imprevisión son de duración y efectos transitorios.

La suspensión del contrato, es pues, peligrosa, ya que en un caso dado podría agravar los males que se trata de evitar.

REVISION.-

La solución más satisfactoria parece ser la revisión de las condiciones del contrato, como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades.

Esta solución, dice De la Maza, tiene la inapreciable ventaja de conciliar la seguridad de las relaciones económicas, con las exigencias de la moral y la justicia, y con las nuevas necesidades creadas por los acontecimientos.

Planiol y Ripert no la aceptan, por cuanto el contrato tiene su fundamento en la voluntad de las partes, la cual no puede ser modificada por la autoridad. Zaki, dice que es inconveniente por que el papel de los tribunales es controlar la estricta ejecución de los contratos y no rehacerlos.

Tal vez la mejor solución sería la revisión del contrato por las partes ante la justicia ordinaria, y caso de no ser posible que las partes acuerden la revisión, decretar la resciliación.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.-

Conviene examinar brevemente si entre los efectos de la imprevisión se encuentra la indemnización de perjuicios.

Dice Alessandri, que indemnización de perjuicios es el derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación.

En consecuencia, la indemnización de perjuicios procede cuando el deudor no cumple o cumple imperfectamente la obligación o cuando retarda su cumplimiento, llenándose ciertos requisitos que determina la ley. En el primer caso la indemnización de perjuicios se llama compensatoria; en el segundo, toma la denominación de moratoria.

Pothier expresa: "cuando, pues, se dice que el deudor está obligado al pago de daños y perjuicios al acreedor, como resultado del incumplimiento de la obligación, quiere decir que debe indemnizar al acreedor de la pérdida -

que le ha causado y del beneficio de que le ha privado la inexecución de la obligación."

De lo dicho se desprende la doctrina clásica de que la indemnización de perjuicios debe comprender el daño emergente y el lucro cesante.

Como de acuerdo a la doctrina de los autores, solamente el caso fortuito o fuerza mayor exonera al deudor de la indemnización de perjuicios, por su característica de hacer absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación, debemos admitir y reconocer que en los casos en que es aplicable la teoría de la imprevisión, siempre habrá lugar a la indemnización de perjuicios.

La razón es lógica: La teoría debe ser justa con ambos contratantes; si al deudor lo libera de una obligación excesivamente onerosa, también se debe indemnizar al acreedor los perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación.

En caso de revisión por mutuo acuerdo de las partes, naturalmente éstas podrán prescindir de la indemnización.

Si se decreta por el juez la resciliación, la indemnización de perjuicios se impone, y ella deberá abarcar el daño emergente (su valor sin la existencia de los acontecimientos imprevistos e imprevisibles) y el lucro cesante (que deberá estimarse tomando como base el curso normal de los negocios, haciendo abstracción de los acontecimientos dichos).

Si lo que se decreta es la suspensión, la indemnización no podrá comprender el lucro cesante, porque no existirá, pues el contrato volverá a ser ejecutado una vez expirado el término de la suspensión. La indemnización sólo será moratoria.

CAPITULO V

FUNDAMENTO DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

Las doctrinas expuestas para justificar la im -
previsión pueden ser agrupadas según cuatro orientaciones di -
ferentes:

I. Dentro de la relación jurídica.--Viendo en -
ella algo inherente a la noción misma del acto jurídico o -
del contrato.

II. Fuera de la relación jurídica.--Considerán -
dola como una manifestación de la influencia de las nociones
de moral y de derecho, o teniendo en cuenta consideraciones -
económico-sociales.

III. Tentativas de justificarla atenuando la no -
ción del caso fortuito o fuerza mayor.

IV. Teorías que no son doctrinas construídas -
con el fin de justificar la imprevisión, pero que por su -
contenido resuelven el problema.

También podemos anotar que en varios países -
existe una orientación tendiente a buscar el fundamento de -
la imprevisión en los textos legales vigentes.

Examinemos, pues, una a una, las diversas doc -
trinas conocidas e importantes, que sobre este tópicó han ex -
puesto los autores en las distintas épocas.

DENTRO DE LA RELACION JURIDICA

CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.--

Los autores partidarios de es -
ta orientación, ven en la imprevisión la resultante de esta -
cláusula tácita en los contratos que importan obligaciones -

de tracto sucesivo.

El sentido de la cláusula es de que las partes no quedan obligadas a sus prestaciones recíprocas sino en el caso de que las circunstancias generales existentes al tiempo del contrato, subsistan en el mismo estado hasta la ejecución completa de la obligación.

El fundamento es el de que las partes no pueden haber querido su empobrecimiento.

Las críticas que se le hacen y en virtud de las cuales, aparece como poco aceptable, consisten en lo siguiente: Subentender una cláusula tácita, supone la previsibilidad del futuro cambio de circunstancias; esto destruye uno de los requisitos de la imprevisión. En segundo término, la cláusula no se justificaría sino en el caso de que perteneciera a la esencia del contrato, pues con igual razón podría decirse lo contrario: que en todo contrato las partes asumen los riesgos posteriores resultantes del cambio de circunstancias económico-sociales.

TEORIA DE LA PRESUPOSICION.--

Fue expuesta por Windscheid, y tiene como fundamento el móvil determinante del negocio jurídico. Esta doctrina niega justa causa a los efectos jurídicos de una declaración de voluntad que se ha emitido bajo presuposición, por cuanto quien así lo hace, emite esa declaración teniendo en cuenta las circunstancias existentes en la época y suponiendo que han de mantenerse en el mismo estado.

Tratándose de la imprevisión, la presuposición es la creencia de que han de mantenerse las circunstancias existentes al celebrarse el contrato. Ante un cambio imprevisible y grave de esas circunstancias, el deudor podrá oponer la excepción que se atribuye como efecto a la presuposición.

Los enemigos de esta teoría le han formulado las siguientes críticas:

En primer lugar, es una forma diversa de invocar la cláusula *rebus sic stantibus*, y en consecuencia no es aceptable por las mismas razones que ésta. En segundo lugar, equivaldría a imponer a la otra parte una condición resolutoria que no ha aceptado. Además se trata de dar fuerza y valor jurídico a los "motivos" que las partes tienen al contratar, y es bien sabido que el motivo no influye en la eficacia del negocio jurídico.

Lenel dice: No es posible ni justo que una parte pueda dejar sin efecto un contrato, invocando creencias que a su tiempo no se cuidó de formular debidamente.

TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES.-

Los sostenedores de esta teoría, opinan que en todo contrato oneroso, las partes al momento de celebrarlo, toma en cuenta las circunstancias económicas existentes y calculan sus posibilidades de ganancia o de pérdida. Que por tanto, al cambiar imprevisiblemente esas circunstancias tornando más onerosa la obligación para el deudor, el equilibrio entre la equivalencia de las prestaciones se rompe, y es de justicia la revisión del contrato.

Esta tesis sostenida por Giorgi, Krückmann, Lenel, Maury, ha sido combatida diciendo que el principio objetivo de la equivalencia de las prestaciones es insuficiente fundamento para la imprevisión, pues sus propios autores se refieren más a la equidad y a la justicia distributiva que al desequilibrio económico, y que por tanto este principio no actúa sólo, sino unido a las nociones de justicia y de moral.

Algunos autores han sostenido que para que se pueda aplicar la teoría de la imprevisión, el desequilibrio entre las prestaciones debe ser de tal magnitud que traiga-

como consecuencia la ruina del deudor.

No compartimos esta tesis, porque ella sólo ampara a los deudores insolvente o económicamente débiles, dando lugar a la injusticia discriminatorio de dejar sin el amparo de la imprevisión a los deudores ricos. En nuestro concepto sólo debe tenerse en cuenta que la obligación se vuelva excesivamente onerosa, que cause un desembolso lesivo para el patrimonio del deudor, aunque la consecuencia no sea la ruina inevitable.

TEORIA DE LA VOLUNTAD MARGINAL.

De esta teoría es autor el italiano Osti, quien afirma que la cláusula "rebus sic stantibus" es un problema de voluntad.

Luego dice que la voluntad obligacional presenta un doble aspecto: voluntad directa de asumir la obligación y voluntad de ejecutar la prestación correspondiente. Esta última voluntad queda sólo en estado de determinación, y la llama "voluntad marginal".

En seguida pregunta, cuál es el substratum psicológico de esa ulterior determinación, de la voluntad marginal?

La persona obligada valora económicamente la actividad que debe cumplir, con la mayor aproximación posible. Para calcular esa valorización, concurren dos representaciones: La dificultad objetiva que emana de la naturaleza intrínseca de la actividad, y el reflejo de esa dificultad objetiva sobre la economía particular del obligado. De allí que éste, quiera obligarse a realizar una determinada prestación de "tal entidad económica" que coincida con su representación. La voluntad que tiene por sustrato psicológico la representación de esta "entidad", constituye la "voluntad marginal".

De lo dicho se desprende que dicha representación

va unida necesaria y lógicamente al acto de voluntad que constituye el vínculo obligatorio y que es conocida de la otra parte contratante e implícitamente aceptada por ella.

De manera pues, que el fundamento de la teoría, llamada por Osti "della sopravvenienza", tiene su fundamento en la propia relación contractual.

Se ha criticado esta teoría de Osti, diciendo - que en último término la "voluntad marginal" no es otra cosa - que lo que la doctrina llama "motivos", por lo cual le son - aplicables todas las críticas hechas a la doctrina de la - presuposición.

Nos parece poco aceptable esta teoría, porque - frente a las voluntades individuales se elevan razones de solidaridad humana, de justicia, de seguridad social. La fuerza obligatoria de las convenciones se volvería un mito, si - prevalecieran sobre estos principios los análisis sutiles y acomodaticios de la voluntad individual. Sería imposible exigir a los tribunales la aplicación de esta teoría, basándose - solamente en la interpretación de la voluntad.

TEORIA DE LA SITUACION EXTRACONTRACTUAL.-

Bruzin

es el sostenedor de esta doctrina. Para él, todo lo que pudo concebirse en el momento del contrato se quiso, pero no más allá.

Lo imprevisible sobrepasa los límites contractuales. Cuando se está en los límites de lo previsible, esas circunstancias revisten carácter contractual, pero llegando a los límites de lo imprevisible su carácter es ya extrac contractual, y por tanto, el contrato no liga a las partes.

Un antecedente de esta teoría, dice Badenes Gasset, puede verse en el affaire del gas de Burdeos. Ribuslet, comisario del Gobierno en su voto dijo: "El alza excepcional del precio del carbón es un caso de fuerza mayor.....! este hecho engendra una situación extrac contractual, ya que responde a un alza imprevisto".

Voirin, refutando esta teoría, dice que ella parte de una confusión. Que lo que hay es hecho extracontractual (realidad) y no situación extracontractual (ficción).

Aunque también parece involucrar una razón de voluntad para darle fundamento a la teoría, no nos parece aceptable por las mismas razones que hicimos notar respecto de la teoría de la presuposición.

LA TEORIA DE LA BASE DEL NEGOCIO.-

Para Cortmann, -

la base del negocio es la que una parte piensa respecto de la existencia, subsistencia o aparición de ciertas circunstancias. Esta base, debe ser notoria en la estructura externa del negocio jurídico y debe corresponder a una absoluta convicción.

Este autor dice: "Sucede en ocasiones que, de una manera cognoscible, las partes quieren apoyar los efectos del negocio exclusivamente sobre la base de un hecho determinado, que no elevaron a condición, simplemente por suponerlo ya dado o considerar indudable su cumplimiento futuro."

Si se altera ese hecho, que es la base del negocio, habría lugar a decretar la resolución del acto.

En nuestro caso, la base del contrato sería la creencia absoluta de que han de mantenerse las circunstancias bajo las cuales se celebró, en tal forma, que sin esta creencia la parte no se habría obligado. No se trata de una condición, porque la parte no ha subordinado su obligación al evento de que ocurra o no un hecho futuro e incierto, sino la convicción absoluta de que se mantendrá el estado de cosas imperante.

Esta teoría ha tenido acogida y aplicación por los tribunales del Reich y es sostenida por varios civilistas alemanes, no obstante fundadas críticas que se le han formulado.

La objeción más importante que se le ha hecho, es la de que equivale a fundar la imprevisión sobre la noción del error, sobre lo cual ya tratamos en capítulo anterior dando sus diferencias. También se ha dicho que es muy oscura, pues no se sabe qué es la "estructura externa del negocio jurídico", expresión usada por Cortmann.

También se ha dicho que la doctrina de este autor opera con ficción. Los que tal cosa opinan, dicen: la base del negocio es la creencia de que las circunstancias se mantendrán inalterables, tal cual se hallan en el momento de contraer la obligación y en forma tal, que sin esa creencia las partes no hubieran contratado. Pero cuando las partes no piensan para nada en la posibilidad de tal alteración, y la pretendida base del negocio no se revela en signo alguno, no queda otro remedio que inferir aquella convicción del silencio de las partes, y esto es una ficción manifiesta.

A pesar de todas estas críticas, su autor ha logrado triunfos de alto relieve, al lograr que los tribunales alemanes apliquen la imprevisión con fundamento en su teoría de la base del negocio.

TEORIA DEL "DEBER DE ESFUERZO".--

Según Hartmann, el contenido del deber jurídico consiste no en la prestación, sino en un "deber de esfuerzo" para la consecución del objeto de la prestación, más o menos intenso según los casos.

Si sobrevienen acontecimientos imprevisibles, es suficiente que el deudor haya realizado el "deber de esfuerzo" que se le impuso de buena fé, para que el incumplimiento no pueda serle imputable.

El deudor ha cumplido, aunque el objeto de la obligación no se ha conseguido a causa de un obstáculo que frustró la actividad y el esfuerzo prestados.

Según Brecht, esta teoría es inadmisibile, pues lo que se promete por un contratante respecto del otro, es el "resultado", pero el deber que se impone no puede ser el mismo porque es posible que éste se sustraiga al poder del obligado por acontecimientos externos.

Krüickmann objeta que si se admitiera que en la obligación no importa el resultado, sino el esfuerzo para actuarlo, habría que afirmar que internamente estaría incumplida si costó al deudor un esfuerzo menor del que se debía de la obligación.

REFERENCIAS A LA TEORIA DE LA CAUSA.-

Sabemos que una gran corriente doctrinal ha combatido la teoría de la causa, por inútil oscura, ilógica, etc. Entre estos autores podemos citar a Planiol, Giorgi, Laurent, Baudry-Lacantinerie.

No obstante, en los últimos tiempos, aparece una reacción contra la teoría anticausalista, dándole a la teoría de la causa una orientación más amplia y más psicológica. Sin pretender adentrarnos en una materia tan difícil y controvertida, sólo veremos brevemente algunos conceptos de autores que pretenden ver en la causa el fundamento de la imprevisión.

Según Demogue, la causa es un punto de vista especial del objeto, pero mientras la teoría del objeto se refiere a la utilidad subjetiva de la obligación, la teoría de la causa se refiere a su utilidad social.

Con esta nueva concepción, pretende encontrar en ella, el fundamento para la teoría de la imprevisión.

Ruggiero y Venezian, tienen una concepción parecida a la de Demogue sobre la teoría de la causa, y sostienen que la causa como función económica y social en virtud de la cual el derecho reconoce y da vida a la voluntad de las partes, es el fundamento de la imprevisión.

TEORIA DEL " ESTADO DE NECESIDAD ".

Al tratar el jurista italiano Coviello, sobre el " estado de necesidad", expone su doctrina sobre la expropiación de los derechos en determinadas circunstancias.

Con arreglo a esta doctrina, la obligación que llega a ser excesivamente onerosa coloca al deudor como en un estado de necesidad haciendo de este hecho un derecho de expropiación del derecho del acreedor, que autoriza al deudor a sustituir dicha obligación por una compensación adecuada.

Con esta teoría se llega, en últimas, a la de la equivalencia de las prestaciones, de manera que no es aceptable por las mismas causas que no lo es aquella.

Por otra parte, también se le ha formulado la crítica, de que el principio universalmente aceptado, es el de que la expropiación de los derechos siempre se hace por razones de interés público o de utilidad social y no por simple conveniencia privada.

II.- FUERA DE LA RELACION JURIDICA

PREDOMINIO DE LA NOCION MORAL.-

Ripert, dice: " la imprevisión reposa sobre la idea moral de que el acreedor cometiere una suprema injusticia usando de su derecho con demasiada rigidez ". Además, agrega, que su fundamento está fuera de la relación jurídica, y que por ser una teoría peligrosa, debe usarse solamente en casos extremos y que afectan a toda una categoría de deudores.

Esta doctrina constituye un paso de avanzada en las modernas tendencias espiritualistas del Derecho, en cuyo desenvolvimiento se hace sentir la influencia de los principios morales del cristianismo, y su principal postulado es el de que la vida moral debe predominar sobre la vida económica, y que ésta debe subordinarse a aquella.

Las críticas que se le han formulado a esta teoría consisten en sostener que, como fundamento jurídico, la moral es un término demasiado vago y que lo que gana en extensión lo pierde en precisión, y que además, esta teoría no distingue el área previsible del imprevisible.

Voisin es otro autor que fundamenta la imprevisión en la moral, y dice: "La realización estricta de la justicia conmutativa es impracticable en todo su rigor; pero de ahí a negar todo valor jurídico a la moral, hay mucha distancia".

LA NOCIÓN DE BUENA FÉ.-

Wendt, Klenke, Atienza, encuentran el fundamento de la imprevisión en la buena fé. Sostienen que el legislador no puede prever todos los casos, y que es la buena fé un principio de seguridad para la aplicación del derecho en cada caso concreto. Y que la buena fé es el medio más adecuado para la gradual y progresiva transformación y evolución del derecho.

Cetti, criticando esta teoría expresa que buscar como fundamento de la teoría de la imprevisión el criterio impreciso de la buena fé, supone una confesión de la impotencia para encontrar un principio suficientemente determinado.

Sin embargo, dice Badenes Casset, cuando el principio de la buena fé va revistiendo cierta precisión técnica, como en los estudios de Gorphe y de Alaina Atienza, forzoso es reconocer que va desapareciendo esa vaguedad e imprecisión.

En el célebre negocio del gas de Burdeos, Charvet en su voto consignó: "El contrato no puede aplicarse hoy estrictamente literalmente; eso sería contrario al principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fé."

Al discutirse la ley francesa de emergencia conocida con el nombre de ley Faillot, en 1918, se dijo: "Parece difícil sostener que un negocio concluido en circunstancias normales al precio corriente, con una álea limitado, sea ejecutado de buena fé si el comprador, aprovechando acontecimientos extraordinarios y pasajeros, exige la entrega en condiciones que le procuren una ganancia exorbitante o absolutamente imprevista y que arruinaría al vendedor".

En Francia se ha invocado, para darle fundamento legal a la imprevisión, el 1º.º del Art. 1134, que corresponde al Art. 1603 de nuestro código civil, según el cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fé. Más adelante trataremos sobre este punto.

LA NOCIÓN DE DERECHO.-

Esta concepción es la aceptada por M. Bonnecase.

Según él, si se quiere llegar a una verdadera noción jurídica de la imprevisión, es necesario deslindar al derecho de la moral. A su juicio, en materia de derechos patrimoniales la noción de derecho se basta a sí sola y en consecuencia, sería suficiente fundamento para la aplicación de esta teoría.

Sostiene este autor que, desde el momento en que el derecho positivo esté en contradicción con los principios generales y universales de derecho, con los dictados de la justicia, cesa de constituir una norma de derecho y pasa a ser una imposición social arbitraria.

En consecuencia, sobre el principio clásico de que el contrato es ley para las partes e inmodificable respecto a las obligaciones, deben predominar los valores éticos del derecho, para humanizar la norma legal y evitar que se consuma una injusticia con el deudor.

EL ROL ECONOMICO Y SOCIAL DEL CONTRATO.-

Para Demogue, el contrato es una cosa viva, no puede ser absolutamente rígido. Frente a circunstancias imprevisibles que alteren de manera grave la economía contractual, la revisión del contrato se impone, pues nadie contrata para arruinarse.

Los acontecimientos imprevisibles han cambiado el rol económico y social del contrato, vale decir su utilidad social, y en consecuencia, a restablecer ese equilibrio viene la aplicación de la imprevisión, ya sea revisando o suspendiendo el contrato.

Finalmente, dice este autor, la imprevisión dará lugar a una repartición de las pérdidas y satisfará así mejor su papel en la vida económica.

Esta doctrina tiene mucho de común con la que vamos a examinar en seguida.

TEORIA DE LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS.-

Josserand funda la teoría de la imprevisión en la relatividad de los derechos.

Constituiría un verdadero abuso del derecho, que un acreedor, amparándose en el respeto debido al contrato y en su fuerza obligatoria, pretendiera llevar a la ruina a su cocontratante, mediante la exigencia de que cumpla la obligación que el cambio de circunstancias y el advenimiento de sucesos imprevisibles, ha hecho desproporcionada a su primitivo valor.

También dentro de esta doctrina existe una variante que sostiene la aplicación de la imprevisión, en miras a evitar un enriquecimiento sin causa, por parte del acreedor.

Como ya examinamos las diferencias que exis -

ten entre las nociones de abuso del derecho y enriquecimiento sin causa con relación a la noción de imprevisión, ello nos evita entrar aquí en nuevo exámen de estas cuestiones.

Bástenos decir que el abuso del derecho es un preservativo que protege contra las extralimitaciones del derecho positivo, contra el ejercicio anormal de las facultades que éste concede a las personas, y que el enriquecimiento sin causa sólo obra en ausencia de una norma positiva que autorice al restablecimiento del equilibrio entre los patrimonios, y que lo restablece con fundamento en la moral y en el derecho. En cambio, la imprevisión no sólo mantiene dentro de sus justos límites al derecho positivo, sino que en determinados casos viene a oponerse, a contradecir normas legales positivas ya en forma aparente o real. Esto sostiene el profesor Bonnocase y constituye una argumentación irrefutable.

III FORTUITO.

TENTATIVAS DE JUSTIFICARLA ATENUANDO EL CASO

Esta doctrina consiste en tratar de sustituir como requisito de la fuerza mayor la imposibilidad absoluta, por la simple imposibilidad relativa, por la dificultad de ejecución.

La imposibilidad material, absoluta, consiste en un impedimento de todo punto invencible. La imposibilidad relativa se refiere a un impedimento que puede ser vencido con una suma de esfuerzos y costos excepcionales.

Estos expositores dicen que la imposibilidad que afecta al deudor cuya prestación, por acontecimientos imprevisibles se ha tornado onerosa, no es subjetiva, pues surge de un nuevo estado de cosas exterior y ulterior al contrato, estado que es notamente objetivo. Con base en lo anterior distinguen la imposibilidad absoluta objetiva de la relativa objetiva, y ésta de la simplemente subjetiva. La absoluta objetiva sería impedimento invencible

cible; la relativa constituye un impedimento que puede ser vencido, con costos y esfuerzos excepcionales, a lo cual no está obligado el deudor.

Y en efecto, dicen, si en los contratos que tienen por objeto la mutua utilidad de las partes, no se le exige al deudor sino mediana diligencia y cuidado, es contrario a este principio exigir el cumplimiento de una obligación, - que por circunstancias imprevisibles, sólo podría ejecutar - con un máximo de diligencia. En estos casos, debe considerarse como si existiera una fuerza mayor que hace imposible el cumplimiento de la obligación.

Giorgi, criticando esta doctrina expresa: "La dificultad, por grande que sea, nunca debe considerarse como caso fortuito para que el deudor se aproveche de ella para librarse". En el mismo sentido se pronuncia Chironi, quien sostiene que sólo la imposibilidad absoluta puede legitimar la liberación del deudor.

Esta teoría a pesar de estas serias críticas, ha sido acogida por los tribunales italianos, y con base en ella, la jurisprudencia inglesa ha creado la llamada "commercial impossibility".

Por otra parte, ya dejamos visto, que se trata de dos situaciones diferentes. La fuerza mayor o caso fortuito, es la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación; la imprevisión o riesgo imprevisible, es la excesiva onerosidad, la "difficultas prestandi".

Y por último diremos: Si basta para destruir la obligación la imposibilidad relativa, es injusto que se exija la absoluta con respecto a la fuerza mayor, y por consiguiente no nos parece aceptable esta orientación jurídica.

IV TEORIAS QUE POR SU CONTENIDO RESUELVEN EL PROBLEMA
TEORIA DE LA INTEGRACION. -- Smend, autor de esta teoría, -

considera al Estado como " un fluir perenne en que, sobre la base de una coincidencia primaria en lo fundamental, los elementos componentes van superando las divergencias merced a un proceso continuado de integraciones, que se operan por actuaciones personales, reales o funcionales, hasta lograr que el organismo viva y prospere".

Badenes Gasset, comentando esta doctrina dice: - Esta posición, aplicable tanto a los contratos a término como a los de tracto sucesivo, permite superar toda clase de dificultades y nuevos factores que el futuro plantee, y aceptando la teoría en cuestión llegaremos como lógica consecuencia a revisar el acto jurídico origen de la relación obligacional, estimando las circunstancias sobrevinientes sin necesidad de tener que vencer dificultad técnica alguna".

Considera, pues, esta doctrina que el contrato a término o con cumplimiento diferido es un fenómeno de integración, y sujeto por tanto, a las mutaciones causadas por las circunstancias y a su revisión por el Estado.

TEORIA DE LA PLURALIDAD DE CONTRATOS EN LAS OBLIGACIONES DE TRACTO SUCESIVO.-

Larombiere, autor de esta construcción jurídica, sostiene que en los contratos de tracto sucesivo hay tantos contratos cuantas son las prestaciones, y que tales contratos se van perfeccionando a medida que llega el momento de la ejecución.

De acuerdo al anterior concepto, no habría dificultad para aplicar la teoría de la imprevisión, pues al sobrevenir los acontecimientos imprevisibles el contrato no existiría, cosa necesaria para que pueda plantearse el problema.

Bonnecase, refutando esta doctrina, dice que el contrato es único, que las obligaciones se constituyen "ab initio", que la causa de la obligación es también única,

y único el consentimiento que es el inicial. Que la pluralidad de contratos es anticientífica y que por consiguiente, es inaceptable como fundamento de la impresión.

Las argumentaciones consagradas a buscar el fundamento de la imprevisión en los textos positivos vigen - tes, las examinaremos brevemente al estudiar las doctrinas y la legislación extranjera, en el capítulo siguiente.

CAPITULO VI

DOCTRINA, LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERAS

Las tendencias modernas del derecho ya no consideran a la ley como la obra de un grupo de individuos de suma inteligencia y rechazan el método que aconseja buscar en ella el sentido que quiso darle la voluntad inteligente que la produjo, teniendo en cuenta el momento en que fué formulada. Las tendencias revisionistas del derecho se orientan en el sentido de crear un método, cuyo objeto principal sería adaptar la ley a los nuevos hechos, a las nuevas necesidades humanas y armonizar la rigidez del derecho escrito con las exigencias de las transformaciones sociales y económicas.

Muchos tratadistas opinan que la jurisprudencia puede desempeñar papel de primera magnitud en esta nueva orientación jurídica, pues fundándose en normas positivas vigentes o en los principios generales del derecho, podría consagrar la teoría de la imprevisión.

Estas nuevas concepciones se están abriendo paso dentro de muchas legislaciones, como se verá en la breve reseña que vamos a esbozar en seguida.

EN ARGENTINA.-

Alfredo Colmo, eminente civilista argentino, comentando la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones expresa: "....la doctrina de la tácita presuposición o la implícita cláusula rebus sic stantibus puede ser admitida en aquellos supuestos de contratos a largo plazo o de usos y prácticas que la consientan, pues de otra suerte la simple dificultad o la mayor onerosidad del obligado van a dar cuenta de la imposibilidad que quiere la ley".

De lo transcrito y de otras más profundas disquisiciones de este autor, se viene en conocimiento que el derecho civil argentino sí acepta la imprevisión y que la ha consagrado en varios estudios jurisprudenciales.

EN ALEMANIA.-

Como lo dijimos en el capítulo anterior, los civilistas germánicos han producido numerosas teorías sobre el fundamento de la imprevisión.

En cuanto a jurisprudencia, el Tribunal del Reich, ha fundado el derecho de resolución por alteración de las circunstancias en la desaparición de la base del negocio, doctrina expuesta por Cертmann, profesor de la Universidad de Göttingen.

También algunos tribunales alemanes han fundado la imprevisión en varios artículos del código civil de 1900, que disponen que los contratos deben ser ejecutados e interpretados de conformidad a las exigencias de la legalidad y la confianza recíprocas, en armonía con los usos corrientes de los negocios.

EN ITALIA.-

Italia también ha aportado numerosas teorías sobre el fundamento de la imprevisión, de las cuales las más importantes son la de Cetti, llamada de la "Voluntad marginal" y la de Coviello con referencia al "Estado de necesidad", que produce un derecho de expropiación del derecho del acreedor y que ya hemos estudiado.

La jurisprudencia italiana acepta esta teoría con base en el artículo 1224 del código civil, según el cual las obligaciones deben ser ejecutadas con la diligencia de un buen padre de familia.

EN SUIZA.-

Como fundamento de aplicación de esta teoría, se ha invocado el artículo 29 del código civil, que

dice: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones, según las reglas de la buena fé. El abuso manifiesto de un derecho no está permitido por la ley".

Los tribunales suizos la han aceptado, y su principal tratadista ha sido Rossel.

EN RUSIA.-

El código civil soviético dice en su artículo 19.: "Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que se ejerzan en un sentido contrario a su distinción económica y social".

Este artículo ha servido de fundamento legal para la aplicación de la imprevisión en la U. R. S. S., pues el deudor al exigir el cumplimiento de la obligación, que circunstancias imprevisibles la han hecho excesivamente onerosa, está ejerciendo su derecho en sentido contrario a su finalidad económica y social y la ley no lo protege.

EN INGLATERRA.-

Ya vimos cómo la jurisprudencia inglesa, inspirándose en la doctrina que justifica la imprevisión como una extensión o atenuación del caso fortuito, ha construido o elaborado su teoría de la "commercial impossibility", que consiste en considerar física y materialmente imposible la ejecución de una obligación en el caso de hacerse impracticable en el sentido comercial de esta palabra.

EN FRANCIA.-

Hemos visto ya las teorías de varios expositores franceses acerca del fundamento de la imprevisión, de las cuales son las más importantes la de Riber, la de Bonnocase y la de Demogue.

En consecuencia, sólo nos resta estudiar la tendencia de Wahl, Ryot y Magnan de Bornier, que pretende encontrar el fundamento de la imprevisión en diversas dispo-

siciones del código civil francés.

Se ha invocado en primer lugar el inciso 3º del artículo 1134 del c.c. francés, según el cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fé. Este principio también lo consagran el artículo 1545 del código civil chileno y el artículo 1603 de nuestro código.

Según los partidarios de esta tendencia, es opuesto a la buena fé que el acreedor exija al deudor el cumplimiento del contrato, cuando por circunstancias imprevisibles, su ejecución imponga a éste cargas excesivamente onerosas. Capitant, por el contrario, afirma que el art. 1134 al hablar de la buena fé, se refiere a la interpretación y no a la existencia de las obligaciones y que por tanto no puede servir de base para la teoría de la imprevisión.

Para respaldar el rechazo a la "buena fé" como base para fundamentar la imprevisión de acuerdo al artículo que comentamos, se cita la siguiente jurisprudencia francesa: " El juez está ligado por las convenciones como por la ley y no puede modificarlas por la equidad. Puede interpretarlas a condición de no desnaturalizarlas".

Sin embargo, la corriente doctrinal que invoca el art. 1134, inc. 3º, que refiriéndose a los contratos dice: "...Deben ser ejecutados de buena fé", está siendo ampliamente aceptada en muchas legislaciones modernas, especialmente en aquellas que tienen disposición igual o similar, vrg. los códigos civiles de Colombia, Chile, España.

También se da como razón para refutar esta posición doctrinaria, la de que según ella, vendría a constituir buena fé el hecho de que el deudor dé menos de lo que debe. Contra esta crítica, se contesta: Si bien es cierto que la buena fé consiste en respetar la palabra dada, se puede manifestar también en algunos casos en sentido inverso, para-

hacer prevalecer o triunfar otro valor superior y más digno de protección jurídica.

Otros autores franceses invocan el artículo 1135, según el cual las convenciones no obligan solamente a lo que en ellas se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza.

Esta opinión es menos aceptada que la anterior porque sería peligroso consagrar la arbitrariedad so pretexto de aplicar la equidad o la costumbre.

Fyot, considera que el artículo 1150 del código civil francés consagra la teoría de la imprevisión. En efecto, dice: "Este artículo faculta al juez para restringir a los límites previsibles la responsabilidad pecuniaria del deudor, si prueba que los acontecimientos que han influido sobre el valor de la prestación han excedido de las previsiones posibles". Este artículo del código civil francés es semejante al art. 1616 del C. C. colombiano, al 1107 del C. C. español y al 1558 del C. C. chileno.

Sin embargo, muchos expositores le niegan razón y fuerza jurídica a esta doctrina y argumentan, que el artículo 1150 se refiere a lo imprevisible de la causa de los perjuicios y no a lo imprevisto del monto de la indemnización. El deudor, si la causa fué prevista, responderá de toda la cantidad, aunque ésta haya pasado o excedido de las previsiones. Sólo la causa es previsible, ya que la cantidad es siempre imposible de prever. Así han interpretado este artículo Colin et Capitant, Laurent, Demolombe.

El profesor chileno de la Uza, tratando sobre la concepción de Fyot, dice: "demuestra, sin embargo que la noción de imprevisión ha sido tomada en cuenta por el legislador, autorizando en cierto modo, por analogía, para que los tribunales la tomen en consideración al estimar-

el monto de la indemnización de perjuicios".

Magnan de Bornier funda la imprevisión sobre la base legal del artículo 1156 del código civil francés, el cual expresa que se debe buscar en la interpretación de los contratos la común intención de las partes.

Esta disposición del código francés la contiene también el artículo 1618 del C. C. colombiano, el art. 1281 del C. C. español y el art. 1560 del C. C. chileno.

A esta teoría se le ha formulado varias críticas. Se ha dicho que el artículo 1156 sólo contiene un consejo al juez y que por tanto es inaceptable fundar en él la teoría de la imprevisión.

Capitant sostiene que es inadmisibles, porque si los términos del contrato son claros se debe estar a lo pactado; y si son oscuros, el juez debe investigar la intención de los contratantes en el momento de la conclusión y no de la ejecución del contrato, lo cual es explicable, porque si cambian las condiciones, no hay común intención de las partes, ya que sus intereses son opuestos.

De lo dicho, se deduce que el artículo citado es insuficiente como base legal de la imprevisión.

Las construcciones jurídicas examinadas dentro del derecho francés, tienen aplicación al derecho español, al chileno y al colombiano, debido a la similitud de disposiciones que existen en sus códigos, ya que éstos se inspiraron en aquel.

EN POLONIA.

Aunque Polonia ha dejado de existir como Estado y hoy se encuentra bajo la dominación política de la U. R. R. S. S., su código civil por ser moderno, lo citan los autores que estudian esta materia.

El art. 1º de este código dice: " Las disposi -

ciones de la ley son las fuentes de las reglas de conducta -
que obligan a los hombres a fin de que realicen los fines -
sociales y económicos determinados por aquellas."

El art. 249, dice: "El Tribunal puede, si lo-
j sea necesario con arreglo a los principios de la buena fé-
y teniendo en consideración los intereses de las partes, fi-
jar el modo de ejecución, la cuantía de la prestación o acor-
dar la resolución de la convención".

De las anteriores disposiciones, se han ser -
vido los expositores y la jurisprudencia para aceptar la in-
previsión en esta nación.

Del breve y superficial exámen de las orienta-
ciones jurídicas extranjeras sobre esta materia, deducimos -
que son pocos los códigos que de una manera expresa (verbis-
expressis) se ocupan del problema de la imprevisión.

Esta la razón para que algunos autores hayan-
formulado proyectos de artículo, para que la ley consagre -
esta importante teoría dentro del derecho privado. El profe-
sor De la Haza en su estudio sobre la materia trae los si-
guientes:

ALPERT: " El juez puede ordenar la resolución
o la revisión del contrato primitivo cuando por consecuen-
cias de circunstancias que no pudieron ser previstas, el de-
dor sufra un perjuicio considerable y el acreedor reporte -
un beneficio injusto, de un contrato que no ha sido inspira-
do por un móvil de especulación ".

MORIN: " El juez podrá ordenar la resolución
o efectuar la revisión de un contrato cuando, por consecuen-
cia de circunstancias que no pudieron ser previstas, la eje-

cución integral de los contratos entrañaría una lesión tan enorme para una de las partes, que la otra cometería un abuso de fuerza si rehusara tenerla en cuenta".

ZAKI :

" La suspensión o la resolución del contrato puede ser pronunciada excepcionalmente, siempre que circunstancias imprevisibles en el momento de su conclusión e independientes de la voluntad de las partes, hagan su ejecución excesivamente onerosa. En los contratos sucesivos, se pronunciará la resciliación y no la resolución. Todo, sin perjuicio de las indemnizaciones de perjuicios que puedan ser avaluadas al acreedor, suponiendo que ellos hayan sido previsibles en el momento de celebrarse el contrato ".

DE LA MAZA :

Este autor chileno, después de estudiar los anteriores proyectos de articulado, formula uno propio, que es como sigue: "Sobreviniendo acontecimientos imprevisibles e independientes de la voluntad de las partes que, como consecuencia de un trastorno grave de la normalidad, hagan exorbitantemente más onerosa o difícil la ejecución de las obligaciones emanadas de contratos sucesivos o a plazo, cualquiera de los contratantes podrá recurrir ante la justicia : 1a.- En caso de un trastorno temporal, solicitan do que la ejecución de esas obligaciones sea suspendida: 2a.- En caso de alteraciones definitivas, solicitando la revisión de las condiciones del contrato, que se llevaría a efecto de común acuerdo o, en el evento de no producirse este acuerdo, la resciliación de él.- El tribunal, conociendo de breve y sumariamente de esta solicitud, pronunciará la suspensión o la resciliación, en su caso, con indemnización de perjuicios, pero reduciendo el monto de éstos a la suma que en situaciones normales habrían alcanzado".

Este artículo del profesor chileno, nos parece-

más aceptable y claro que el de los otros eminentes civilistas europeos, salvo el último aparte en lo que se refiere al procedimiento breve y sumario, pues ello es materia de la legislación adjetiva, y por tanto, no debe incluirse en la disposición.

Por último diremos, que la conveniencia de un texto legal expreso que consagre esta teoría, salta a la vista, pues ello evitaría el sinnúmero de construcciones jurídicas tanto para pedir su aplicación, como para sustraerla al imperio de ella.

CAPITULO VII

LA IMPREVISION EN DERECHO CIVIL COLOMBIANO.

El doctor Alvaro Pérez Vives, en su obra Teoría General de las obligaciones, al iniciar el estudio de esta materia, hace una enumeración de las razones por las cuales algunos autores se niegan a admitir la teoría de la imprevisión en nuestro derecho.

Por considerar de importancia esta síntesis enumerativa, creo necesario incorporarla a este estudio, y es como sigue:

" a) que la tesis de la imprevisión pugna con el respeto y acatamiento que la ley exige para el acuerdo de voluntades en que consiste el contrato (artículos 1602, C.C.C. y 1134, C.C.fr.). b) Dicha tesis no interpreta fielmente el acuerdo de voluntades de las partes, ya que la común intención de ellas es que las obligaciones pactadas se cumplan, cualquiera que sea su costo, salvo el caso de imposibilidad absoluta y objetiva para el cumplimiento de la prestación prometida. c). Ni en el artículo 1625 del C.C.C., ni en el 1234 del francés, se ha contemplado, como causa de extinción de las obligaciones, sino la imposibilidad absoluta y objetiva, sin mencionar en forma alguna la extrema dificultad o el excesivo costo en el cumplimiento de las mismas. d) La tesis de la imprevisión se pretende fundar en los artículos 63 y 1604 de nuestro código civil, y en los artículos 1137 del C.C.francés, 1224, C. C. italiano y 276, C. C. alemán. Pero tales textos tienen un innegable origen romano incompatible con la teoría en exámen, ya que la tradición enseña que los romanos sólo -

contemplaron la imposibilidad absoluta del objeto como causa de extinción de las obligaciones. e) Finalmente se alega que la tesis de la imprevisión pugna con las necesidades de la vida económica y es altamente peligrosa, desde el momento que confiere al juzgador poderes omnímodos y discrecionales para decidir cosas tan vagas como el "sumo esfuerzo" y el "desemboolso lesivo". De esta manera, se concluye, vendría a destruirse la confianza en los negocios, ya que las partes se ligarían en consideración a que van a obtener una ventaja merced al respeto de la palabra empeñada, la cual sólo podrá incumplirse en caso de imposibilidad absoluta; más la teoría glosada deja la puerta abierta para que todo obligado crea encontrar excusa justificable a su incumplimiento alegando que la obligación se hizo difícil o en extremo onerosa."

El primer argumento, o sea el de que la imprevisión pugna con el respeto debido al contrato y con la intimación de las partes, es un argumento en extremo individualista que queda examinado y refutado con las múltiples teorías que se han expuesto para fundamentar esta teoría.

Es verdad, conforme a la segunda objeción, que el art. 1625 de nuestro código civil no contempla como causa de extinción de las obligaciones su extrema dificultad o el exorbitante costo en el cumplimiento de las mismas, sino solamente la imposibilidad objetiva. Pero la fuerza de esta objeción es aparente si se tiene en cuenta que en el citado artículo no se hallan reguladas de manera completa y técnica las causas de extinción de las obligaciones, y que, además, no debe estudiárselo aislado y con método exegético, sino vinculándolo a otros muchos textos legales contenidos en el código y poniéndolo a tono con las nuevas tendencias revisionistas del derecho.

El tercer reparo, o sea el de origen histórico, ya lo hemos examinado a través de la síntesis evolutiva-

que en las diversas épocas ha sufrido la imprevisión, con un saldo favorable para su implantamiento como doctrina científica. Es verdad que los romanos no consagraron expresamente esta teoría, pero también es cierto que las circunstancias económico-sociales de aquellos tiempos remotos a los nuestros, han cambiado fundamentalmente, y que el "fetichismo de la ley escrita" no puede servir de impedimento al progreso de las instituciones jurídicas.

Respecto al último argumento, o sea, el de que pugna con las necesidades de la vida económica y de que es altamente peligrosa por los poderes que confiere al juzgador, podemos decir que precisamente la actualización de esta teoría se debe a que el problema de la alteración de la economía contractual causada por circunstancias imprevisibles, se ha generalizado en los últimos años, y que a darle justa solución ha venido esta teoría y muchas leyes de emergencia que justifican la bondad de su valor.

Respecto del peligro que dicen que entraña el darle poderes al juzgador, ello es inaceptable, pues todas las legislaciones dejan a los jueces un poder discrecional para decidir sobre el cumplimiento de las causas de nulidad o de revisión de los negocios jurídicos. El doctor Fóres Vives tratando este punto dice: "... constituye ya una tacha inexcusable, que un juez sirva de instrumento ciego a la usura y a la injusticia, so pretexto de un fiel servilismo al literalismo contractual".

Algunos autores invocan como textos legales para dar fundamento a la imprevisión en Colombia, los arts. 1603, 1616 y 1618 del código civil, y exponen las mismas razones con que Wahl, Ryot y Magnan de Bornier sustentan sus doctrinas al estudiar los artículos 1134, inc. 3ª, 1135, 1150 y 1156 del código civil francés. Creemos innecesario repetir tales argumentaciones y por tanto, incorporamos en este lugar lo atrás dicho sobre estas disposiciones.

Otros, encuentran el fundamento para la aplicación de esta teoría en los artículos 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1887, y en el artículo 32 del código civil, que ordenan atenderse a la equidad natural, a los principios generales del derecho y al espíritu de la legislación como método de interpretación, y también para colmar los vacíos legislativos.

En nuestro concepto, interpretando los artículos 1603, 1616 y otros que más adelante veremos, de acuerdo a los principios generales del derecho y a la equidad, son bases suficientes para aceptar la imprevisión en nuestro derecho privado.

El doctor Arturo Valencia Zea, en su curso de Derecho Civil Colombiano, dice: "El código civil no contiene un texto expreso en virtud del cual la imprevisión pueda ser considerada por los jueces en el sentido de revisar el contrato o resolverlo para restablecer el equilibrio de las prestaciones. Existen sí algunos pocos artículos que resuelven casos de imprevisión."

Cita en seguida, para confirmar su aserto, el inciso 4º del artículo 1832, relativo a la compraventa, y que dice: "pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plaza para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago", y el numeral 2º del artículo 2060 que a la letra dice: "Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda", y que se relaciona con el contrato de cons-

trucción de edificios.

Luego agrega: "Los autores nacionales aunánime - mente afirman que la teoría de la imprevisión tiene perfec - ta aplicabilidad en el derecho colombiano...Algunos (Tafur - Morales) predicen que el art. 2.060 del código da margen - para una interesante construcción jurisprudencial mediante - el procedimiento de la analogía".

La tesis fundada en las dos disposiciones cita - das, nos parece acertada, y refuerza las construcciones ju - rídicas fundadas en la equidad natural y en la buena fé con - el procedimiento de la analogía.

También se ha sostenido la aplicabilidad de la - imprevisión, con base en los arts. 63 y 1604. Conforme a es - tas disposiciones, en los contratos que redundan en mutuo be - neficio de las partes, el deudor sólo está obligado a em - plear una mediana diligencia para el cumplimiento de sus - obligaciones. Por tanto cuando por circunstancias imprevisi - bles la obligación no pueda ser cumplida usando la mediana - diligencia, sino la máxima, dicho deudor debe quedar libre - y no es responsable del incumplimiento.

Veamos ahora algunos artículos del código civil - colombiano, en que se ha tenido en cuenta la variación de - las circunstancias para producir variaciones o alteraciones - en el contrato.

El artículo 1553, al disponer que el deudor per - derá el derecho a utilizar el plazo cuando después de con - tratar la obligación resulte quebrado o insolvente o cuando, por hecho o culpa suya, las garantías se hubiesen extingui - do o disminuido de valor, a menos que sustituya o mejore las - cauciones.

El artículo 1917, referente a los vicios rehibi - torios que tuviere la cosa vendida.

El artículo 1929 , inc.2ª que autoriza al comprador para suspender el pago y depositar el precio ante el juez si fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o probare que existe contra ella una acción real, salvo que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio.

El artículo 1990 , que autoriza la terminación del arrendamiento o la rescisión del contrato por parte del arrendatario, cuando la cosa arrendada por su mal estado o calidad resulte inadecuada para el uso para que fué arrendada.

El artículo 2041, que concede al colono o arrendatario de fincas rústicas el derecho a pedir rebaja de la renta estipulada por pérdida extraordinaria de cosechas.

El artículo 2193, inc.2ª ,que autoriza al mandatario para renunciar al mandato, aunque con ello cause perjuicio al mandante, si funda la renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo o de sus intereses.

El artículo 2205, nu. 2ª., que autoriza al comodante a reclamar la restitución de la cosa prestada, aún antes del tiempo estipulado, si tuviere urgente necesidad de ella.

El art.2280, que permite al secuestro exonerarse de su cargo, aún antes del término, por una necesidad imperiosa, dando aviso a los despositantes o al juez.

Todas las disposiciones citadas creemos que justifican la posibilidad de aplicar la imprevisión en nuestro derecho civil, máxime que el art. 82 de la Ley 153 de 1887 dice: " Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho ".

JURISPRUDENCIA.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, según las doctrinas que vamos a transcribir, acepta la aplicación de la imprevisión en nuestro derecho privado.

En la sentencia de casación civil de 29 de octubre de 1936, declaró que la teoría no era aplicable a aquellos contratos en los cuales las partes ya habían cumplido sus prestaciones y absolvió al demandado por considerar que el caso no constituía imprevisión por estar cancelado el contrato. En esta sentencia la Corte dice:

"Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son una ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de si los Tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente a la celebración de éste, ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extraccontractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró. Sobre el aforismo de los glosadores del derecho romano *rebus sic stantibus*, o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses. Aún cuando entre los modernos expositores de derecho existe discrepancia sobre la adopción de esta teoría y aún cuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que

podiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la Justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual" (G. J. Nº 1919, pág. 455).

En la sentencia de la Sala Plena del 25 de febrero de 1937, se lee lo siguiente: "Se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro. Sea en la hipótesis del error en las representaciones sobre las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfeccionamiento, o en la de su alteración esencial acaecida posteriormente... en nuestro derecho privado positivo, la teoría de la imprevisión tiene preferente aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y especulación. (G. J. Nos. 1920 y 1921, pag. 616). XLIV -

Y en la sentencia de casación civil de 23 de mayo de 1.938, dijo: " consistiendo (la imprevisión) en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta desorbitante ante las nuevas circunstancias". (XLXI - 544)

De las doctrinas transcritas se ve claramente que esta teoría ha recibido su consagración jurisprudencial en nuestro derecho, además de tener un fundamento legislativo lo suficientemente sólido para su recta aplicación, de acuerdo a las nuevas orientaciones revisionistas del derecho.

CONCLUSIONES :

- I .- La teoría de la imprevisión es una institución jurídica que ha surgido como una expresión de las tendencias revisionistas en el derecho de las obligaciones, que tiene su fundamento en la relatividad de los derechos y en las nociones de justicia y solidaridad humanas.
- II .- En nuestro derecho civil existen suficientes fundamentos legislativos y jurisprudenciales , para aceptar la aplicación de esta teoría.
-

BIBLIOGRAFIA

- De la Maza Rivadeneira Lorenzo.--La teoría de la imprevisión.
Badenes Gasset Ramón.-- El riesgo imprevisible.
Colmo Alfredo.-- De las obligaciones en general.
Pothier R. J. - Tratado de las obligaciones.
Chironi G. - La culpa en el derecho civil moderno.
Giorgi. - Teoría de las obligaciones.
Ripert. - La regla moral en las obligaciones civiles.
Del Vecchio. - Filosofía del Derecho.
Planiol y Ripert. Tratado práctico de Derecho civil francés.
Rossel S. Enrique. Orientaciones actuales del Derecho de las -
Obligaciones.
Alessandri Rodríguez A. y Somarriva Undurraga M.-- Curso de -
derecho civil.
Tuhr.-- Tratado de las obligaciones.
Josserand. Curso de derecho positivo francés.
Pérez Vives Alvaro. Teoría general de las obligaciones.
Valencia Sea Arturo. Curso de Derecho Civil Colombiano.

INDICE

Introducción.		Pag. 1
Capítulo I .--	NOCION DE IMPREVISION.	Pag. 4
Capítulo II.--	ANTECEDENTES HISTORICOS.	Pag. 10
Capítulo III--	DIFERENCIAS ENTRE LA IMPREVISION Y OTRAS NOCIONES JURIDICAS.	Pag. 16
Capítulo IV.--	SU EXTENSION Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PRIVADO.--	Pag. 21
Capítulo V .--	FUNDAMENTO DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.	Pag. 29
Capítulo VI.--	DOCTRINA, LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERAS.	Pag. 44
Capítulo VII.--	LA IMPREVISION EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO.	Pag. 65

Novena?

A.N.
T

19257

346.5 Calvachi Velasco, Plinio.
C 15

La teoría de la imprevisión.

VENCE

NOMBRE

Ch. J. P.

Nº del Carnet

NOMBRE

Edoardo Peysson D.

Nº del Carnet

AN

T

D346.5

C15

19257