

# Teoría de la Imprevisión Contractual

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ

## Teoría de la Imprevisión Contractual

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ

**E**n todos los códigos que conocemos en la cultura jurídica occidental se consagra el efecto vinculante de los contratos del cual ya mucho se ha escrito<sup>1</sup>. Pero también en otras ocasiones hemos señalado, no pocas veces, que tal principio, consagrado en la categórica expresión del artículo 1602 del Código Civil ("el contrato es una ley para las partes"), tiene importantes excepciones que morigeran su dureza.

Una de tales excepciones la constituye la llamada "teoría de la imprevisión", no consagrada en el Código Civil colombiano pero sí en el Código de Comercio (art. 868), pues es evidente que con la aplicación de este instituto el juez está facultado para alterar las condiciones inicialmente pactadas por las partes, ante la grave alteración de la relación jurídica debida a circunstancias extraordinarias surgidas después de la celebración del contrato y que lo hacen excesivamente gravoso para la parte que reclama.

Diversas teorías han sido esbozadas para dar justificación al fenómeno. Así, por ejemplo se ha dicho que se trata de una modalidad del abuso del derecho. Otros la ubican como una forma de evitar el enriquecimiento injusto. Y los más aseguran que en todos los contratos debe entenderse que existe una cláusula, tácitamente acordada por las partes, según la cual, su voluntad de obligarse está condicionada a que las circunstancias existentes al momento de la negociación se mantengan. Esta última teoría es la que comúnmente se conoce como la de la cláusula *rebus sic stantibus*, que, como es frecuente en el lenguaje jurídico, resulta un apócope de la sentencia latina *contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic*

*stantibus intelliguntur*. En una traducción más o menos libre diría: los contratos de tracto sucesivo o que dependan de circunstancias futuras, se entienden celebrados mientras se mantengan las circunstancias iniciales.

A nosotros nos parece, quizá en ello seamos un mucho simplistas, que tales justificaciones teóricas son tan elaboradas como inútiles. En efecto, instituciones como el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto tienen sus propios fundamentos y características, de tal suerte que no deben mezclarse ni confundirse con ésta, que es una institución distinta. El abuso del derecho, por ejemplo, ocurre cuando una de las partes, fundada en una relación jurídica válida, reclama unas prestaciones abusivas o realiza unas conductas que, aparentemente autorizadas por el otro contratante o por una norma, son sin embargo, manifiestamente abusivas. El enriquecimiento sin causa, es un fenómeno que difícilmente puede citarse como fundamento de la teoría de la imprevisión, por dos razones fundamentales: una, porque es figura eminentemente extracontractual, ya que si existe una relación jurídica creada por las propias partes, no puede decirse que carece de causa, y de otro lado, bien puede ocurrir que en la imprevisión la otra parte no se vea enriquecida con el empobrecimiento del otro.

La explicación según la cual existe una cláusula tácita, la *rebus sic stantibus*, tiene raigambre en las tendencias subjetivistas del derecho privado que suelen remitir toda explicación a la voluntad, como si la razón de ser del derecho privado tuviese su centro exclusivamente en el fenómeno del consentimiento. Ya tuvimos oportunidad de referirnos a tales planteamientos al estudiar las distintas nociones de negocio jurídico que se encuentran en los autores de esta tendencia. Y, sin duda, la objeción más clara a una explicación de este talante la encontramos en la siguiente reflexión, quiérase o no -la voluntad de las personas no se sobrepone a la ley-.

En realidad, la cláusula en mención sí existe, pero no tácitamente acordada por las partes sino impuesta por el derecho. Se trata de uno de aquellos elementos naturales del contenido, que, al decir del artículo 1501 del C.C., se entienden pertenecer al contrato sin necesidad de una estipulación especial de los contratantes, es decir es una regla que regirá la relación particular de derecho surgida a partir del contrato, pero no puesta por los negociantes, sino introducida en el contenido por la ley, en el caso colombiano, en aplicación del principio de incorporación (art. 38, ley 153 de 1887). Es más, en nuestra opinión, se trata de un elemento natural imperativo, no simplemente supletivo, pues como la finalidad

del mismo es la de proteger el equilibrio contractual, el mantenimiento de la condición que establece la norma es de interés general y no podría renunciarse en el contrato original ni en uno adicional.

## CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO DE LA IMPREVISIÓN

La alteración extraordinaria de las circunstancias iniciales del contrato, imprevistas o imprevisibles, y que graven a una de las partes de modo exagerado, podría decirse, son los elementos que, en común, tiene la figura con los distintos ordenamientos en el mundo. Por supuesto, entre ellos existen características adicionales, propias de cada país, que los diferencian. Pero la descripción anterior corresponde con la generalidad. En Colombia la imprevisión, a nuestro modo de ver, ostenta las siguientes características:

### a- Es contractual

En efecto, sólo podría darse en las relaciones jurídicas que nacen de los contratos, y no en otro tipo de relaciones. Así, por ejemplo, no podría un ciudadano alegar la figura para excusarse del cumplimiento de una obligación que le impuso una norma, a favor del Estado, como una carga fiscal, o de la comunidad, como una obligación de no hacer. Tal y como está concebida no podría ser de otra manera, ya que la imprevisibilidad o lo imprevisto de determinadas circunstancias es concepto que está referido a un momento preciso, que no es otro que el de la celebración del contrato.

### b- Es un instituto jurídico y es distinto de otros, como la mala fe, el enriquecimiento injusto y el abuso del derecho.

Como fácilmente puede comprenderse, las circunstancias imprevisibles o imprevistas pueden presentarse aún en presencia de la mejor buena fe, de tal suerte que el contratante cree, honradamente, que tiene derecho a la prestación que sin duda surge del contrato y, además, es probable que ignore las graves y extraordinarias circunstancias que enfrenta el otro, con posibilidades de ruina.

Es distinta del enriquecimiento injusto, pues en el caso de la imprevisión no puede decirse que se trate de una prestación que carece de causa; la causa

está allí, diáfana, en el contrato mismo. Además, puede darse el caso de que, si bien existe la posibilidad de un empobrecimiento por parte de quien alega la figura, no necesariamente habrá un enriquecimiento para el otro contratante, sino, probablemente para un tercero, o para nadie. En el ejemplo de quien debe proveer una mercancía que al tiempo de la celebración del contrato era de común consecución en el mercado, pero al momento de la ejecución sólo puede traerse desde las antípodas, es claro que a nadie enriquecerá, en el sentido exacto del término. Otro tanto ocurre en la actividad bancaria, en la cual, es posible que un banco no se enriquezca, sino que apenas devengue su tasa de intermediación. Sin embargo, la imprevisión puede darse con claridad.

El abuso del derecho es otra figura completamente distinta de la imprevisión. En ésta, circunstancias extraordinarias transformaron la relación jurídica; en el abuso, la circunstancias pueden mantenerse y, sin embargo, una de las partes, generalmente la que se halla en una posición económica más fuerte, abusa de su condición al imponer cláusulas, al interpretar el contrato de determinada manera, favorable a sus intereses, desde luego, o al ejecutarlo según sus conveniencias, etc.

Es posible que en una misma relación jurídica se presenten dos de tales fenómenos: imprevisión y abuso, o imprevisión y mala fe, pero ello no quiere decir que se trate del mismo fenómeno, ni siquiera que uno sea especie del otro.

#### **c- Es un mecanismo de determinación judicial del contenido de un negocio.**

A nuestro juicio es evidente que este mecanismo es uno más de aquellos que ha previsto el legislador tendientes a facilitar la injerencia del Estado en el contenido de los negocios jurídicos. Precisamente es este el aspecto más importante de su forma de operar en la práctica contractual: la parte cuya estabilidad patrimonial puede verse afectada por circunstancias imprevistas tiene la oportunidad de que el Estado, en cabeza del juez a quien le ha delegado la función *juris dictio*, intervenga para enderezar la relación entre los extremos de la relación contractual por caminos de equidad, de tal suerte que el negocio se salve, en primer lugar, es decir, produzca sus efectos, dentro de unos criterios de equilibrio económico para ambos contratantes y, si no es posible su salvación, el contrato se termine sin que ninguno de los contratantes pueda alegar las consecuencias propias del incumplimiento.

#### **d- Es un mecanismo en pro de la equidad**

La equidad es un concepto etéreo. Probablemente cada juez y cada abogado en nuestro país tenga su propia idea acerca de lo que es la equidad. Esa y no otra es la razón por la cual el artículo 230 de la C.P., la coloca como un criterio auxiliar en la interpretación del derecho y no como una fuente formal.

Sin embargo, en esta época en que al derecho están entrando los aires de la posmodernidad, su comprensión y desarrollo están resultando de una trascendencia inusitada. Precisamente el artículo 868 del C. de Co., al regular el fenómeno de la imprevisión señala que el juez, para dirimir el conflicto eventual, ha de dar aplicación a criterios de equidad, los cuales, aunque no necesariamente, muchas veces pueden estar alejados del frío texto de una norma.

#### **e- Es irrenunciable**

A nuestro modo de ver se trata de un derecho irrenunciable. Desde luego, somos conscientes de que tal afirmación probablemente provocará rechazo en muchos de nuestros amables lectores. Pero nos parece que lo es si tenemos en cuenta la teleología de la norma: el legislador buscó con ella proteger a los contratantes de circunstancias desfavorables, ruinosas que, de generalizarse, bien pueden constituirse en un problema de orden público económico.

El empobrecimiento abrupto e intempestivo de un asociado, por razones de imprevisión, es decir, porque se presentaron unas circunstancias que razonablemente no se podían prever, es problema que compete a toda una comunidad y frente al cual el derecho no puede permanecer indiferente, pues, si bien en algunos casos habrá simple imprevisión, en otros, si la ley se hace la de la vista gorda, puede haber abuso del derecho. Además, si se permite que el fenómeno se extienda, las consecuencias nocivas pueden afectar a todo el sistema, como ocurrió en varios países con el problema de los créditos hipotecarios.

#### **f- Es un mecanismo de salvación del negocio**

Es evidente que, al disciplinar la figura, el legislador nuestro le dio prioridad a la posibilidad de salvar el negocio, si se hallan fórmulas que permitan su reajuste en condiciones equitativas y satisfactorias para ambas partes. El juez sólo

pasará a declarar la terminación del contrato si le resulta imposible hallar la manera de salvarlo y hacerlo ejecutable.

A diferencia de otras legislaciones del mundo, la argentina, por ejemplo, habla de "resolución" como consecuencia de la imprevisión, con lo cual se ve que se le da prioridad a la solución que implica acabar con la relación negocial en vez de procurar una manera de lograr que el negocio, a pesar de todo, cumpla con su finalidad económico social.

### REQUISITOS:

Para que pueda hablarse del fenómeno de la imprevisión contractual es menester que se reúnan los siguientes requisitos, los cuales están tomados, desde luego, de la norma colombiana:

#### a- Circunstancias extraordinarias:

Para que sea viable alegar esta figura, es indispensable que hayan surgido circunstancias fuera de lo común, de aquellas que no correspondían al ordinario acontecer para la época en la cual se celebró el contrato. Es muy importante este punto, pues las personas celebran sus contratos, se presume, para cumplirlos; y las variaciones del mercado no pueden ser excusa para dejar de hacerlo; pero si tales variaciones se salen de sus cauces ordinarios, resulta entonces muy difícil suponer que las partes, de haberlo sabido, habrían contratado de todas maneras.

#### b- Imprevistas o imprevisibles

Además tales circunstancias han de ser imprevistas o imprevisibles, es decir, de aquéllas que razonablemente las partes no pudieron prever que ocurrirían en el momento de la celebración del contrato. La norma, *ex professo*, utiliza los dos vocablos con lo cual es perfectamente comprensible que no sólo se quiso abarcar con la figura aquellos fenómenos imprevisibles de modo absoluto (como un terremoto), sino también aquellas que pudiendo ser previsibles desde un punto de vista gnoseológico, sin embargo, son de tal magnitud, que las partes, en una actitud razonable, desecharon la posibilidad de que ocurrieran y, sin embargo, se dieron. Es claro, entonces, que no estamos abogando porque se

premie la imprudencia o la negligencia, pues tal cosa implicaría una perversión de la figura que, obviamente, no corresponde con el querer del legislador.

#### c- Posteriores a la celebración del contrato

Los hechos, extraordinarios e imprevistos, deben ser además, posteriores a la celebración del contrato. Es claro que si tales circunstancias son anteriores o concomitantes con la celebración del contrato y de fácil acceso al conocimiento de los contratantes, ya no puede hablarse de imprevisión sino, probablemente, de negligencia, puesto que se construye el acuerdo a espaldas de una realidad que las partes, por supuesto, pueden investigar fácilmente.

#### d- El contrato no debe ser de aquéllos llamados de ejecución instantánea

El legislador expresamente indica que la figura sólo es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva, periódica o continuada, con lo cual se marginó de su aplicación a los contratos de ejecución instantánea como la compraventa. De modo que la figura es aplicable a contratos como el arrendamiento, el transporte, el suministro, la cuenta corriente bancaria, el mutuo, etc. Es muy importante hacer notar el lenguaje usado por el legislador en el artículo en comento, pues hay quienes limitan el alcance de la figura a los contratos de tracto sucesivo, a pesar de que la norma, sin ambages, incluye los contratos de "ejecución periódica", expresión que no significa lo mismo que la anterior. Así, por ejemplo, en el contrato de suministro, cuando el proveedor se compromete a entregar cierta cantidad de una mercancía cada semana, es obvio que con cada entrega se agota la prestación, pero el contrato se mantiene y la obligación sigue vigente, pues a la semana siguiente debe cumplirla otra vez; si mirásemos cada prestación aislada, como con la entrega de la mercancía se cumple instantáneamente con la obligación, alguien podría decir que, por la naturaleza de la prestación este contrato es uno de ejecución instantánea; no lo es; y tampoco es uno de ejecución sucesiva; es uno de ejecución periódica. El contrato de mutuo, por su parte, es uno de ejecución sucesiva, si pactaron intereses, pues éstos se causan cada día, cada mes, cada año de cumplimiento del contrato; y es de ejecución instantánea si se trata de un mutuo gratuito.

#### e- El contrato no debe ser aleatorio.

Expresamente la ley ha excluido a los contratos aleatorios de la posibilidad de alegar la imprevisión, y las razones son obvias. En los contratos aleatorios hay

un elemento muy importante llamado álea, que determina las prestaciones a cargo de una de las partes y que permite, de acuerdo con ese albur que se corre, que unas veces esa parte no tenga que cubrir prestación alguna y otras, que la prestación pueda ser exageradamente desproporcionada en relación con la que corresponde a la parte contraria, como en el juego o en el seguro; en tales eventos el contratante "compra la suerte", como de manera coloquial lo dice el artículo 1869 del C.C., respecto de la venta de cosa futura, cuando es aleatoria.

Ahora bien, es importante enfatizar que el elemento esencial que distingue a esta clase de contratos de otros es precisamente el albur o la suerte; si ese elemento no está presente, el contrato no es aleatorio aunque se haya pactado algún tipo de variación en la prestación, sujeta a determinadas condiciones del mercado. Así, por ejemplo, si en un contrato cualquiera las partes han pactado alguna forma de corrección monetaria, ello no lo convierte en aleatorio. Se desnaturaliza el concepto por completo y, como todos los contratos están sometidos a ciertos grados de riesgo, todos terminarán por considerarse aleatorios, lo cual no parece ser la finalidad de las disposiciones acerca de esta clase de contratos.

A pesar de lo dicho, el contrato de seguro, en esencia aleatorio, tiene prevista una circunstancia de imprevisión en el artículo 1060 del C. de Co., pero sólo a favor de la aseguradora, pues si se agrava el estado del riesgo, una vez se comunique el hecho a la aseguradora ésta podrá exigir el reajuste en el valor de la prima o dar por terminado ("revocar") el contrato.

#### f- Excesiva onerosidad frente a obligaciones futuras.

Es importante destacar que la variación de las prestaciones a cargo de las partes no es cualquiera, así sea imprevista; debe ser de tal magnitud que para la parte a cuyo cargo están, resulte excesivamente gravoso cumplir. Una señal obvia de tal onerosidad lo es, desde luego, el que para dicha parte la prestación resulte ruinosa o catastrófica, pero también lo es cuando, a pesar de poder cumplirla, la carga es tal que no se acompasa con la conmutatividad del contrato.

¿ Existen otros requisitos ?

Los anteriormente enunciados fueron extraídos de la legislación colombiana. Pero la doctrina o la jurisprudencia han añadido otros requisitos no previstos en la norma, como el de que quien invoca la imprevisión no puede hallarse en

mora. Parece, por lo menos, una interpretación a contrapelo del art. 84 de la C.P. de C.

Tal planteamiento, que se ha observado en algunos pasajes de la jurisprudencia y la doctrina colombianas, desnaturaliza la figura y le tuerce el cuello a la ley, pues la norma nuestra no exige tal requisito. Si la figura fue creada por el legislador para evitar que uno de los contratantes se arruine en aras de cumplir con el contrato, no tiene sentido que la justicia, a esa parte precisamente, le exija "arruinarse por cumplir y luego espere a que la sentencia le componga su situación"; lo absurdo de la idea pareciera eximirnos de más análisis; sin embargo, con tal planteamiento han sido resueltos algunos pleitos, en sentencias probablemente injustas.

Es cierto que otros ordenamientos, como el argentino, tienen tal requisito. Pero ese no es el caso del derecho colombiano.

## LA IMPREVISIÓN COMO PRETENSIÓN

Del texto del artículo 868 del Código de Comercio se deduce fácilmente que la orientación del legislador al consagrar la figura fue la de abrir la puerta para que toda persona, exageradamente agobiada por el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato, pueda acudir ante el juez para que éste determine las condiciones en las que el contrato será ejecutable, sin necesidad de que sobrevenga la ruina para uno de los contratantes. Es éste el principal propósito de la norma, sin duda, de tal suerte que quedó consagrado así un instrumento más de aquellos que permiten que el juez determine contenido a los negocios, que además permite que el negocio se salve y sus prestaciones se cumplan. Lo ideal, pues, en una aplicación precisa de la figura es que aquel contratante afectado por la variación aguda de las circunstancias sea quien demande la composición del problema y no, como suele ocurrir, que incumple y es el otro contratante quien se ve obligado a demandar.

La redacción de la pretensión varía, desde luego, dependiendo de cada caso concreto. Pero si se sigue la terminología que utiliza el Código de Comercio colombiano, que parece bastante adecuada, debe pedirse la **revisión** del contrato por causa de imprevisión y, como consecuencia, la determinación de los ajustes que deban hacerse al contrato. El demandante puede proponer fórmulas de ajuste, pero no es obligatorio hacerlo, ni ellas constituyen una camisa de fuerza

para la decisión del juez; a la hora del fallo, el funcionario podrá determinar las que le dicte su concepto de equidad.

## LA IMPREVISIÓN COMO DEFENSA

El artículo 868 no contempla esta opción. De entrada debemos reconocerlo. De ahí que el Tribunal Superior de Bucaramanga en fallo<sup>2</sup> reciente indicara que la figura no es susceptible de reconocimiento en un proceso ejecutivo, pues debe plantearse en un proceso declarativo. No obstante, a nuestro modo de ver, el contratante afectado por el cambio extraordinario de circunstancias, si se ve demandado, puede proponer la imprevisión como excepción. Sólo que en tal evento, la operancia de la figura resulta, obviamente, bastante limitada, ya que el juez no podría determinar unos reajustes que no son tema del proceso, a menos que se trate de un proceso declarativo y el demandado haya reconvenido.

En efecto, en un proceso declarativo el demandado puede formular la pretensión de revisión, con apoyo en la imprevisión, mediante una demanda de reconvencción. Pero, si se trata de un ejecutivo la imprevisión como alegato aislado de defensa es inútil, pues el juez no podría saltarse los cánones constitucionales del debido proceso para determinar, en un proceso no declarativo, las nuevas condiciones de ejecución de un contrato. En este último caso es indispensable, desde el punto de vista práctico y procesal, que el contratante proponga el correspondiente proceso ordinario para que se reconozca el fenómeno, por vía de pretensión, lo cual le permite plantear la excepción en el ejecutivo, pero únicamente con el fin de provocar una prejudicialidad. Así, el pleito de cobro se suspende y, si en el ordinario el juez reconoce la imprevisión, tal decisión incidirá en la resolución del proceso ejecutivo, en el cual prosperará la excepción, pero porque le viene impuesta desde un proceso declarativo.

## CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA IMPREVISIÓN

Una vez que el fenómeno ha sido identificado por el juez, vale decir, si el demandante ha logrado probar las circunstancias extraordinarias e imprevistas

alegadas, las consecuencias serán distintas según que el punto se haya alegado como pretensión o como defensa. En el primer caso el juez debe pasar a determinar las condiciones que en adelante debe tener el contrato, de tal suerte que sea posible su ejecución; si no son posibles tales condiciones, lo declarará terminado. En el segundo caso, el juez reconocerá la excepción, lisa y llanamente.

### A- LOS REAJUSTES

Este es un punto difícil de abordar desde una mirada genérica pues, como fácilmente se comprende, es el juez, en cada caso particular, con arreglo a las circunstancias precisas de cada relación jurídica contractual, quien ha de buscar una solución al conflicto con la determinación de nuevas condiciones de ejecución del contrato, desde luego distintas de aquéllas que las partes tenían pactadas.

Ahora, buscar tales condiciones de ejecutabilidad del contrato en cada caso concreto tampoco es tarea sencilla. De toda suerte, es evidente que la ley, en este campo, ha dado al juez unas amplias facultades al señalar que los reajustes han de hacerse de conformidad con lo que indique la equidad. En este punto, naturalmente, la controversia estará a la orden del día, pues cada parte tendrá su propio concepto de lo que es la equidad. El juez deberá definir el suyo y, en tal punto, asoman unas dificultades de orden práctico, en tanto que nuestros jueces están acostumbrados al fallo en derecho y no en equidad, ya que la ley nuestra, por regla general le exige fallos en derecho. Las sentencias en equidad son excepcionales<sup>3</sup>, pero, desde luego, ésta es una de tales excepciones.

### B.- LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR IMPREVISIÓN

Como ya se indicó, la terminación del contrato es una solución de carácter residual que el juez sólo aplica en caso de no hallar fórmulas de arreglo que permitan que el contrato continúe.

En este evento no puede hablarse de incumplimiento y, por tanto, no habría lugar a cuantiosas indemnizaciones de perjuicios por la inejecución del contrato. Si se sigue el espíritu de la figura, demostradas las circunstancias que le dieron origen, algún efecto jurídico deben tener, no obstante que no pueda lograrse el propósito principal de la misma, es decir los reajustes.

**NOTAS:**

<sup>1</sup> Este escrito forma parte del libro "De los negocios Jurídicos en el Derecho Colombiano", volumen dos, en preparación.

<sup>2</sup> Sentencia de octubre 28 de 1999, con ponencia del Dr. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

<sup>3</sup> Otros ejemplos de fallos en equidad que pueden citarse son los siguientes: el del artículo 32 del C. C., para cuando las reglas generales de interpretación de la ley son insuficientes para resolver el caso; esta norma se acompasa con el artículo 2º de la C. P. de C., que señala "el mantenimiento de un orden justo" como uno de los fines del estado, tema que compete de modo especial, obviamente a la administración de justicia; otro ejemplo de fallo en equidad excepcional se halla en el artículo 38 del C. de P. C., cuando las partes lo solicitan de consuno o la ley lo autoriza.