

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS. RELATOR DE LA CORTE

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento”. (Siete partidas.—Ley XIII).

“Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite”.
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI

BOGOTA—MAYO DE 1938

NUMERO 1935

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

por

Lorenzo de la Maza Rivaueneira

INTRODUCCION

Sumario.—1. La Gran Guerra y el Derecho.—2. Necesidad de no estudiar el Derecho solamente desde un punto de vista abstracto.—3. Nuevas ideas cuya influencia se hace sentir en el Derecho.—4. La Moral y el Derecho.—5. Materia de este trabajo. Imposibilidad de tratarla a fondo

1. La Gran Guerra — de 1914 a 1918—, que con mucha propiedad ha sido denominada mundial, ha influido poderosamente en el desenvolvimiento del derecho durante los últimos años.

El cambio brusco de circunstancias a que dio origen, el desorden que produjo en todas las actividades, tuvo ne-

cesariamente que repercutir en la vida jurídica, especialmente en el campo de las relaciones contractuales entrabadas por mil causas que no es del caso precisar.

Modificó la geografía política de la tierra creando nuevos Estados; trastornó fundamentalmente el orden económico de los pueblos, orientando la actividad de los individuos en un sentido diverso del que tenía; dio origen a instituciones y normas jurídicas; puso de actualidad teoría y principios de derecho que hasta entonces estaban en cierto modo olvidados.

La actividad de los individuos y de las empresas fue desviada, en general, de los objetivos que tenían y empleada en el manejo y producción de materiales bélicos; el individuo perdió su personalidad y pasó a ser un número; la empresa, en muchos casos, un servicio público dependiente del Ministerio de Defensa Nacional.

Trastornada en esta forma la marcha regular de las actividades humanas, fácilmente se comprende la modificación sustancial que debió sufrir la aptitud de los individuos para cumplir los vínculos de derecho que los ligaban pasivamente a otros, y fácilmente, también, la actitud que tomó la teoría de la imprevisión que, precisamente, trataba de armonizar el rigor de la ley y de los vínculos contractuales con la profunda modificación de las circunstancias producida por la guerra.

No debe, entonces, parecernos extraño el calor con que se discutió y se sigue discutiendo esta teoría, ni los esfuerzos que se han hecho para darle un fundamento sólido en doctrina y ante la ley.

2. Nos demuestra también lo anterior lo mucho que influyen los derechos reales de la vida social en las concepciones y normas de Derecho y la necesidad que existe de no apartarse al estudiar éstas de la realidad psicológica y social del pueblo en que se vive y de la humanidad misma.

“El Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la impresión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil se le da un sentido y un alcance en los cuales

no habría soñado el legislador cuando los redactaba” (1)

El derecho, en sus principios secundarios, refleja y exterioriza la vida social y económica de los pueblos y junto a ésta debe evolucionar. Pretender fijarlo para siempre, es hacer de él algo sin sentido, algo abstracto, inútil y muchas veces perjudicial.

Desgraciadamente, no todos los jurisconsultos y hombres de derecho lo han comprendido así, y por eso no es raro encontrar leyes inadaptadas a la necesidad de la nación en que se dictan, poco apropiadas al nivel de la cultura de sus miembros, dictadas sin la debida oportunidad, casuísticas hasta la exageración o incoherentes con la realidad.

Es que, como decía con mucha razón un maestro eminente —M. H. Rolin— “la mayoría de los jurisconsultos son discípulos, ignorándolo ellos mismos, de Scotto Erigena y de Alberto Magno; los seres que forman el objeto de sus estudios son los derechos, las reglas de derecho..., es decir, cosas que no tienen existencia real. Es preciso romper esta armadura medioeval; no ver más que en esas naciones y en las expresiones que las designan sino fórmulas cómodas y no conservarlas más que como tales; es preciso volver a los hechos, encontrar bajo la técnica jurídica la realidad psicológica y social, mostrar la relación entre ellas y hacer ver cómo la primera es consecuencia de la segunda”. (2)

Este sentido realista en que se orienta hoy día el estudio del derecho y la interpretación de los textos legislativos, es uno de los aspectos de la reacción que viene notándose y pronunciándose con más vigor en contra de los

(1) León Duguit: *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, pág. 19.

(2) M. H. Rolin: *“Prolegomenes á la science du droit”*, pág. 2.

principios subjetivistas y abstractos que inspiraron la redacción del Código de Napoleón y la generalidad de los dictados durante el siglo pasado.

Este es, precisamente, el interés de la teoría de la imprevisión: el corresponder, como doctrina jurídica, a una necesidad producida por los hechos y las circunstancias, el constituir una de las muchas manifestaciones de los cambios o evolución que viene experimentando el derecho en sus principios secundarios a impulsos de diversos factores, entre los cuales hemos citado los trastornos de la gran guerra y el nuevo sentido en que se viene orientando su estudio.

3. Debemos también mencionar aquí las tendencias sociales en su moderno aspecto y la evolución del derecho hacia la moral.

Ciertas ideas, antiguas desde el punto de vista de su existencia, nuevas en cuanto a la noticia que de ellas se tiene, se han abierto campo con extraordinaria fuerza y rapidéz a contar desde la última mitad del siglo 19.

Son las ideas sociales en general, las ideas de cooperación y de solidaridad que, a nuestro juicio, no se pueden calificar de nuevas, por cuanto no son otra cosa que manifestaciones más o menos imperfectas de la caridad que desde hace veinte siglos viene predicando el Cristianismo.

Estas ideas, que hoy informan el derecho contemporáneo, constituyen el aspecto principal de la reacción en contra de otra de las características sobresalientes de la legislación del siglo pasado: nos referimos al individualismo que la inspiró; individualismo proclamado solemnemente en 1789 y reacción, a su vez, contraria al estatismo que durante siglos dominó la organización de las naciones europeas.

No es extraño, entonces, que aludamos a estas ideas en un trabajo extrínsecamente jurídico como el que nos hemos propuesto. La influencia que ellas han tenido en la aparición de ciertas

concepciones jurídicas modernas y en el desenvolvimiento del derecho en general, es un hecho que nadie puede desconocer y que nos autorizan para mencionarlo.

Don Arturo Alessandri Rodríguez, con alguna exageración es cierto, expresa lo anterior en algún artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, diciendo que "los principios individualistas que inspiraron los Códigos del siglo pasado van siendo reemplazados hoy, merced a las nuevas ideas de cooperación y de solidaridad social, por principios que respondan mejor a esas modernas convenciones".

"El concepto, continúa, de que el derecho es una facultad del individuo cuyo ejercicio queda a su arbitrio siempre que no menoscabe el ajeno o exceda del límite legal, ha desaparecido de los códigos modernos, que ven en el derecho una mera facultad destinada a realizar una finalidad social y económica determinadas por la ley".

"Dentro del concepto moderno, los derechos le son reconocidos al individuo para realizar esa finalidad, para asegurar el buen funcionamiento de la vida colectiva. Debe, pues, ejercerlos en forma de obtener esa finalidad. Ejercerlos en otro sentido, es hacerlos servir a un fin contrario a su destino social, es abusar de ellos; y la ley que no los ha sancionado con ese objeto, no puede amparar este ejercicio". (1)

Y hemos dicho que las ideas a que se refiere el señor Alessandri son un tanto exageradas, porque si bien es viciosa la concepción individualista que reconoce en el hombre derechos absolutos, casi ilimitados, también lo es la concepción solidarista que solamente le reconoce derechos conferidos por la colectividad para permitirle participar y colaborar en la vida social. Entre la idea de los derechos absolutos y la idea de derecho-función, hay un justo tér-

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia: tomo 26, págs. 67 y siguientes.

mino medio que reconoce al individuo ciertos derechos dados por la naturaleza, inherentes a su personalidad, pero limitados por la función social que estos mismos derechos tienen. Así se armonizan los derechos del individuo con los que pertenecen a la sociedad y no se suprime a éste por endiosar aquélla. Es preciso recordar que no es la sociedad quien confiere todos sus derechos al individuo. Recordaremos que el individuo de la especie humana está dotado de personalidad, que ésta supone un fin que requiere medios para ser alcanzado y que entre estos medios se encuentran los derechos individuales.

Corresponde también a la moderna divulgación de estas tendencias, la aparición, o mejor dicho, el verdadero renacimiento de la teoría de la imprevisión. Ella coincide con estas nuevas tendencias, como se ha dado en denominarlas; se funda, a lo menos, remotamente en ellas, y paralelamente a ellas va siendo poco a poco aceptada por buena parte de la doctrina y aun de la jurisprudencia.

4. Pero no solamente los factores indicados han influido en las modificaciones experimentadas por el derecho y las doctrinas jurídicas durante los años corridos de este siglo y los últimos del pasado.

La tendencia espiritualista, opuesta al materialismo de los siglos 18 y 19, se ha abierto no sin dificultades su camino en la filosofía, en las concepciones científicas, en la literatura, en las artes... y fruto de ella es la evolución del derecho en el sentido de acercarse, si se nos permite hablar así, a la moral; de adaptar mejor a ésta sus normas y principios, de contemplar como ilegales situaciones que sólo eran deshonestas.

No es necesario demostrar, ni sería propio hacerlo aquí, que el derecho, siendo parte de la moral, encuentra en ésta su fuerza, su fundamento, su límite y no pocas veces su eficacia.

“No se trata de explicar el derecho por la Filosofía, como dice Ripert, pero sí de ver que puede haber filosofía en el derecho”. (1). Y está demostrado, como dice, formulando una pregunta que se encarga de contestar en su obra, que el mundo moderno no ha llegado a crear un derecho que se baste a sí mismo, sino que sigue dominado por la gran ley moral que después de siglos de cristianismo rige las almas de los pueblos europeos.

Prueban la afirmación el hecho de aparecer las tendencias emanadas de la caridad cristiana a que antes nos referíamos y, a impulsos de éstas, el renacimiento de concepciones jurídicas, tales como la del abuso de los derechos y la teoría de la imprevisión, cuyos fundamentos encuentran sólida raíz en los principios de la ley moral, en el reinado permanente de la noción moral en el seno del derecho positivo.

A nuestro modo de ver, estas teorías y otras tienden precisamente a ligar, más aún de lo que están, el derecho y la moral; a hacer que no escapen a la prohibición o a la imposición de la ley ciertos actos reñidos con la moral que aquella permitía o sancionaba.

Y se desprende de aquí, también, cuál es la importancia que tiene el estudio de la teoría en cuestión y de las demás doctrinas jurídicas que se le asemejan o que tienen análogos fundamentos o finalidad.

5. Con lo dicho basta para comprender cuáles son las razones que hemos tenido para emprender el estudio sobre la teoría de la imprevisión en relación con nuestro Derecho Civil.

Lo comenzaremos refiriéndonos someramente al concepto de caso fortuito o fuerza mayor, por la necesidad que existe de determinarlo precisamente a fin de que, dada su vecindad con el concepto de imprevisión, no sin incurrir en confusiones lamentables.

(1) Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*, pág. 1.

Expondremos en seguida, cuál es el concepto propio de imprevisión en el Derecho Civil, dando las diferentes fórmulas que emplean los autores que hemos tenido a nuestra vista y determinando las diferencias fundamentales entre éste y la noción de caso fortuito. Precisaremos el verdadero dominio de aplicación de la teoría en estudio y estudiaremos sus orígenes.

Haremos ver cuál ha sido el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera frente a esta teoría. Nos referimos a los fundamentos que se le han dado, a sus efectos jurídicos y a la necesidad de consignar su aceptación por un texto legal expreso.

El penúltimo capítulo lo dedicaremos a estudiar la imprevisión en rela-

ción directa con nuestro derecho positivo.

6. Desgraciadamente, el hecho de no haber ninguna publicación nacional que a esta teoría se refiera, de no existir sino en muy escaso número en nuestro país obras de derecho que la estudien y la imposibilidad de encargarnos al exterior, no nos han permitido profundizarla como era nuestro deseo, tocar todos los puntos de interés jurídico que presenta, ni estudiar debidamente las numerosas cuestiones que con ella se relacionan.

(Continuará)

De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI

BOGOTA. JUNIO DE 1938.

NUMERO 1956

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

(Continuación)

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

CONCEPTO DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR—SINTESIS.

SUMARIO — 7.—Las obligaciones. 8.—Efecto de las obligaciones. 9.—Derecho secundario del acreedor: La indemnización de perjuicios. 10.—Definición del caso fortuito o fuerza mayor. 11.—Fórmula de Bonnet. 12.—¿Existe diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor? 13.—En la legislación chilena. 14.—Requisitos para que un hecho constituya caso fortuito o fuerza mayor. 14.—Efectos del caso fortuito o fuerza mayor.

7.—Antes de entrar propiamente en materia, hemos creído conveniente precisar con claridad el concepto del caso fortuito o fuerza mayor, porque de no hacerse así, el estrecho margen que existe entre éste y la

noción de imprevisión llevaría seguramente a lamentables confusiones.

Con tal objeto y aunque se trata de nociones muy conocidas, haremos previamente un brevísimo resumen del concepto y elementos de la obligación; señalaremos en síntesis sus efectos; aludiremos a la indemnización de perjuicios, y terminaremos este capítulo precisando, también en resumen, la idea del caso fortuito o fuerza mayor.

"La obligación, en el sentido jurídico de la palabra, puede ser definida como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas quedan civilmente ligadas respecto de una o muchas otras, igualmente determinadas, a dar, hacer o no hacer alguna cosa." (1)

Nuestro Código Civil ha señalado algunas

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des obligations.* T. I. pág. 1.

de las características jurídicas de la obligación al definir el contrato en su artículo 1438; pero no ha dado una definición de aquélla. Sin embargo, la obligación es cosa bien diferente del contrato. Mientras éste es una de las causas que lo producen, una de las fuentes de donde emana; aquélla es el efecto propio del contrato.

En virtud de la obligación quedan ligadas por un vínculo de derecho dos partes determinadas: el sujeto que tiene la facultad, el derecho de exigir; el paciente o sujeto pasivo, colocado en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer. Para la primera, la obligación constituye un derecho que aumenta su patrimonio; para la segunda, importa una carga que restringe su libertad y grava o disminuye su patrimonio.

Fuera de estos elementos, la obligación tiene otro: el objeto, o sea la prestación o la abstención que el acreedor tiene derecho a exigir y a que se obliga el deudor.

8.—La obligación hace que el sujeto pasivo o deudor se encuentre en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo que el acreedor puede exigir en virtud del vínculo de derecho que los liga.

Creado este vínculo, el legislador ha supuesto, como regla general, que el deudor lo cumplirá voluntariamente ejecutando la prestación o absteniéndose de aquello que se obligó a no hacer.

Puede suceder y sucede a menudo que el deudor no cumpla la obligación, la ejecuta imperfectamente o retarda su cumplimiento. En estos casos, la ley, a cuyo amparo se formó la obligación, ha debido proteger el derecho del acreedor y al efecto le ha otorgado ciertas facultades que le permiten obtener el cumplimiento forzado de la obligación o una prestación en dinero equivalente al beneficio que el cumplimiento perfecto de aquella le habría reportado. Son los efectos de la obligación.

Llamamos, entonces, efectos de la obligación, al “conjunto de derechos que la ley confiere al acreedor para exigir al deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumple en todo o parte o está en mora de cumplirla.” (1)

Estos derechos pueden ser agrupados en tres categorías:

a) Un derecho principal, que faculta al acreedor para obtener el cumplimiento forzado de la obligación;

b) Un derecho secundario, que lo faculta para exigir indemnización de perjuicios en caso de inejecución o de mora;

c) Derechos auxiliares, que permiten al acreedor rescindir ciertos actos o contratos del deudor, impetrar providencias conservativas de sus bienes, solicitar la separación de patrimonios o ejercitar ciertas acciones del deudor, derechos, en suma, que le permiten dejar afecto el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación.

9.—Cuando el deudor no cumple EN FORMA REAL Y EFECTIVA LA OBLIGACIÓN o cuando la cumpla imperfecta o tardíamente, el acreedor suele ser privado de los beneficios, de las ventajas patrimoniales que le habría reportado el cumplimiento perfecto y sufre una lesión en su patrimonio.

Ahora bien, “como nadie puede ser lesionado en su patrimonio por un acto ajeno”, el daño, la lesión que sufre el acreedor y los beneficios que deja de percibir a consecuencia del incumplimiento del deudor, en una palabra, los perjuicios que sufra deben serle reparados por éste.

Se llama, entonces, indemnización de perjuicios al “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.” (1)

La indemnización de perjuicios de que tratamos es la resultante de la inejecución de las obligaciones emanadas de contratos, de cuasi-contratos o de la ley. Tratándose de obligaciones emanadas de delitos o cuasi delitos, lo referente a la indemnización de perjuicios está tratado por los arts. 2314 y siguientes de nuestro Código Civil; pero, en nuestro estudio no nos interesan, pues, como luégo veremos, esta clase de obligaciones, por lo general no quedan comprendidas dentro del dominio de aplicación de la teoría de la imprevisión.

Hemos visto que la indemnización de perjuicios procede cuando el deudor no cumple o cumple imperfectamente la obligación o cuando retarda el cumplimiento de ésta llenándose ciertos requisitos determinados por la ley. En el primer caso nos encontramos frente a la indemnización de perjuicios compensatorios; en el segundo, frente a la indemnización de perjuicios moratoria.

Se llama indemnización de perjuicios compensatoria la que se debe al acreedor en ra-

(1) Alessandri R. Arturo: Obligaciones, pág. 55.

(1) Alessandri R. Arturo: Obligaciones, pág. 56.

zón del incumplimiento de la obligación; "bajo su forma ordinaria, no es otra cosa que la avaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada; la compensación, en consecuencia, de los perjuicios que la inejecución le causa. Se llama moratoria, cuando se debe al acreedor en razón del simple retardo culpable en la ejecución, y no es otra cosa que la avaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada en la época en que debía serlo." (1)

Los requisitos necesarios para que el acreedor pueda exigir una u otra son los siguientes:

a) Que el deudor no haya cumplido la obligación o que sólo la haya cumplido imperfectamente (artículo 1556 del Código Civil);

b) Que la infracción de la obligación sea imputable al deudor (artículos 1547 y 1558 del Código Civil);

c) Que la infracción perjudique al acreedor, que haga disminuir su patrimonio, sea real y efectivamente, sea imponiéndole la pérdida de una ventaja (artículos 1542 y 1539, N° 2, A CONTRARIO CENSU, del Código Civil);

d) Que el acreedor esté en mora de cumplir la obligación (art. 1557 del Código Civil), o sea, que culpablemente haya retardado el cumplimiento más allá de la época fijada por la voluntad manifiesta del acreedor. (2)

10.—El tercero de los requisitos necesarios para que el acreedor pueda exigir indemnización de perjuicios es, según hemos visto, la necesidad de que la infracción de la obligación sea imputable al deudor, sea de su responsabilidad. Pero, esta facultad que tiene el acreedor de exigir que se le indemnicen los perjuicios que se le han causado, cesan cuando éstos provienen de un hecho extraño a la voluntad del deudor que hace imposible el cumplimiento perfecto de la obligación, cuando provienen de caso fortuito o fuerza mayor.

En este caso, la inejecución o retardo dejan de ser imputables y dejan de ser, por consecuencia, de su responsabilidad, salvo que la convención o la ley lo hagan expresamente responsable.

Así lo establecen los artículos 1547, inc. 2°, y 1558 de nuestro Código Civil, que libran de responsabilidad al deudor en caso de

sobrevenir un caso fortuito o fuerza mayor, "sin perjuicios de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes" (artículo 1547 del Código Civil).

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, dice el artículo 45 de nuestro Código Civil, el imprevisto a que no es posible resistir"; o en otros términos y tratándose ne obligaciones, todo hecho imprevisto, ajeno a la voluntad del deudor, que hace imposible el cumplimiento de la obligación.

11.—Julien Bonnetcase resumiendo sus explicaciones acerca del caso fortuito, da la siguiente fórmula, como él la llama, que deja ver bien claramente los requisitos y precisa el concepto del caso fortuito o fuerza mayor:

"Se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, una variedad de hecho jurídico de orden legal, material o puramente humano que pertenece más particularmente al derecho de las obligaciones, e impide sea la ejecución, sea el nacimiento de una obligación, en razón de la imposibilidad absoluta en la cual se ha encontrado sin su culpa, el deudor o el que pasa por tal, de triunfar de la fuerza del acontecimiento constitutivo del susdicho hecho jurídico." (1)

12.—"En el lenguaje de la ley, dice Baudry-Lacantinerie, las expresiones caso fortuito o fuerza mayor son sinónimas." (2)

Otros en cambio sostienen que son dos conceptos análogos pero distintos en cuanto a sus causas o en cuanto a sus efectos. Sin embargo, la mayoría de los autores, entre los cuales citaremos a Bonnetcase, que ha estudiado particularmente esta materia, llegan a la misma conclusión que Baudry-Lacantinerie, es decir, sostienen que caso fortuito y fuerza mayor son sinónimos. (3)

13.—En la legislación chilena la cuestión es clara, según nosotros.

"Se llama caso fortuito o fuerza mayor...", dice el artículo 45 de nuestro Código Civil, haciendo sinónimas ambas expresiones. En seguida, este mismo artículo, al citar algunos ejemplos en su segunda parte da a entender que, en concepto del legislador, nada importa que se trate de un hecho del hombre o de un accidente natural; en ambos casos hay fuerza mayor, en ambos caso fortuito.

Por otra parte, nuestro Código Civil, al señalar los efectos del caso fortuito o fuer-

(1) Baudry-Lacantinerie et. Barde: ob. cit. páginas 492 y 493.

(2) Ureta E. Arturo: Apuntes de Derecho Civil tomados en su clase, pág. 75.

(1) Bonnetcase: Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie. T. IV, N° 291.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde: ob. cit. página 485.

(3) Bonnetcase: ob. cit. pág. 85.

za mayor no hace diferencia entre ambas nociones; generalmente emplea la expresión caso fortuito y jamás deja traslucir que se pueda hacer la distinción que algunos creen ver.

Así lo han sostenido siempre, además, nuestros profesores de Derecho y la Jurisprudencia de nuestros Tribunales. (1)

14.—Hemos dicho (Nº 10) que tratándose de las obligaciones, 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 caso fortuito o fuerza mayor:

a) Que se trate de un acontecimiento imprevisto, es decir, cuyo advenimiento no haya sido conocido dentro de los cálculos ordinarios del hombre normal. Exige este requisito el artículo 45 de nuestro Código Civil;

b) Que trate de un hecho a que es imposible resistir, de un acontecimiento insuperable, que haga imposible, en absoluto, el cumplimiento de la obligación. También contiene este requisito la definición del artículo citado;

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.

El hecho o acontecimiento debe ser imprevisto. En último término, todos los acontecimientos pueden ser previstos por el hombre; pero no se trata de eso. Basta, a nuestro juicio, que se trate de acontecimientos poco frecuentes, de aquellos que sólo por excepción suelen sobrevenir, y que este acontecimiento no haya sido tomado en cuenta por las partes en el momento de contratar. Naturalmente, la apreciación de estas circunstancias queda entregada al criterio de los Tribunales, pues se trata de apreciaciones y, en último término, de una cuestión de orden psicológico por más que en algunos casos puedan servir de base para la apreciación de los términos empleados al contratar, las circunstancias en que se contrata, etc.

Debe tratarse, en seguida, de un hecho que haga imposible el cumplimiento de la obligación, de un acontecimiento al cual sea imposible resistir, como dice el artículo 45 de nuestro Código Civil. No basta, en consecuencia, la simple dificultad, la mera imposibilidad relativa, pues ésta supone la po-

sibilidad mediante un esfuerzo. (1). También es ésta una cuestión que queda entregada en la práctica a la apreciación de los Tribunales.

Es preciso, además, que se trate de un hecho completamente ajeno a la voluntad del deudor. Si la imposibilidad de ejecución proviene de un hecho voluntario del deudor, fruto de su intención positiva, de dañar al acreedor, o de su negligencia e imprudencia, el hecho viene a ser consecuencia del dolo o culpa de aquél y no nos encontramos ya frente al caso fortuito o fuerza mayor.

Este último requisito no lo contiene la definición del artículo 45 citado, pero es generalmente admitido como de evidente necesidad; tan evidente que el legislador no creyó necesario mencionarle. En efecto, de no exigirse, el deudor podría librarse de la obligación por su sola voluntad y la obligación perdería así su fuerza obligatoria, su eficacia; dejaría de ser obligación.

No existe, por consecuencia, caso fortuito o fuerza mayor, cuando el cumplimiento de la obligación se hace solamente más difícil o más oneroso. (2) Esto debemos tenerlo muy en cuenta al tratar de la teoría de la imprevisión, pues, la dificultad o el exceso gravamen que importa en algunos casos el cumplimiento de la obligación constituyen uno de los elementos esenciales que la forman.

Según lo acabamos de ver, corresponde en último término a los Tribunales determinar si concurren los requisitos necesarios para que un hecho o acontecimiento constituya caso fortuito o fuerza mayor. (3)

15.—En principio, el efecto propio del caso fortuito o fuerza mayor es eximir de responsabilidad al deudor por el incumplimiento de la obligación y exonerarlo de la obligación de indemnizar los perjuicios que

(1) La sentencia Nº 1066, por ejemplo, publicada en la Gaceta de 1910, tomo 29, estableció, de acuerdo con lo que hemos dicho, que el hecho de no conseguir carros de ferrocarril para entregar cierta cantidad de harina en tiempo oportuno, no constituía una imposibilidad absoluta. Como se ve la jurisprudencia de nuestros Tribunales está orientada en el sentido de no admitir como constitutivos de fuerza mayor, sino los acontecimientos que material y absolutamente hagan imposible la ejecución de la obligación. No creemos necesario citar más sentencia al respecto.

(2) Demogue: *Traité des obligations en general*, tomo VI, pág. 686.

Baudry-Lacantinerie et Barde: *ob. cit.* página 486.

(3) Baudry-Lacantinerie et Barde: *ob. cit.* página 486.

(1) Ureta E. Arturo: *ob. cit.* pág. 71.

sufra el acreedor, ya que falta en este caso uno de los requisitos cuya concurrencia sepamos como necesaria para que esta indemnización procediera.

En otros términos, la fuerza mayor o caso fortuito libera al deudor de toda obligación, lo hace irresponsable de su incumplimiento, sin perjuicio, naturalmente, "de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes" (artículo 1547, inciso final del Código Civil).

En nuestra legislación rigen estos mismos principios generales, según lo demuestran, entre otras, las siguientes disposiciones de nuestro Código Civil, artículos 799, 943, 1588, 1672, 1983, 2015, 2016, 2150, 2153, 2178, 2230, 2242, 2248, etc.

Los casos de excepción a que antes nos referimos y en que el deudor es responsable del incumplimiento no obstante provenir de caso fortuito o fuerza mayor, pueden ser agrupados en la forma siguiente:

a) Cuando el deudor, mediante una estipulación expresa con su acreedor, se ha constituido responsable de todo caso fortuito o de alguno en particular (artículos 1547 y 1673 del Código Civil);

b) Cuando la ley dispone expresamente que el caso fortuito o fuerza mayor o mejor dicho, el incumplimiento que proviene de caso fortuito o fuerza mayor, sea de cargo del deudor (artículos 147, inciso final, 1938, inciso 1º, 1676 del Código Civil);

c) Cuando el caso fortuito o fuerza mayor sobrevienen por culpa del deudor (artículos 1547, inciso 2º, 1672, 1590, inciso 1º del Código Civil). En estos casos no existe propiamente hablando caso fortuito o fuerza mayor, pues falta uno de los requisitos que anotamos en el Nº 14.

d) Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor (artículos 1672, 1590, inciso 1º, 1547, inciso 2º del Código Civil).

Con el resumen, materia de este capítulo, hemos precisado la noción de fuerza mayor o caso fortuito y nos encontramos, por consecuencia, en situación de abordar propiamente el tema que nos hemos propuesto.

(Continuará)

De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de Santiago de Chile.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes no es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI

BOGOTA—JULIO DE 1938.

NUMERO 1937.

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

LA NOCION DE IMPREVISION

SUMARIO: 16. Ideas generales. — 17. Fórmulas de los autores. — 18. Requisitos de la imprevisión. — 19. Análisis de estos requisitos. — 20. En qué consiste la teoría de la imprevisión. — 21. Diferencia entre la imprevisión y el error, la lesión y la condición. — 22. Diferencia con la fuerza mayor.

16. Imprevisión, según el diccionario de la Academia, es la falta de previsión, y previsión es el conocimiento o juicio de lo futuro.

Ambas palabras vienen del verbo prever, 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 imprevisible, lo que no ha sido conocido o visto con anticipación, de lo imprevisible, lo que no ha podido ser

conocido con anterioridad. Así, es imprevisible el hecho cuyo advenimiento pudo saberse con anticipación; es imprevisible el hecho del cual no ha podido tenerse conocimiento, en circunstancias normales, antes de ocurrir.

Estas aclaraciones nos servirán más tarde, pues nos evitarán explicar en cada caso el alcance de los términos empleados.

Sabemos que el hombre está sujeto a necesidades de todo orden que debe satisfacer. Para procurarse lo necesario a esa satisfacción emplea su actividad en diversos fines que le permiten, en último término, obtener los objetos del mundo exterior o su utilidad. Pero su acción no le basta; no obtiene mediante su actividad particular e individual todo lo que necesita; requiere para eso del auxilio de los demás hombres.

Esta interdependencia de los hombres entre sí y la misma naturaleza humana impulsan al individuo hacia la vida en sociedad, que se manifiesta por las múltiples relaciones que se producen de persona a persona. La moral y el derecho rigen la ac-

tividad del individuo y también estas relaciones que produce y por las cuales se manifiesta la vida social.

Gran parte de esas relaciones de individuo a individuo se traducen en vínculos que el derecho ampara y sanciona. Cuando en virtud de estos vínculos alguna de las partes queda con respecto de la otra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer alguna cosa, nos encontramos frente a la obligación.

La obligación, entonces, no sólo tiene una utilidad y una finalidad individual, sino que también tiene un fin social y es útil a la colectividad, en virtud de la independencia en que se encuentran los individuos y por cuanto les sirve como medio de obtener lo que requiere la satisfacción de sus necesidades.

Puede, por consiguiente, concluirse, que la obligación en sí misma y la ejecución perfecta de ella corresponden a una necesidad social, y que, siempre que dos partes determinadas se vinculan jurídicamente, realizan no solamente un acto útil a ellas, sino útil también desde el punto de vista colectivo.

El legislador lo ha comprendido así y por eso ha reglamentado con esmero todo lo que se refiere a las obligaciones y a su ejecución, dando, incluso, como lo hemos visto, ciertos derechos al acreedor en caso de que el deudor no cumpla perfectamente o retarde la ejecución del vínculo jurídico.

Estas disposiciones se inspiran en la necesidad de asegurar el respeto de la voluntad de las partes que da origen a la obligación; de resguardar la seguridad de las transacciones; de sancionar las relaciones lícitas entre los individuos, necesarias a la buena marcha de la vida social. Y con estos objetos, nuestro Código Civil ha establecido en el artículo 1545 que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes..." Como se ve, nuestro Código Civil, lo mismo que el francés (artículo 1134), pone por sobre todo la estabilidad de los contratos, haciendo de este principio una de las bases más sólidas del orden social. Ha seguido en esto la tradición romana.

Pero, es un hecho que los acontecimientos, sucediéndose unos a otros, suelen cambiar las condiciones de los negocios y perturbar las relaciones económicas y sociales.

Así, por ejemplo, nadie desconoce, como lo hemos hecho notar en la Introducción, las perturbaciones y cambios de circunstancias producidos por la gran guerra; como nadie puede desconocer los trastornos económicos, sociales y financieros producidos

entre nosotros por ese conjunto de factores que se ha dado en denominar crisis.

Pues bien, alteradas las relaciones económicas y sociales que, como hemos dicho, son las que se traducen en vínculos jurídicos o más propiamente en obligaciones; perturbadas las condiciones normales de la vida colectiva, el Derecho que para asegurar el buen funcionamiento de éstas y resguardar la seguridad de aquéllas, dio carácter inalterable a la obligación, le dio fuerza obligatoria ¿no exigirá también que se modifique de acuerdo con las circunstancias, en vez de permanecer inalterable? ¿No permitirá esta modificación, cuyo objeto sería restablecer la primitiva armonía entre la obligación y las relaciones o necesidades que la produjeron? ¿No impedirá que el acreedor ejercite libremente los derechos que para situaciones normales le ha dado la ley, cuando su ejercicio pueda perjudicar exorbitantemente al deudor y no convenir al interés social? Hé aquí el problema.

17.—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 exista intención positiva de causar un mal y de eludir la ejecución de la obligación. En el segundo, frente al caso fortuito o frente a la noción de imprevisión, según que el hecho imprevisto o independiente de la voluntad del deudor haga absolutamente imposible la ejecución del vínculo jurídico, o sea un hecho imprevisible y general que sólo la dificulte o la haga más onerosa.

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

Para Voirin, autor de un trabajo acerca de la materia, publicado en Nancy en 1922, el problema consiste en averiguar cómo podría conciliarse el interés de las partes y ponerse en armonía el interés del deudor con la conveniencia social muchas veces en pugna si, en el intervalo que separa la celebración de un contrato y su ejecución, surge algún acontecimiento imprevisto e imprevisible que cambia las condiciones de los negocios y perturba las relaciones económicas y sociales. (1)

(1) De Harven: *Mouvements généraux de Droit Civil Belge contemporaine*, pág. 235.

Julien Bonnecase (1) se pregunta si es justo admitir que un acto jurídico especialmente un contrato, pueda ser modificado en sus efectos, por intermedio de los tribunales, cuando acontecimientos posteriores a su información que, al tiempo de nacer, no han sido en el hecho o no han podido lógicamente ser previstos por las partes, han engendrado una situación, sea particularmente onerosa para el deudor, sea extremadamente desfavorable para el acreedor.

De Harven (2), por su parte, acepta la forma anterior de plantear el problema, pero agrega la noción de utilidad. Fuera de considerar el aspecto de moral y de justicia que pueda encerrar el problema —aspecto fundamental, a nuestro juicio— debe también tenerse en cuenta la utilidad colectiva que pueda seguirse de su solución favorable.

Según René Demogue (3) debe admitirse 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 esos casos no es absolutamente imposible la ejecución. Si la ejecución se hace más difícil, el juez puede conceder al deudor un plazo de gracia, según el art. 1244 (C. C. francés). Si ella se hace más onerosa, ¿tiene el juez facultades especiales? “Así como el juez puede acordar términos de gracia, dice Demogue (4), ¿no podrá acordar temporalmente atenuaciones de gracia?”.

Emilio Miñana formula la cuestión refiriéndose a la guerra, o sea, una de las causas que pueden producir alteraciones fundamentales en la vida social y en las relaciones económicas, y sostiene (5) que “la guerra *ipso facto* no extingue ningún contrato. ¿Y cuando la guerra, agrega, haga pesar sobre el obligado una carga demasiado onerosa? Es indudable, dice, 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 tengan en cuenta los hechos que de una manera considerable alteran ese equilibrio.

El profesor Lenel, de la Universidad de Friburgo, formula también claramente el

problema. ¿Puede, dice (1), 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, precisando más, agrega que se trata de casos en que la alteración de las circunstancias, sin hacer imposible la contraprestación que según el contrato 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 Campión (2), en el campo económico, en las condiciones generales de vida pueden sobrevenir, posteriormente a la época en que se manifestó el concurso de voluntades que dio nacimiento a la obligación, diversas modificaciones producidas por factores diversos. La ejecución de la obligación puede seguir siendo en estos casos favorable y ventajosa para el acreedor, pero cesar de serlo para la colectividad. 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 rehusar ordenar la ejecución de las obligaciones que de él se derivan? Aquí aparece, según Campión, la teoría de la imprevisión.

Para Georges Ripert (3) el problema consiste en ver si el juez tiene facultad para 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 una reducción de sus cargas, la parte que así lo solicita reconoce que el contrato no puede ser modificado más que por un acto de la autoridad.

Ripert, sin embargo, como veremos, no acepta la revisión fundada en la imprevisión, porque en su concepto (4) contratar es prever, es asegurarse contra las contingencias ignoradas del futuro.

(1) Bonnecase: No 292.

(2) De Harven: pág. 235.

(3) Demogue: No 632.

(4) De Harven: pág. 246.

(5) Emilio Miñana: El Derecho Civil y Comercial de la guerra. Rev. de Der. Priv., t. VII, págs. 2 y sigtes.

(1) Lenel: La cláusula *rebus sic stantibus*. Rev. de Der. Priv. t. VII, págs. 193 y siguientes.

(2) Campión: La Théorie de l'abus des droits. No 225

(3) Ripert: No 74.

(4) Ripert: No 84.

Zaki (1), por su parte, 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 del 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?"

18.—Las fórmulas anteriores contienen ciertos elementos comunes que nos permiten, agrupándolos, establecer los requisitos generales de la noción de imprevisión. El acontecimiento constitutivo de esta noción debe reunir las características siguientes:

a) **Debe ser imprevisible** en el momento de nacer la obligación.

Esta exigencia la contienen las fórmulas de varios autores: según Voirin (2) debe tratarse de acontecimientos imprevistos e imprevisible. Bonnecase (3) se refiere a acontecimientos posteriores a la formación del contrato y que, al tiempo de nacer, no habían sido en el hecho o no habían podido ser previstos lógicamente por las partes. Para Serbesco (4) el acontecimiento debe ser totalmente imprevisto y también imprevisible.

b) **Debe ser independiente** de la voluntad de las partes.

Para Serbesco (5) es necesario que el acontecimiento sea extraño a la voluntad de las partes. El mismo requisito exigen Zaki (6) y Rozis (7).

c) **Debe, afectando a toda una categoría de contratantes, 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. Como ejemplos podemos citar la gran guerra, la crisis chilena, una gran inundación, una variación enorme de precios, etc.

Según Serbesco (1) es preciso que el acontecimiento tenga tal importancia que las partes no habrían contratado si lo hubieran tenido en cuenta. A lo mismo alude Rozis (2). Voirin (3) expresa que es necesario un acontecimiento que cambie las condiciones generales de los negocios y perturbe las relaciones económicas y sociales. Campión (4) cree de necesidad modificaciones en el campo económico y en las condiciones de vida. Miñana (5) se refiere a causas que pueden producir alteraciones en la vida social y económica.

d) Sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación, debe **dificultarla en forma considerable**, hacerla exorbitantemente más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave.

Bonnecase se refiere a este requisito (6) diciendo que el acontecimiento debe engendrar una situación, sea particularmente onerosa para el deudor, sea extremadamente desfavorable para el acreedor. Demogue (7) expresa que la ejecución de la obligación debe hacerse más difícil o más onerosa. Lenel (8) se refiere a obligaciones demasiado gravosas y Ripert habla de un gran perjuicio del deudor (9).

19.—Hemos dicho que el primero de los requisitos que debe reunir un acontecimiento para servir de elemento constitutivo a la imprevisión, es el de ser imprevisible en el momento de nacer la obligación.

Desde luego, si el acontecimiento ha sido imprevisto, la responsabilidad de las partes no sufre ninguna alteración. Ellas debieron formular sus condiciones en el momento de contratar en un sentido que les permitiera defenderse contra los trastornos que este acontecimiento podía producir. Si no lo hicieron, sobre ellas debe pesar el fruto de su negligencia.

Si el acontecimiento no fue previsto pero pudo serlo, tampoco debe modificarse la responsabilidad de las partes. El contrato tiene precisamente por objeto, como lo hace notar Ripert (10), asegurarse contra las con-

(1) Zaki: La imprevisión en Droit Anglais. Collection de études de Droit Comparé, t. XXIII, pág. XXV.

(2) De Harven: pág. 235.

(3) Bonnecase: No 292.

(4) Serbesco: Effets de la guerre sur l'exécution des contrats. Revue trimestrielle de Droit Civil, t. XVII, No 15.

(5) Serbesco: No 18.

(6) Zaki: pág. 71.

(7) Rozis: L'exécution des obligations et les variations de valeur de la monnaie, pág. 35.

(1) Serbesco: No 17.

(2) Rozis: id. pág. 35.

(3) De Harven: pág. 235.

(4) Campión: No 225.

(5) Miñana: Ob. cit. págs. 2 y siguientes.

(6) Bonnecase: No 292.

(7) Demogue: No 632.

(8) Lenel: ob. cit. págs. 2 y siguientes.

(9) Ripert: No 74.

(10) Ripert: No 84.

tingencias del futuro, y si los contratantes pudieron prever estas variaciones, debieron estipular cláusulas especiales que las contemplaran.

Tratándose ahora de un acontecimiento imprevisible, las partes no tienen medio alguno de defenderse contra él y, si dados los términos del contrato, acarrea situaciones deshonestas, injustas y económica y socialmente desfavorables, la moral, el derecho y las conveniencias económico-sociales aconsejan proporcionar a las partes los medios aptos para evitar estas consecuencias.

Todo lo expuesto es de sentido común. la dificultad se presenta cuando se trata de determinar qué acontecimiento es imprevisible, o cuándo tiene un acontecimiento este carácter.

Dos criterios pueden seguirse para resolver esta dificultad: Un criterio subjetivo, que consiste en apreciar la imprevisibilidad del acontecimiento en relación con la persona particular del contratante; y un criterio objetivo, que consiste en apreciarlo en abstracto, sin relación con determinados individuos, tomando solamente en consideración lo que es razonable, posible y normal en el tipo medio del contratante, dado el país, el tiempo y las costumbres.

Según el primero de estos criterios, los tribunales deben apreciar la imprevisibilidad del acontecimiento tomando en cuenta la mentalidad, el estado social, los conocimientos técnicos y la educación en general, la profesión, etc., del contratante, en cada caso particular, porque, evidentemente, lo que para unos es imprevisible no lo es para otros y parece la solución más justa la que contempla la situación de todos y la de cada uno en particular. La condición del contratante de que se trate vendrá a ser, en cada caso, el criterio y la norma para apreciar la imprevisibilidad del acontecimiento.

Esta solución presenta a primera vista la ventaja de ser rigurosamente justa, puesto que desciende al estudio particular de cada caso; ventaja que parece aún mayor en países como el nuestro, donde son enormes las diferencias de cultura e instrucción que existen entre las diversas clases de la sociedad. Tiene, sin embargo, sus inconvenientes.

Desde luego, es sumamente difícil de ser llevada a la práctica, como toda solución que requiere el estudio de cada caso particular, sin hacerse defectuosa. En seguida, amplía en forma exagerada las facultades de apreciación de los tribunales, y, aunque sea lo ideal conseguir que el juez se convierta en legislador respecto de cada caso con-

creto, es un grave inconveniente si la generalidad de los magistrados no son hombres rectos que a una inteligencia superior unen una gran preparación técnica, buen criterio y cultura general. En muchos países esta solución equivaldría a consagrar la arbitrariedad.

En consecuencia, el descender al estudio de cada caso concreto, si presenta aparentemente los caracteres de ser la solución más justa, casi nunca lo será en la práctica. Ampliadas las facultades de los tribunales en lo referente a la apreciación de la imprevisibilidad del acontecimiento, al autorizarles para tomar en cuenta sobre todo las condiciones personales del deudor, existirá el peligro cierto y fácil de caer en el campo de lo arbitrario y, por tanto, en la injusticia. Esta solución sólo aparentemente es la más justa.

Según el criterio objetivo que hemos señalado, los tribunales apreciarán la imprevisibilidad del acontecimiento únicamente en relación con la mentalidad, educación, estado social, etc., medios del contratante, considerado en abstracto. El problema, como se ve, queda reducido a determinar cuál es el tipo medio del contratante y esto depende del país que se considere y de la época en que se viva.

Nos interesa el problema en nuestro país y en el estado actual de nuestra legislación positiva.

Nuestro Código Civil ha debido señalar este tipo medio del contratante, porque el problema de su determinación se presenta también respecto de la teoría de la culpa contractual.

En efecto, en su art. 1547, inciso 1º, dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor: es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio." Poniendo este artículo en relación con el art. 44, su redacción puede ser convertida en la siguiente:

"El deudor no estará obligado a emplear más que la diligencia que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; será obligado a emplear aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y aquella esmerada di-

ligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio."

Con respecto al problema de la imprevisión, ¿no se podría adoptar el mismo criterio?

En los contratos útiles al acreedor, sería imprevisible el acontecimiento que normal y razonablemente no puede ser conocido con anticipación por las personas negligentes y poco prudentes en el manejo de sus negocios propios. En los que se celebran para beneficio recíproco de las partes, el acontecimiento que no puede conocer anticipadamente una persona de ordinario diligente y cuidadosa en el manejo de sus propios negocios. En los que solamente son útiles al deudor, el que no es susceptible de ser conocido desde antes por el hombre esmeradamente juicioso y diligente en la administración de sus negocios importantes. Naturalmente, estos tres tipos medios de contratante deberán ser apreciados tomando en cuenta el nivel bajo de cultura que nos caracteriza.

Esta solución tendría la ventaja de reducir al minimum el campo entregado a la apreciación de los jueces, suprimiendo dentro de lo posible las arbitrariedades. Por otra parte, permitiría contemplar la situación media del contratante, atendida la naturaleza de la relación contractual que lo liga.

Hemos dicho que el acontecimiento será imprevisible cuando no haya podido ser conocido normal y razonablemente con anticipación por el tipo medio del contratante. Se presenta con relación a este punto un nuevo problema. ¿Qué pretendemos decir cuando empleamos los términos normal y razonablemente?

Se trata simplemente de señalar un nuevo límite al poder de apreciación de los tribunales. Determinado el tipo medio del contratante, es necesario fijar al juez una cierta norma respecto de lo que puede ser conocido anticipadamente por aquél: es preciso señalar, respecto de cada uno de los tipos aludidos, cuál de sus diferentes maneras de conducirse debe ser tomada en cuenta, porque es evidente que los individuos comprendidos dentro de un tipo medio de hombre pueden conducirse de diversas maneras. En una palabra, se trata de fijar un tipo medio de conducta social correcta respecto de cada uno de los tres tipos medios de contratante, para que sea ésta la que tome en consideración el juez. Decimos que ella es la forma normal y racional de conducirse.

Esto queda naturalmente entregado a la apreciación de los jueces; pero, de acuerdo, también, con el criterio objetivo, es decir, sin descender a cada caso particular, sin tomar en cuenta a cada contratante en concreto, sino tomando en consideración lo que debe ser en abstracto la conducta media, razonable, normal de un individuo corriente, en relación con el estado de cosas existente y lo acostumbrado en el curso medio de la vida y en el comercio habitual.

En resumen, es imprevisible el acontecimiento que no puede ser tomado en cuenta anticipadamente por el tipo medio del contratante, si sigue una conducta social mediana.

El acontecimiento debe ser, en segundo lugar, independiente de la voluntad de las partes, es decir, no debe haber sido provocado ni directa ni indirectamente por éstas.

Es evidente que si uno de los contratantes provoca el acontecimiento que hace más onerosa o difícil la ejecución de la obligación, él debe sufrir las consecuencias. Sería notoriamente injusta la solución contraria. Además, parece que no solamente es necesario que el acontecimiento mismo sea independiente de la voluntad de las partes, sino que también lo es el que la acción de éstas no intervenga para agravar las consecuencias de aquél. Cada uno debe soportar los efectos de sus propios actos, y si fruto de la acción de uno de los contratantes son las consecuencias del acontecimiento imprevisible, éste debe soportarlas.

En tercer lugar, es necesario que el acontecimiento, con respecto a toda una categoría de contratantes, produzca una alteración tan extraordinaria, que las partes no se habrían obligado de haberla podido tener en vista.

Es necesario que la situación de toda una categoría de contratantes se encuentre afectada, porque no es posible contemplar la situación de un deudor determinado, aunque sea injusto en apariencias, desconociendo con este fin la fuerza obligatoria de los contratos, introduciendo la inseguridad en el seno de las relaciones económicas, atentando contra la estabilidad de las transacciones. No parece conveniente.

La exigencia de este requisito es el único medio de asegurar el respeto que se debe a los contratos, al mismo tiempo que se cede a las exigencias de la justicia y de la moral: es el único medio de contemplar en forma integral las conveniencias económico-sociales.

Por otra parte, las dificultades graves de ejecución que afecta a individuos particula-

res, quedan, en la mayor parte de los casos, comprendidas dentro la normalidad, dentro de las contingencias ordinarias de la vida. No es corriente la existencia de acontecimientos imprevisibles que sólo afecten la situación particular de dos contratantes. Casi forzosamente, este acontecimiento tiene que poder ser previsto, porque casi todas las eventualidades posibles dentro de una relación económica concreta y particular pueden ser conocidas o supuestas con anterioridad. Este requisito viene a ser, entonces, más que un requisito, una consecuencia de la imprevisión.

Es también necesario que lógicamente pueda tenerse la convicción de que las partes no se habrían obligado en la forma en que lo hicieron, de haber podido tener conocimiento de las consecuencias del acontecimiento. Si pudiera llegarse a tener la convicción de que las partes, aun conociendo o pudiendo conocer las aludidas consecuencias del acontecimiento, se habrían obligado en la misma forma en que lo hicieron, no existiría razón ninguna para protegerlas de lo que obrando razonablemente pudieron evitar.

También se presenta aquí el problema de saber a qué atenderá el juez para llegar a la convicción a que nos venimos refiriendo. Evidentemente al tipo medio del contratante y a la conducta social media de éste. Lo ya dicho al respecto nos evita volver sobre esta materia.

En cuanto al lugar, el acontecimiento sólo debe hacer más onerosa o difícil la ejecución de la obligación, sin hacerla material y absolutamente imposible. Sólo debe dificultarla en forma grave.

Se exige que el hecho no haga imposible en absoluto la ejecución de la obligación, pues, en caso contrario, nos encontraríamos frente al caso fortuito o fuerza mayor, ante el imprevisto que es imposible resistir.

Se exige, como condición positiva, que la ejecución de la obligación se dificulte en forma considerable, se haga exorbitantemente gravosa o imponga un perjuicio apreciable, porque, de no ser así, no existiría razón ninguna para liberar al deudor; más aún, sería una injusticia hacerlo, puesto que se privaría al acreedor de parte de sus ventajas, sin un beneficio justo para el deudor.

La razón que justifica la existencia de esta teoría, es la necesidad de remediar la situación de un contratante a quien los acontecimientos ponen en una situación angustiosa, en una situación que dados sus medios le será imposible soportar. Su finalidad consiste en remediar la injusticia, la inmo-

ralidad y la inconveniencia de que uno de los contratantes se arruine, mientras el otro obtiene inesperados y exorbitantes beneficios.

No se trata, por tanto, de favorecer a la parte que tropieza con una dificultad o sufre una pérdida normal. El contrato tiene por objeto asegurarse contra el porvenir, contra los riesgos normales del futuro; no es posible destruir sus ventajas, pues ello significaría hacerlo desaparecer. La parte perjudicada contrató con la mira de obtener ciertos beneficios; si obtiene pérdidas o tropieza con dificultades normales, ella las debe soportar. "Hay que estar a las duras y a las maduras", es también un aforismo de derecho.

20.—Establecidos y analizados los requisitos de la noción de imprevisión, nos queda por exponer en qué consiste la teoría de la imprevisión.

En pocas palabras, podemos decir que es la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados), 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 con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas.

A esta doctrina jurídica se la llama teoría de la imprevisión. Teoría, tanto porque es un conjunto de principios que forman una concepción completa, con sus fundamentos, la determinación de su rol, la fijación de sus límites y de sus efectos, cuanto permanecen aún en el campo de la teoría, es decir, no ha sido todavía unánimemente aceptada por la jurisprudencia, ni aplicada en forma constante, uniforme y general, ni consagrada permanentemente por una regla amplia en la legislación positiva. De la imprevisión, porque su base es la noción de imprevisión, es decir, la falta de conocimiento o noticias que las partes tienen al formarse la obligación, de los acontecimientos posteriores que modificarán sustancialmente las condiciones generales de vida bajo las cuales se obligan.

Más propiamente debió llamarse "teoría de lo imprevisible", puesto que lo que la caracteriza a nuestro modo de ver, es la nece-

sidad de que las partes, en el momento de formarse la obligación, no hayan tenido, ni hayan podido tener noticia o conocimiento de los acontecimientos futuros que alteren el estado de cosas bajo el cual contrataron. Pero, como dice un autor, es poco lo que interesa la forma adoptada para expresar un concepto claro. Lo que puede interesar es el fondo mismo de la cuestión y a él nos referimos.

21.—Antes de terminar este capítulo trataremos de precisar brevemente las diferencias entre la noción de imprevisión y el error, la lesión y la condición resolutoria.

El error es el concepto falso de la realidad; la disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas. Incurrir, por consiguiente, en error al contratar, la parte que se forma un concepto falso de la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra; de la identidad de la cosa específica de que se trata (artículo 1453 del Código Civil); de la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato: de alguna calidad accidental, cuando ella es el principal motivo que induce a contratar y este motivo es conocido de la otra parte (artículo 1454 del Código Civil), o de la identidad de la persona con quien se tiene la intención de contratar, siempre que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato (artículo 1455 del Código Civil).

El error supone, entonces, conocimiento pero supone también un concepto falso sobre lo conocido. La noción de imprevisión excluye el conocimiento de los hechos que autorizarán la atenuación de los efectos de la obligación, por haber variado imprevisiblemente las circunstancias.

Además el cambio de circunstancias es un hecho posterior al momento en que se celebra el contrato. El error, por el contrario, recae siempre sobre elementos que existen en ese momento.

La noción de imprevisión se diferencia también de la lesión. Se entiende generalmente por lesión el perjuicio pecuniario que un acto jurídico o un contrato puede causar a la persona que lo ejecuta o celebra. Pues bien, mientras ésta supone un perjuicio que sufre una de las partes a consecuencia de

las condiciones estipuladas, perjuicio que trae su origen de las mismas cláusulas del acto o contrato en la fecha de su ejecución o celebración; la noción de imprevisión incide con posterioridad a esa fecha; son circunstancias posteriores a la celebración del contrato, imprevisibles en ese momento, las que hacen demasiado gravosas, perjudiciales o difíciles en su ejecución las obligaciones que de él emanan.

Para terminar con esta materia, diremos, también de paso, que la aceptación de la teoría de la imprevisión no importa hacer condicionales las obligaciones comprendidas dentro de su dominio de aplicación.

En efecto, mientras la condición resolutoria, como sería ésta, acarrea la resolución del contrato y por tanto hace desaparecer la obligación; la imprevisión sólo atenúa sus efectos, pero sin hacerla desaparecer, según veremos más adelante.

Por otra parte la condición no se subentende sino en los casos en que la ley así lo establece, como en los contratos bilaterales, según el artículo 1489 de nuestro Código Civil; en los demás casos debe estipularse expresamente.

En seguida, la condición es un acontecimiento futuro que puede suceder o no (artículo 1473 del Código Civil), pero que las partes preven y tienen presente al obligarse, puesto que la formulan como tal. En cambio, la imprevisión supone acontecimientos futuros, imprevisibles por las partes en ese momento.

La condición puede operar, además, y de hecho opera, aunque la obligación haya sido ejecutada y por eso se dice que tiene efecto retroactivo. La imprevisión como veremos, supone una obligación no ejecutada aún íntegramente, una obligación que importa prestaciones sucesivas o diferidas.

22.—De las diferencias entre la imprevisión y la noción de fuerza mayor o caso fortuito nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

(Continuará)

De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI

BOGOTA—AGOSTO DE 1938.

NUMERO 1938.

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

DIFERENCIA ENTRE LA NOCION DE LA FUERZA MAYOR Y LA NOCION DE IMPREVISION

SUMARIO: 23. Atendiendo a sus elementos objetivos. — 24. Atendiendo a los hechos que las originan. — 25. Atendiendo a sus elementos subjetivos. — 26. Atendiendo a sus respectivos dominios de aplicación. — 27. Atendiendo a sus efectos. — 28. Atendiendo a la intervención del tribunal. — 29. Ambas nociones pueden coexistir.

23. Nos corresponde señalar en este capítulo las principales diferencias entre la imprevisión y el caso fortuito. Lo creemos necesario, tanto más cuanto que un mismo acontecimiento, según sus caracteres y efectos, puede ser constitutivo de aquélla o de éste.

Si atendemos al elemento objetivo esencial de estas nociones, veremos que la imprevisión es completamente diferente de la fuerza mayor.

En efecto, para que un acontecimiento constituya fuerza mayor, es necesario entre otros requisitos y según vimos (número 14), que se trate de un acontecimiento insuperable, de un hecho que haga material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Es la imposibilidad absoluta.

En cambio, respecto de la noción de imprevisión, sólo se exige, según vimos (número 19), que se trate de hechos, que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la dificultan en forma considerable, la hagan exorbitantemente más onerosa e impongan al deudor un perjuicio apreciable y grave. Basta, en una palabra, la imposibilidad relativa, la dificultad grave.

24. Atendiendo a los acontecimientos con ocasión de los cuales intervienen estas dos nociones, la diferencia es menos fácil de ser precisada.

Reuniéndose los demás requisitos, basta un acontecimiento imprevisto para que exista caso fortuito o fuerza mayor (número 14).

En cambio, interviene la noción de impre-

visión, cuando se trata de acontecimientos más complejos, de un conjunto de hechos; y esto sólo no basta; es necesario, fuera de la concurrencia de los demás requisitos, que produzcan, con relación a toda una categoría de contratantes, una alteración general y grave en las condiciones normales de la vida colectiva, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas y sociales.

25. También existe diferencia entre estas nociones atendiendo a los elementos subjetivos.

El elemento subjetivo esencial de la noción de fuerza mayor consiste en que el hecho o acontecimiento de que se trate sea ajeno a la voluntad del deudor.

En cambio, el elemento subjetivo de la noción de imprevisión no sólo lo constituye la ausencia de culpa o dolo de parte del deudor, sino además, el hecho de que las partes no hayan previsto, ni razonable y lógicamente podido prever, el acontecimiento generador de la imposibilidad relativa de ejecución.

26. Diferentes son también los dominios de aplicación de estas nociones.

El dominio de aplicación de la teoría de la imprevisión, según lo veremos más adelante, sólo se extiende a las obligaciones contractuales que importan prestaciones sucesivas o diferidas, mientras no estén íntegramente ejecutadas y no es susceptible de ser aplicada a las obligaciones delictuales y cuasi-delictuales, ni a las que nacen de la ley, como tampoco a las que emanan de contratos aleatorios o de cuasi-contratos. Esta teoría tiene, pues, un dominio de aplicación bastante restringido.

La noción de fuerza mayor, en cambio, se aplica a toda clase de obligaciones y se aplica aun a las relaciones jurídicas que emanan de los derechos reales, como en los casos de los artículos 799 y 934 de nuestro Código Civil. Su dominio de aplicación es, pues, más amplio que el de la noción de imprevisión.

27. — Ambas nociones tienen, además, efectos diferentes.

El efecto propio de la fuerza mayor es eximir de responsabilidad al deudor por la inejecución de la obligación, exonerándolo de la obligación de indemnizar los perjuicios que sufre el acreedor a consecuencias del incumplimiento. Deja sin efecto la obligación, si se nos permite hablar así.

En cambio, como veremos más adelante, la imprevisión sólo atenúa el rigor de los efectos de la obligación; su solo efecto es la revisión de las condiciones del vínculo ju-

rídico, como regla general y, en algunos casos, suspender la obligación de la ejecución o provocar la resciliación del contrato. (1)

Esta regla no es absoluta, según Bonnetcase. La fuerza mayor bien puede acarrear solamente la inejecución parcial de la obligación, eximir sólo en parte al deudor de los perjuicios que debe indemnizar a su acreedor. Y, a la viceversa, 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. (2).

Esta opinión de Bonnetcase es quizás un poco exagerada. Creemos que la imprevisión no puede constituir jamás un motivo o razón suficiente para eximir de responsabilidad al deudor. Y tanto es así, que el mismo Bonnetcase expresa que "si se quiere salvaguardar la seguridad de las relaciones económicas y la estabilidad social, es preciso mantener la fuerza obligatoria de los contratos."

28.—También se diferencian las dos nociones a que nos estamos refiriendo, en cuanto a la intervención del tribunal una vez planteadas en juicio.

Respecto del caso fortuito, el tribunal se concreta a determinar si concurren los requisitos necesarios para que exista y si el deudor no se encuentra en alguno de los casos en que responde del caso fortuito según la convención o la ley. En seguida, procede a declarar exento de responsabilidad al deudor.

Más amplia es, como veremos, la intervención del tribunal tratándose de la noción de imprevisión. Aquí, no sólo se concreta a determinar si concurren los requisitos para que verdaderamente exista y sea aplicable la noción de imprevisión, sino que debe, también, determinar, atendiendo a las circunstancias generales que han originado su intervención y a las particulares de cada caso, si procede o no la revisión de la obligación; si procede solamente una suspensión de la ejecución, o si procede la resciliación. Además, en ciertos casos, tendrá que actuar en lo referente a las indemnizaciones que se deban. En último término, la amplitud de su intervención depende de los efectos que se atribuyan a la teoría de la imprevisión.

(1) Respecto del sentido en que empleamos la palabra resciliación, ver el capítulo 5º.

(2) Bonnetcase: N° 293.

29.—Se desprende claramente de las diferencias anotadas que la fuerza mayor existe paralelamente a la noción de imprevisión, como instituciones jurídicas independientes, distintas y separadas.

Según lo hemos visto, respecto del caso fortuito, el punto de vista objetivo es el todo. Lo que se necesita determinar, para saber si existe, es si el acontecimiento imposibilita o no absolutamente la ejecución del vínculo.

Tratándose de la imprevisión, en cambio, el punto de vista subjetivo es el que principalmente se debe tener en cuenta. Lo que más interesa averiguar es el estado psicológico de las partes al contratar, es si pudieron o no prever los acontecimientos que dan origen a la imprevisión.

Sin embargo, en legislaciones como la nuestra, que exigen respecto de la fuerza mayor acontecimientos imprevisos, es también digno de tenerse en cuenta el estado psicológico de las partes al obligarse. Y en estas legislaciones y a los ojos de algunos autores que exigen también ese requisito, las nociones de imprevisión y de fuerza mayor parecen confundirse a primera vista y, esta última, aparece con netos caracteres de injusticia.

Sobre la base de las diligencias anotadas entre ambas nociones, podemos afirmar que no es posible confundirlas. El hecho de que se exija con respecto a la fuerza mayor acontecimientos imprevisos, no basta para confundirla con la imprevisión, que exige además acontecimientos imprevisibles. Esto, fuera de las demás diferencias que hemos anotado.

Fruto de la confusión anterior es la injusticia que pretende verse en la noción de fuerza mayor. En efecto, si basta para destruir la obligación la simple imposibilidad

relativa (imprevisión), es injusto que se exija la absoluta con respecto a la fuerza mayor. Pero no es así. En primer lugar y en términos generales, si bien se exige menos tratándose de la imprevisión (imposibilidad relativa), menores son sus efectos (nunca la exención completa del deudor), y más difíciles de llenarse sus otros requisitos, a los cuales ya nos hemos referido. En segundo lugar, la justicia y la conveniencia son las que exigen la coexistencia independiente de estas dos nociones, como instituciones separadas.

La justicia y la conveniencia exigen, por una parte, que se mantenga incólume la fuerza obligatoria de los contratos, y, por otra, que no se obligue al deudor a realizar lo imposible, como no sucedería de no existir la fuerza mayor. Así, no se destruye la fuerza de ley que tienen los contratos, ni se sorprende, bajo un aspecto distinto, la buena fe de las partes, puesto que nadie puede ignorar al dar vida a una obligación que la fuerza mayor puede liberar al deudor, puesto que nadie puede ignorar la ley según el artículo 8º de nuestro Código Civil.

Sin embargo, la justicia y la conveniencia no se contentan con eso. Deben contemplar también la situación del deudor en los casos de imposibilidad relativa de ejecución, y lo hacen en el hecho, dando menores consecuencias a una imposibilidad menor, mediante la teoría de la imprevisión.

En resumen, ni a la justicia ni a la conveniencia se oponen la fuerza mayor y la imprevisión, como instituciones jurídicas que coexisten con independencia y separadamente.

(Continuará)

(De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile)

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVII

BOGOTA—SEPTIEMBRE DE 1938.

NUMERO 1940.

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

ORIGENES DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

SUMARIO: 30. La teoría en el Derecho Romano. — 31. En el Derecho Canónico. — 32. Los glosadores y post-glosadores.—33. La teoría de la imprevisión en los siglos XVI y XVII. — 34. En los últimos años del siglo XVII y durante el siglo XVIII.— 35. En los últimos años del siglo XVIII y durante el siglo XIX.

30. En el Derecho Romano el principio consagrado por los textos legales, la jurisprudencia y la opinión de los autores, era el mismo que contiene el artículo 1545 de nuestro Código Civil, es decir, el de la fuerza obligatoria de los contratos, el que les da fuerza de ley, respecto de quienes han intervenido en su celebración legal.

Sin embargo, algunos párrafos del Digesto y de las Instituciones de Justiniano, algunas alusiones que se encuentran en las

obras de Cicerón y de Séneca, autorizan para sostener que se llegó, en ciertos casos, a admitir la liberación del deudor a consecuencias de cambios de circunstancias que hacían más onerosa o difícil la ejecución de la obligación (1).

Según Lenel (2), al jurista romano le era fácil saber si una de las partes, en su contrato, podía sustraerse de sus obligaciones en caso de resultar éstas demasiado gravosas por efectos de una alteración imprevista en las circunstancias: "En los negocios de buena fe, el juez goza de libertad para decidir sencillamente con arreglo a los dictados de la buena fe, sin más que preguntarse qué dificultades de ejecución eran las que, según la buena fe, debían liberar al deudor de sus obligaciones". La opinión de

(1) Serbesco. No 5 Zakr. Zakr. pág. 46.

(2) Lenel: ob. citada, págs. 194 y siguientes.

Lenel parece ser, entonces, la de que el Derecho Romano admitía, como regla general, la teoría de la imprevisión en los negocios de buena fe.

La mayoría de los autores (1), sin embargo, sostienen que la teoría de la imprevisión es ajena al Derecho Romano (Demogue), y que sólo se aplicó a casos particulares, basándose en la interpretación de la voluntad de las partes (Serbesco), sin que existiera un principio general y constante que la consagrara (Bruzini). Se estima, en una palabra, que en el Derecho Romano no existió una teoría general al respecto (Zaki).

31. Donde encontramos propiamente el origen de la teoría de la imprevisión, es en las obras de los canonistas.

Según Demogue (2) nació en el Derecho Canónico, y no cabe duda en todo caso, que los canonistas fueron los primeros en fundarla y los que la desarrollaron y divulgaron hasta conseguir su aplicación por los tribunales eclesiásticos (3).

Estos canonistas, según Planiel et Ripert (4), 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 circunstancias. Con este fin, consideraban 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 el día del contrato.

Esto nos demuestra una vez más la influencia enorme que tuvo el Derecho Canónico en el desenvolvimiento del Derecho; los muchos principios que aportó a la ciencia jurídica profana, y el interés que existe en no olvidar su estudio como fuente del derecho contemporáneo y de la legislación universal.

32. Desarrollada y aplicada por el Derecho Canónico, la teoría de la imprevisión no se encuentra sin embargo en las obras de los glosadores, los primeros comentaristas del Derecho Romano. Sólo aparece en el do-

minio del Derecho y se desenvuelve durante los siglos XIV a XVI, con la escuela de los post-glosadores (1).

Para Bartolo y sus discípulos, era preciso suponer en todo contrato la cláusula "rebus sic stantibus", o sea, era preciso suponer que las partes al celebrar el contrato tenían muy en cuenta las circunstancias, en forma que si éstas variaban ulteriormente, el contrato no debía ser mantenido en su primitivo ser (2).

Como sostenedores de la teoría podemos también citar a Baldo y sobre todo a André Alciat (3), que fue el primero en formular una síntesis completa y fundada acerca de la materia (4).

No obstante la influencia enorme que ejerció Alciat sobre los representantes de la gran escuela francesa de los siglos XV y XVII, Cujas, Doneau, Godefroy, etc., en sus obras no se encierra ninguna exposición de esta teoría (5).

Por el contrario, en esta época, los autores y la jurisprudencia de los tribunales italianos, precisan y fundan la teoría de la imprevisión. Entre los autores podemos citar al cardenal Mantica y sobre todo a De Luca, que dándonos a conocer la opinión de los jurisconsultos de su tiempo y las aplicaciones de la teoría hechas por los tribunales, especialmente los eclesiásticos, concluye sosteniendo que el juez debe modificar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, cuando éstas hagan muy injusta o muy onerosa la ejecución de la obligación (6). De Luca insiste particularmente acerca de que la teoría sólo es aplicable a los contratos que "Habent dependentiam de futuro", o sea, que importen prestaciones sucesivas o diferidas, mientras no estén íntegramente ejecutadas.

También es conocida en otros países la teoría de la imprevisión durante los siglos XVI y XVII. Los autores la estudian y la aplican algunos tribunales en Francia (7), España y Saboya. Entre los autores fran-

(1) Serbesco: N.º 5. Bruzin. Bonnecase: N.º 200. Demogue: N.º 632. Ripert: N.º 61.

(2) Ripert: N.º 62.

(3) Serbesco: N.º 6.

(4) Bruzin: cit. por Bonnecase: N.º 229.

(5) Serbesco: N.º 5. Bruzin. (Bonnecase: N.º 200).

(6) Bonnecase: N.º 200.

(7) El fallo más reciente según Zaki (págs. 42 y 43) es el del Parlamento de Ginebra de 2 de marzo de 1894.

(1) Bruzin. (cit. por Bonnecase: N.º 229). Serbesco: N.º 4. Demogue: N.º 632. Zaki: ob. cit. pág. 45.

(2) Demogue: N.º 632.

(3) Bruzin: (cit. Bonnecase: N.º 229).

(4) Planiel et Ripert: *Traité pratique de Droit Civil*, tomo VI, N.º 391.

ceses citaremos a Expilly y a Demod de Charnay (1).

En Alemania y Holanda encontramos como sostenedores de la imprevisión en esta época a Samuel Puffendorf y a Hugo Grocio, respectivamente. En sus obras encontramos estudiada teóricamente esta cuestión, bajo la forma de la cláusula "rebus sic stantibus" (2). Y bajo este aspecto, el problema es aún examinado en nuestro tiempo en el Derecho Internacional Público, y esto nos explica el interés que debió tener para Grocio y Puffendorf (3).

Según ellos, la naturaleza de la relación contractual, el objetivo o finalidad psicológica del acto, hacen presumir que las circunstancias contemporáneas a la ejecución de él han sido tomadas en consideración, a lo menos inconscientemente para las partes. El contrato, la obligación, tienen siempre un enlace, una dependencia más o menos estrecha con el estado de cosas existentes al celebrarse o contraerse (4).

34. Discrepando solamente en lo que se refiere a la extensión que debería darse a la teoría, ella es admitida en Alemania e Italia durante los siglos XVII, en sus últimos años, y XVIII (5), bajo la fórmula: "Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur" (6).

Como ya lo hemos dicho, Grocio ya había hecho notar el peligro que esta fórmula entrañaba; según él importaba destruir las obligaciones bajo pretexto de un cambio de circunstancias (7).

Los autores clásicos franceses de esta época: Domat, Pothier, etc., no aluden a la teoría de la imprevisión, y de ahí se explica que el Código de Napoleón, cuyos redactores se inspiraron principalmete en las obras de

estos dos tratadistas, no haya tratado la cuestión ni se haya referido a ella (1).

Los autores alemanes se ocupan, en cambio, de ella durante el siglo XVIII, ensayando la construcción de sistemas acerca de su naturaleza, fundamentos, y efectos, seguramente, bajo la influencia de Grocio y de Puffendorf. Así se comprende que la mayoría de los autores que de ello se ocupan fueran tratadistas de Derecho Internacional Público (2).

Henri Cocceji, profesor de Heidelberg, y De Leyser son jurisconsultos que se interesaron por esta teoría en esta época, ensayando sistematizaciones acerca de ella, tanto en sus relaciones con el derecho privado como en el público (3).

Para De Leyser, la alteración de las circunstancias debería ser imprevista y el fundamento de la teoría se encontraba en la necesidad de interpretar la voluntad de las partes, de interpretar el contrato. Todo contrato debería interpretarse de modo que el deudor sólo permaneciera obligado "rebus sic stantibus", pudiendo, por tanto, liberarse de sus obligaciones en virtud de esta cláusula implícita ante una alteración esencial de las circunstancias (4).

Como se ve, sólo en Francia es poco aceptada la imprevisión durante este siglo XVIII.

35. Durante el siglo XIX, la teoría de la imprevisión es olvidada en Francia — en el Derecho Privado — bajo la influencia de la doctrina de la autonomía de la voluntad (5).

En los demás países de Europa, desde los últimos años del siglo XVIII, la doctrina se torna más o menos adversa a esta teoría. Cesan de escribirse obras particulares acerca de ella, y las que de paso la estudian tratan de limitar sus efectos.

En Alemania, Windscheid formula la teoría de la presuposición, que puede ser considerada como un ensayo destinado a fundar sobre otras bases la teoría de la imprevisión. Más adelante nos referiremos a ella.

En Italia, se sigue admitiendo la cláusula "rebus sic stantibus", más o menos en la

(1) Zaki: págs. 48 y 49. Bonnecase: No 299.

(2) Bonnecase: No 299, citando a Bruzin.

(3) Según Zaki, pág. 50, Puffendorf admite en principio la aplicación de la imprevisión, pero con tales limitaciones y restricciones que casi puede considerarse, en términos generales, como declarado enemigo de esa teoría.

Más o menos puede decirse de Grocio, que hizo ver los peligros que la aplicación amplia de esta teoría podía entrañar.

(4) Bonnecase: No 299.

(5) Serbesco: No 6. Demogue: No 632.

(6) Serbesco: No 6.

(7) Serbesco: No 7.

(1) Serbesco: No 8. Bonnecase: No 299. Planiol et Ripert: No 391.

(2) Bruzin: (cit. por Bonnecase: No 299).

(3) Ripert: N 82. Bruzin: (Bonnecase: No 299).

(4) Leyser: "Meditations ad Pandectas" (cit. por Miñaña: ob. cit. págs. 2 y siguientes).

(5) Planiol et Ripert: No 391.

misma forma enunciada por André Alciat, aunque el Código Civil no alude a ella (1).

En los Códigos Civiles dictados desde la segunda mitad del siglo XVIII, hasta la primera del siglo XIX (Bávaro de 1756; Prusiano de 1794; Austriaco de 1812) se contienen algunas disposiciones en armonía con las consecuencias de la teoría de la imprevisión (2).

Algunos creen ver lo mismo en algunas disposiciones del Código de Napoleón y, en

cuanto a nuestro Código Civil, a él nos referiremos más adelante, en particular.

La síntesis histórica que hemos hecho, nos permite ver lo antigua que es la teoría de la imprevisión; comprobar que sus primeras manifestaciones aparecen junto al Derecho Romano, o sea, junto a la primera legislación completa que conocemos. Es que corresponde a necesidades sociales que existen en todas las épocas; a una noción moral tan antigua como el mundo; a ideas de colaboración, de solidaridad y de amor tan viejas como el cristianismo.

(1) Serbesco: ob. cit. No 9.

(2) Zaki: ob. cit. págs. 50 y 51. Cita para comprobación párrafos del capítulo 15 de la cuarta parte del Código Bávaro, y los artículos 377, 378, 379 y 380 del Código Prusiano, disposiciones que consagran la aplicación de la teoría que venimos estudiando.

(Continuará).

(De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile).

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVII

BOGOTÁ—OCTUBRE DE 1938.

NUMERO 1941.

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

FUNDAMENTOS DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

SUMARIO.—36.—Diversas orientaciones al respecto. 37.—La imprevisión fundada en la legislación positiva. 38.—Tentativa de atenuar la noción de caso fortuito o fuerza mayor, como medio de justificar la teoría de la imprevisión. 39.—Ensayos de fundar la imprevisión considerándola como una noción inherente a la de acto jurídico. 40.—El fundamento de la teoría en las nociones de moral y de derecho y en consideraciones de carácter económico-sociales. 41.—Crítica general.

36.—Ha sido principalmente una consecuencia de las necesidades producidas por los trastornos de la gran guerra el lugar que se le ha hecho a la teoría de la imprevisión en el campo de las controversias jurídicas contemporáneas.

Los partidarios de su aplicación han comprendido que es necesario darle fundamentos más sólidos que los que resultan de las fórmulas obscuras y poco precisas de los antiguos tratadistas. Y están en la verdad. Sin una base firme en qué apoyarse, falta de argumentos que la justifiquen debidamente, no es posible obtener un pronunciamiento a su favor, sea de la doctrina, de los tribunales o del legislador. Pasaría a ser un mero ensayo doctrinario sin importancia práctica, una de las tantas concepciones audaces que de tiempo en tiempo suelen lanzar espíritus poco equilibrados.

De ahí que la preocupación constante de los propiciadores de su aceptación haya sido buscarle un fundamento sólido en doctrina y ante la ley, y de ahí la diversidad enorme y las tendencias diferentes de las argumentaciones hechas con este fin.

A nuestro juicio, las doctrinas expuestas para justificar la imprevisión pueden ser agrupadas según cuatro orientaciones diferentes:

a) Las argumentaciones consagradas a buscar el fundamento de la imprevisión en los textos positivos de las leyes vigentes;

b) Las tentativas de justificar la imprevisión atenuando la noción del caso fortuito o fuerza mayor;

c) Los ensayos para fundarla viendo en ella algo inherente a la noción misma del acto jurídico y especialmente de contrato;

d) Los argumentos que la justifican considerando como una manifestación de la influencia permanente de las nociones de moral y de derecho en el seno del derecho positivo, o teniendo en cuenta consideraciones económico-sociales.

Clasificaremos sucesivamente las opiniones de los diversos autores que han escrito acerca de esta materia en una de las cuatro orientaciones anunciadas.

37.—Se han hecho varios ensayos para dar a la teoría de la imprevisión un fundamento legal dentro del derecho positivo. Citaremos los más importantes:

a) **En Italia.**—La jurisprudencia le ha dado un fundamento legal basándose en los artículos 1124, 1225 y 1226 del Código Civil. (1).

Según el artículo 1224, las obligaciones deben ser ejecutadas con la diligencia de un buen padre de familia. Combinando este artículo con los dos siguientes que se refieren a la fuerza mayor, han concluido que la imposibilidad de ejecución comienza donde termina la diligencia normal, de modo que si la ejecución de la obligación exige esfuerzos superiores a los que normalmente emplea un buen padre de familia, ella debe ser considerada como legalmente imposible.

Esta argumentación, basada en una interpretación bastante audaz de los textos legales, conduce directamente a encontrar el fundamento de la teoría que estudiamos en la atenuación de la noción de fuerza mayor. La refutaremos cuando nos refiramos a esta última concepción.

b) **En Suiza (2)**—Se ha invocado el art. 2º del Código Civil: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está permitido por la ley."

Esta disposición puede servir de doble fundamento de la teoría de la imprevisión. Desde luego se podría decir que la buena fe impide a una de las partes ejercer sus dere-

chos en toda su extensión habiendo cambiado las circunstancias bajo las cuales incorporó esos derechos a su patrimonio. Pero, en realidad no hay tal. El acreedor celebró el contrato de buena fe, y de buena fe, sin haber tenido influencia ninguna en el cambio de circunstancias, ejercita su derecho. Se trata, pues, de un argumento demasiado vago.

En seguida, se podría decir que en este caso el acreedor abusa de sus derechos si los ejercita en toda su extensión y con todo su rigor. Más adelante nos referiremos a este aspecto de la cuestión, al refutar la opinión de los que ven el fundamento de la imprevisión en el abuso de los derechos.

Sin embargo, es evidente que este artículo 2º del Código Civil suizo abre un camino cierto a la imprevisión, es un paso que se ha dado, consciente o inconscientemente, hacia la consagración legal de esta teoría.

c) **En Alemania (1)**—Los tribunales alemanes han fundado la imprevisión en los artículos 112, 157 y 242 del Código Civil de 1900, que disponen que los contratos deben ser interpretados y ejecutados en conformidad a las exigencias de la legalidad y la confianza recíprocas, en armonía con los usos corrientes de los negocios. Como se ve, el argumento que de aquí puede deducirse, no es muy sólido, puesto que nada hay tan conforme a la legalidad, ni que afiance tanto la confianza recíproca, como la ejecución íntegra y oportuna de las obligaciones.

También la han fundado sobre la lesión y el error, invocando el artículo 119 del mismo Código, según el cual, el que emite una declaración apreciando erróneamente su contenido o no habiendo querido en realidad emitirla con ese contenido, puede atacar su declaración por vía de nulidad, cuando haya lugar a admitir que no la habría emitido si hubiera tenido conocimiento del estado de cosas y si hubiera hecho una apreciación razonable de su situación.

Dadas las diferencias que hemos anotado entre la imprevisión y las nociones de lesión y error, no nos parece tampoco aceptable el fundamento anterior, tanto más cuanto que solamente, el artículo 119 aludido, se refiere al estado de cosas y a la situación del contratante existente en el momento de contraerse la obligación.

d) **En Francia (2)**—Se ha invocado, en

(1) Bruzin: cit. por Bonnetcase, Nº 280.

(2) Campion: Nº 318.

(1) Campion: Nº 305.

(2) Campion: Nº 252. Demogue: Nº 634 bis. Zaki: páginas 76 y 77. Ripert: Nº 83. Planiol et Ripert: Nº 396.

primer lugar, el inciso 3º del artículo 1134, según el cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe.

Se entiende que la convención se ejecuta de buena fe, según los que invocan este artículo, cuando se ejecuta conforme a la intención de las partes. El principio de la buena fe, dicen, es el alma de las relaciones contractuales y domina la voluntad de las partes, de modo que no se puede admitir que sólo la domine al celebrarse la convención y no en el momento de ser ejecutada. Si la buena fe obliga a no engañar ni a estafar a la otra parte, también obliga a no enriquecerse a su costa si circunstancias imprevisibles hacen del contrato otra cosa que la que las partes tuvieron en vista (1).

En realidad, este argumento parece no tener mucha fuerza. El texto del artículo 1134, inciso 3º, viene a impedir que el deudor dé menos de la que debe (2); es consecuencia del inciso 1º que da fuerza de ley a los contratos legalmente celebrados y tiende a constreñir al deudor para que cumpla en todo su tenor la prestación que debe (3), y además, si es cierto que el enriquecimiento del acreedor puede, en estos casos, ser contrario a la honestidad, no debe olvidarse que el contrato es también la consagración jurídica del sentimiento de honor, de la obligación moral de respetar la palabra dada (4).

También se ha invocado el artículo 1135 del Código Civil, según el cual las convenciones obligan no 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. Iría contra la equidad, se dice, el contratante que demandara la ejecución literal de su contrato habiendo cambiado brusca, total e imprevisiblemente las circunstancias bajo las cuales se celebró (5).

No se suele tampoco atribuir mucha fuerza a este argumento. Desde luego, consagraría la arbitrariedad en el seno del derecho positivo, bajo una máscara de aparente equidad. En segunda — y esto nos explica por qué decimos aparente equidad —, la letra del artículo 1135 determina la extensión de la obligación (dice..... "no sólo obliga".... sino también....), amplía esa ex-

tensión a más de lo que el tenor literal expresa; jamás podría servir, entonces, para disminuir el comprendido de la obligación (1).

En su tesis de doctorado, "Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision", Fyot ha invocado el artículo 1150 del Código Civil, como base legal de la teoría en estudio. Este artículo, en caso de inejecución no dolosa del contrato, limita la indemnización de perjuicios a la cantidad que se previó o que pudo ser prevista en la época de su celebración.

El acreedor, se dice, que tiene que recibir una cosa o precios que a consecuencia de acontecimientos imprevisibles, han subido en valor o monto más allá de los límites previsibles, se beneficia con el mayor valor no previsto, siendo que el artículo 1150 ordena limitar al máximo previsible sus derechos sobre el equivalente pecuniario de la prestación y, por lo mismo, sobre el mayor valor eventual de la cosa debida (2). O razonando por analogía, se dice que si este artículo impide sobrecargar al deudor en falta, con mayor razón impedirá sobrecargar al que es víctima de las circunstancias (3).

No se puede negar fuerza a esta precisa construcción de Fyot. Pero, en realidad, la disposición del artículo 1150 se refiere a lo imprevisible de la causa de los perjuicios y no a lo imprevisto del monto de la indemnización correspondiente. Así han interpretado este artículo Colin et Capitant, Baudry-Lacantinerie, Laurent, Demolombe, Demante et Colmet de Santerre (4). 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.

En otros términos, según el artículo 1150, el deudor no doloso no debe más perjuicios que aquellos que se deben a una causa que se previó o que pudo ser prevista al tiempo del contrato. El monto de estos perjuicios — cuya causa pudo preverse o se previó — será el que corresponde según las reglas generales aunque exceda de lo que normalmente pudieren las partes prever.

V. Wahl, en su obra "La guerre et le Droit Civil" y Magnan de Bornier en su tesis de

(1) Bruzin: cit. por Planiol et Ripert: No 396.

(2) Demogue: No 634 bis.

(3) Bonnecase: No 310.

(4) Zaki: pág. 77.

(5) Zaki: pág. 75.

(1) Zaki: pág. 76.

(2) Zaki: pág. 78.

(3) Demogue: No 635.

(4) Baudry-Lacantinerie: No 438 y siguiente. Campión: No 253.

doctorado "Théorie de l'imprévision", la fundan sobre la base legal del artículo 1156 del Código Civil (1). Este artículo expresa que se debe buscar en la interpretación de los contratos la común intención de las partes. Ahora bien, en todo contrato, lo que las partes han querido es que las prestaciones sean equivalentes dado el estado de cosas existentes al tiempo de celebrarlo. Si ellas hubieran podido prever que las circunstancias cambiarían, seguramente no habrían contratado. El juez puede, pues, basarse en esta común intención de las partes y subentender en el contrato una cláusula resolutoria tácita, según la cual se resolverá el contrato si cambian fundamentalmente las circunstancias bajo las cuales se celebró, en forma que sea posible presumir que si este cambio hubiera podido ser previsto las partes se habrían abstenido de contratar.

Tampoco se da mucha fuerza a esta argumentación. En primer lugar, el artículo 1156, como dice Capitant, no es más que un consejo y el juez no le debe seguir más que si hay dudas sobre la interpretación que debe darse al contrato (2) y, en seguida, supone un contrato obscuro, o cuyas cláusulas son contradictorias, pues sólo en este caso está el juez llamado a interpretarlo. (3)

En segundo lugar, importa confundir la condición resolutoria con la imprevisión, nociones que, como hemos visto, son diferentes, ya que la cláusula resolutoria es siempre prevista por las partes (ellas la estipulan) y la imprevisión supone acontecimientos imprevisibles.

Y, en tercer lugar, se trata de encontrar "la intención común de las partes." Puede que la intención del deudor haya sido la de no obligarse si las condiciones bajo las cuales se celebró el contrato no se mantienen. En cambio, el acreedor, habría contratado seguramente a pesar de ese cambio de circunstancias. (4)

De lo anteriormente dicho podemos concluir que no es posible encontrar el fundamento de la imprevisión en los textos legales positivistas en vigor. Las legislaciones modernas, como la alemana, inspiradas en avanzadas ideas de solidaridad y cooperación, no es raro que abran un campo amplio a la aplicación de teorías como la que estu-

diamos. Pero, en la legislación francesa y en las que en ella se han inspirado, fundadas en estrechas ideas individualistas, se requeriría forzar demasiado los textos para encontrar en ellos una base que justificara la aplicación de la imprevisión. Esta teoría, como lo hemos visto, no fue tratada ni por Domat ni por Pothier, los dos grandes inspiradores del Código de Napoleón. No es posible encontrar en éstas disposiciones que le sirvan de fundamento.

38.—Entre los muchos nesayos que se han hecho para justificar y dar fundamento a la imprevisión, nos debemos referir ahora a las tentativas de atenuar la noción de fuerza mayor o caso fortuito como medio para hacer penetrar a aquélla en el campo del derecho civil positivo.

Han seguido esta orientación, que consiste en sustituir la imposibilidad relativa a la imposibilidad absoluta, como elemento y requisito esencial de la fuerza mayor, especialmente la doctrina y la jurisprudencia italianas, y según Rozis, el Código Civil alemán de 1900. (1)

Más aún, el mismo legislador se dejó influenciar por este movimiento doctrinario, consagrando, transitoriamente, su orientación por un decreto de 27 de mayo de 1915 al cual nos referiremos.

Hemos visto (capt. 1º), que entre los requisitos necesarios para que un hecho constituya fuerza mayor, está el que se trate de un hecho a que es imposible resistir, como dice el artículo 45 de nuestro Código Civil, de un hecho insuperable que haga absolutamente imposible al deudor el cumplimiento de la obligación.

Pues bien, la tentativa a que nos referimos consiste en tratar de sustituir como requisito de la fuerza mayor esta imposibilidad material, absoluta, por la simple imposibilidad relativa, por la dificultad de ejecución. Consideran al deudor en persona y constatan si atendiendo a sus fuerzas físicas, a sus medios de acción, a su fortuna, a su inteligencia..., se le pueden exigir esfuerzos superiores a los que él justifique haber tentado para llevar adelante la ejecución. (2) Se pretende asimilar a la imposibilidad material, la imposibilidad moral o jurídica, entendiéndose por ésta la que impide ejecutar la obligación sin arruinarse. (3)

(1) Demogue: Nº 636. Zaki: págs. 78 y 80. Bonnecase: Nº 310.

(2) Campion: Nº 251.

(3) Bonnecase: Nº 310.

(4) Bonnecase: Nº 310.

(1) Rozis: pág. 31.

(2) Bruzin (Bonnecase: Nº 280).

(3) Viorin (Bonnecase: Nº 280).

En resumen, esta concepción considera que, en justicia, el deudor debe ser considerado como víctima de una fuerza mayor y por consiguiente exonerado de responsabilidad, cuando sobrevienen acontecimientos que hacen más onerosa la obligación, que dificultan su ejecución, atendidos los medios de cada deudor y que no pudieron ser previstos en la época de su formación.

La jurisprudencia italiana ha aceptado en algunos casos esta concepción, fundándose, como hemos visto, en los artículos 1224, 1225 y 1226 del Código Civil.

A juicio de Bruzin, de Viorin, de Bonnecase (1) y de la mayoría de los que han estudiado este problema, esta doctrina es insostenible.

En primer lugar, va en abierta contradicción con el artículo 1134 (1545 del Código Civil chileno), o sea, contra el sistema general de la legislación francesa y de aquellos que la han seguido en materia de obligaciones. Reduce a nada el artículo 1134, inciso 3º (1546 del Código Civil chileno), según el cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe. Destruye por completo la verdadera noción de fuerza mayor, que supone la imposibilidad absoluta de ejecución.

Por otra parte, es imposible introducir una perturbación más grave que ésta en el campo de las realizaciones contractuales. No deja ninguna seguridad; no es posible saber si un contrato producirá o no sus efectos, pues todo dependerá de la situación personal del deudor en el momento en que se exija su cumplimiento.

En realidad, la noción de caso fortuito o fuerza mayor es una noción precisa; no se puede cambiar ni suprimir ninguno de sus elementos sin hacerla desaparecer; ella obedece a la necesidad de exonerar al deudor, que sin culpa suya se encuentra en la absoluta imposibilidad material de ejecutar su obligación, con el objeto de no obligar a nadie a prestaciones imposibles, a prestaciones que, aunque fueran obligatorias, no se podrían ejecutar, y con el objeto de no hacer de las disposiciones legales algo que no se pueda materialmente cumplir.

La situación del deudor a quien le es extremadamente difícil la ejecución de su obligación, o a quien esta ejecución, dado el cambio imprevisible de las circunstancias, le supone cargos ruinosos, la contempla la teo-

ría que estudiamos. Las exigencias de justicia que supone contemplar la situación de este deudor, no necesita tergiversar y destruir, para ello, la noción de fuerza mayor, que, como hemos visto, es diferente de la de imprevisión.

En una palabra, se trata de situaciones completamente diferentes. En un caso, el hecho hace absolutamente imposible la ejecución de la obligación. En el otro, los acontecimientos sólo la hacen más onerosa o difícil. Para contemplar estas dos situaciones no basta una sola noción, que vendría a dar el mismo efecto a imposibilidades distintas consagrando una injusticia. Son necesarias dos nociones: la de fuerza mayor y la de la imprevisión. No exigirlo así supone hacer desaparecer de la vida jurídica la imposibilidad absoluta quitando su fuerza obligatoria a los contratos, estableciendo la inseguridad en el seno de las relaciones económicas.

39.—Un tercer grupo de los sostenedores de la teoría de la imprevisión, se orienta en el sentido de considerarla como algo inherente a la noción de acto jurídico y de contrato. Esta orientación general ofrece diversas variantes que conviene examinar.

a) *Cláusula rebus sic stantibus*. — Creen los sostenedores de este fundamento que, en cada contrato, se puede considerar como subentendida una cláusula tácita *rebus sic stantibus*, según la cual las partes no quedarán obligadas a sus prestaciones recíprocas sino en el caso de que las circunstancias generales existentes al tiempo de obligarse subsistan en el mismo estado hasta la ejecución completa de la obligación. (1) Los autores que aceptan esta concepción ven en la noción de imprevisión la resultante de esa cláusula tácita, inherente a todo contrato que importe obligaciones sucesivas o a plazo: la ya citada cláusula *rebus sic stantibus*. (2)

Esta concepción fue admitida, según Viorin, durante el siglo 18 en Alemania e Italia. A fines del siglo 18 se la abandona sin discusión y sin que se sepa por qué.

En la actualidad, como hemos visto, ha sido definida por Wahl y Magnan de Bornier, quienes la fundan en el artículo 1156 del Código Civil francés. No necesitamos repetir las razones que hacen poco recomendable su aceptación fundada en la disposición precitada. Sólo nos referimos a su situación en doctrina.

(1) Bonnecase: No 280.

(1) Zaki: pág. 79.

(2) Bonnecase: No 302.

El efecto que se atribuye a esta cláusula es el de exonerar a las partes de ejecutar sus obligaciones en su tenor primitivo, en caso de no mantenerse las circunstancias generales contemporáneas a la formación del contrato.

El único fundamento en que se apoya es el de que las partes, al celebrar el contrato, no pueden haber querido su empobrecimiento. Luego es necesario presumir la existencia de esta cláusula tácita, pues subentenderla ha sido la intención de las partes.

No nos detendremos mucho en su refutación. En primer lugar, esta doctrina es contradictoria. El subentender una cláusula tácita de esta naturaleza al celebrar un contrato, supone la previsibilidad del futuro cambio de circunstancias. Esto destruye uno de los requisitos de la imprevisión. No es posible concebir como buena una teoría, que requiere para ciertos efectos la imprevisibilidad del cambio de circunstancias y para otros la facultad de poderlas conocer con anticipación.

En segundo lugar, esta concepción no explica nada; es enteramente artificial. Esta cláusula *rebus sic stantibus* no se justificaría sino en el caso de que fuera inherente, parte constitutiva del acto jurídico, en el caso que perteneciera a la esencia de éste. Y no es así, pues con igual razón se podría considerar que, en todo contrato, las partes asumen los riesgos posteriores resultantes de las transformaciones del medio social. (1)

En seguida, como hemos dicho, importa hacer condicionales todas las obligaciones sucesivas o a plazo, cuando sabemos que la condición resolutoria es absolutamente diferente de la noción de imprevisión.

b) **El principio de la equivalencia.**—En todo contrato oneroso, las partes, en el momento de celebrarlo y tomando en cuenta las circunstancias y condiciones económicas existentes, calculan sus probabilidades de ganancia o de pérdida. Existiendo equilibrio se dice que hay equivalencia entre las prestaciones. (2)

Ahora, dicen los partidarios de esta doctrina, si el estado de cosas contemporáneo a la celebración del contrato cambia brusca e imprevisiblemente, produciendo un trastorno general, uno de los contratantes quedará en situación privilegiada a expensas del otro; uno de ellos dejará de percibir todas las ventajas que tuvo en vista y que le mo-

vieron a celebrarlo, desapareciendo así el fundamento, el móvil que las partes tuvieron presente al contratar. ¿No será justo en este caso, revisar el contrato o liberar a la parte lesionada?

Otros llegan más lejos y sostienen que, siendo en los contratos onerosos —bilaterales— la obligación de una de las partes causa de la obligación de la otra, en caso de alterarse fundamentalmente la equivalencia entre las prestaciones, la obligación de la parte beneficiada dejaría de tener causa, a lo menos en parte. (1)

Entre los propiciadores de esta tendencia podemos citar al italiano G. Osti y al alemán Klückmann, a cuya concepción especial luego nos referiremos.

La primera de las anteriores argumentaciones tiene evidentemente mucha fuerza moral, pero carece de valor jurídico. Las partes al contratar pueden tener en vista como fundamento del contrato esta equivalencia de las prestaciones, esa conservación de las ventajas que el contrato les puede reportar; pero ello no puede autorizar una especie de rescisión del contrato. Esta, en efecto, sólo se podría fundar en la lesión posterior a la celebración y sabemos que no es posible concebirlo así, puesto que la institución jurídica llamada lesión supone un perjuicio pecuniario contemporáneo a esa época.

A nuestro juicio, teniendo la referida argumentación un alto valor moral es preciso considerar la revisión del contrato en estos casos como una consecuencia de la ruptura del equilibrio entre las prestaciones, pero darle como fundamento el único que verdaderamente puede tener: las nociones de moral y de justicia.

En cuanto a la segunda carece de fundamento, pues la existencia de la causa respecto de una sola obligación se aprecia por la existencia de la contraprestación, cualquiera que sea su monto, cuantía o valor. (2)

Por otra parte, estas argumentaciones sólo nos dan un fundamento de la teoría en sus aplicaciones a los contratos onerosos y ello no basta puesto que su dominio es más amplio.

c) **Extensión del consentimiento.**—El verdadero fundamento de la teoría se encuentra, según Bruzin (3) en el examen de los principios que rigen la formación de las convenciones. Resumiremos sus argumentos.

(1) Bonnecase: N° 302.

(2) Zakl: pág. 84.

(1) Demogue: N° 634 bls.

(2) Demogue: N° 634 bls.

(3) Bruzin (Bonnecase: N° 301).

Sólo el concurso de voluntades es capaz de dar nacimiento a la obligación contractual; la fuerza obligatoria del contrato resulta del consentimiento, que es el acuerdo de las voluntades de las partes. Entonces, para apreciar la extensión de la fuerza obligatoria del contrato es necesario examinar, averiguar y conocer la extensión de la voluntad de cada una de las partes, la extensión del consentimiento.

El acto de voluntad y, por consiguiente, el acto jurídico, se descompone, según los psicólogos, en varios momentos: la concepción, la deliberación, la elección, la decisión y la ejecución y manifestación exterior de la voluntad.

Siendo el acto de la voluntad la resultante de un proceso psicológico, es evidente que tiene una relación estrecha con el medio en que este proceso se desarrolla, con el medio donde aquél aparece. Es necesario aceptar el principio de la relatividad de la voluntad bajo la influencia del medio donde nace, el principio de la semi-determinación de ella por el medio en que se manifiesta. El acto de voluntad sufre la influencia inevitable del medio donde aparece, porque esta influencia la sufre el hombre y no es posible concebir una idea o un acto independientemente del espíritu de donde emana, del individuo que es su autor. El contrato resulta del acuerdo de las voluntades de dos partes sobre el mismo objeto, del consentimiento. Este consentimiento, independientemente de su declaración, es el que da fuerza obligatoria al contrato, y esta voluntad interna, esto que realmente ha querido cada parte, no puede ser apreciado, según hemos visto, sino teniendo en cuenta el medio donde aparece. Lo mismo resulta respecto de la extensión de cada una de esas voluntades y del consentimiento que de su concurrencia resulta. Las partes se representan los efectos de derecho que sus voluntades pueden producir; pero sólo pueden representarse aquellos efectos que están en condiciones de concebir y atribuirles las consecuencias jurídicas y económicas que en el momento de concluirse el contrato están en la posibilidad de ser previstas por ellas. En consecuencia, las partes sólo han podido querer lo que dado el medio era posible concebir en ese momento, y el acuerdo de voluntades, que existe respecto de lo previsible, no puede ser invocado cuando se realiza lo imprevisible.

El contrato, conforme al artículo 1134 (1545 del Código Civil chileno), y dentro del dominio de lo previsible, tiene fuerza de ley. Su fuerza obligatoria resulta del consen-

timiento y no puede tener más extensión que éste.

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

Serbescó (1) atribuye un fundamento análogo a la teoría de la imprevisión.

Según él, la idea que forma la base de las teorías de las convenciones es el consentimiento, es decir, el acuerdo de la voluntad de las partes sobre el mismo objeto. Producido este concurso, el contrato resultante tiene la fuerza de ley (art. 1134, que corresponde al 1545 del Código Civil chileno). Pero, precisamente, porque este contrato tiene como única base la voluntad, no puede sobrepasarla. En todo lo que la sobrepase carecerá de fundamento.

¿Y si, en el caso de una convención a plazo, acontecimientos imprevisibles modifican radicalmente las condiciones de ejecución, de manera que sus consecuencias sean diferentes y contrarias a las que las partes han querido? El artículo 1134 encuentra su razón de ser en la idea de un acuerdo de voluntades, que en el caso que nos ocupa no puede existir respecto de las nuevas condiciones de ejecución. Si examinamos las voluntades que por su reunión formaron el consentimiento, se constata que ellas no pueden comprender más que los elementos existentes o a lo menos previsibles en el momento de manifestarse.

Cada parte, al establecer las cláusulas del acto, sólo pensó y sólo pudo pensar en los riesgos normales que podrían ocurrir y de acuerdo con esto formuló sus condiciones. Los acontecimientos anormales, imprevisibles, no han podido entrar en sus puntos de vista. Su voluntad la manifestó en relación con el medio existente y los riesgos normales.

Ahora bien, esta idea de la ineficacia de los contratos cuando las circunstancias han cambiado y en lo que exceda a lo que verda-

(1) Serbescó: Nos 10 a 18.

deramente las partes han querido, lejos de contradecir los principios de la legislación positiva actual están de acuerdo con ellos (1), puesto que se atribuye a la voluntad de las partes la extensión que realmente tiene y no se la deforma como al aplicar los textos con demasiada severidad y enteramente a la letra.

Ahora, en la doctrina que atribuye a la ley la fuerza obligatoria de las convenciones y sostiene que el consentimiento es una simple condición para que ellas tengan esa fuerza, la teoría también se justifica, pues, cuando se adopta prácticamente esta doctrina, como en Alemania, se obliga al juez, al interpretar una declaración de voluntad, a buscar la voluntad real sin atenerse únicamente al sentido literal de las expresiones (artículo 133 del Código Alemán). Los autores y la jurisprudencia han interpretado esta disposición en el sentido de que toda declaración de voluntad debe interpretarse teniendo en cuenta las circunstancias que le sirvieron de medio, los elementos exteriores que formaron su ambiente y le hicieron aparecer.

Pero en realidad, los jueces se ven obligados a hacer lo mismo dentro de la doctrina clásica, por la imposibilidad de penetrar en las conciencias. Ambas doctrinas son en el fondo idénticas. La innovación alemana es más ilusoria que real y en ambas doctrinas se justifica la limitación al medio existente y previsible de la fuerza obligatoria de los contratos. En los dos casos el fundamento de la imprevisión es el mismo. La doctrina alemana sólo ha aportado la consideración de la expresión material de la voluntad; pero, el resultado es el mismo, pues ésta no se manifiesta más que en armonía con el medio, sobre la base del ambiente donde surge.

No todos encuentran aceptables las anteriores consideraciones como fundamentos de la teoría de la imprevisión. (2).

Desde luego, frente a las voluntades individuales se alzan las razones de crédito público y los principios de seguridad social. La seguridad de las relaciones económicas sería destruída, se haría un mito de la fuerza obligatoria de las convenciones, si prevalecieran sobre estos principios los análisis sutiles y arbitrarios de la voluntad individual.

En seguida, lo que no puede escaparse a nadie y lo que no toman en cuenta los partidarios de la concepción anterior, es que las partes al celebrar un contrato, al obligarse,

lo que tienen presente ante todo es el carácter irrevocable de sus obligaciones.

No es posible destruir la seguridad de las relaciones económicas y sociales, basándose en simples presunciones. No es posible hacer prevalecer sobre esos principios una concepción arbitraria de los límites de la voluntad humana. Ni sería posible exigir a los tribunales la aplicación de esta teoría basándose únicamente en esta interpretación del consentimiento.

d) La doctrina de la Presuposición.—Puede, como veremos, ser invocada como fundamento de la imprevisión.

En efecto, esta doctrina consiste en negar una 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 esa época y suponiendo que han de mantenerse en el mismo estado. Los efectos de la declaración de voluntad se producirán aunque la presuposición resulte falsa, pero, en este caso, esos efectos carecen de fundamento que justifique su existencia, ya que no guardarán armonía con la verdadera voluntad del declarante. Es requisito esencial de la presuposición el que sea conocida por la otra parte.

Tratándose de la teoría que estudiamos, la presuposición es la creencia de que han de mantenerse las circunstancias generales existentes al celebrarse el contrato. Este supuesto, por evidente, no puede ocultarse a la otra parte. La variación brusca, imprevisible y grave de ellas, autorizará para oponer la excepción que se atribuye como efecto a la presuposición. (1)

Esta doctrina parece poco aceptable. En primer lugar, es una forma diversa de invocar la cláusula *rebus sic stantibus* y la podemos rechazar con las mismas razones que a ésta. En seguida, equivaldría 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 sabemos que el motivo que induce a contratar no influye en la eficacia del negocio jurídico que se celebra. Y no se puede sostener que el conocimiento que la otra parte tenía de la presuposición, equivalga a su aceptación, porque un motivo no gana en eficacia por ser conocido por la otra parte, si se estipula como condición. (2).

(1) Ver el N.º 66 de esta memoria.

(2) Salvo en lo referente al error accidental o en cuanto a la persona, según nuestro Código Civil (arts. 1454 y 1455).

(1) Serbesco: N.º 14.

(2) Bonnecase: N.º 301.

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

e) **Doctrina de la base del negocio jurídico.** — También puede ser invocada como fundamento de la teoría de la imprevisión.

La base del negocio jurídico, según Oertmann, es la que una parte piensa respecto de la existencia, subsistencia o aparición de ciertas circunstancias (1). Esta base debe hacerse notoria en la estructura externa del negocio jurídico y debe corresponder a una absoluta convicción.

En nuestro caso, la base del contrato sería la creencia absoluta de que han de mantenerse las circunstancias bajo las cuales se celebró, en 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.

Sin esta base el contrato no se habría celebrado. Si se corresponde a la realidad lo que para una parte ha sido la base del contrato, es justo que éste sea modificado o quede sin efectos.

Tampoco parece aceptable este fundamento. En primer lugar equivale a fundar la imprevisión sobre la noción de error y sabemos que ésta y la noción de imprevisión son absoluta y totalmente diferentes.

Se trata, en seguida, de una doctrina obscura, incomprensible. Según Oertmann, en la estructura externa del negocio debe hacerse referencia manifiesta a la circunstancia de que se trata y después dice que la base no es uno de los elementos constitutivos del negocio jurídico. (2). No determina qué debe entenderse por "estructura externa del negocio jurídico" y, entonces, o se trata de una condición o de un motivo. En ambos casos nada tiene que ver con la imprevisión.

40. — Los más serios sostenedores de la teoría de la imprevisión y la mayor parte de ellos se orientan en el sentido de atribuirle un fundamento, tal vez positivamente menos eficaz, pero, sí, más sólido y menos simplista.

Para éstos, el fundamento de la imprevisión se encuentra en diversas consideraciones de carácter moral, en la noción general

de justicia que domina el derecho positivo, o en ambos puntos de vista unidos a consideraciones de carácter económico-social.

a) **El abuso de los derechos.**—La ejecución de la obligación corresponde, lo mismo que la obligación misma, a una necesidad social.

Pero, en el campo económico y en las condiciones generales de vida, suelen producirse trastornos fundamentales, imprevisibles para las partes en el momento de obligarse, que dificultan y hacen excesivamente onerosa la ejecución de la obligación.

En estos casos, el ejercicio amplio y absoluto de todos sus derechos por parte del acreedor puede arruinar al deudor. La ejecución de la obligación, exigida como en épocas normales, acarrearía consecuencias antisociales. Ese ejercicio amplio y absoluto de todos sus derechos por parte del acreedor reviste los caracteres de un verdadero abuso.

Si la sociedad protege los intereses individuales, concediendo al efecto derechos especiales, estos derechos dejan de usarse y se abusa de ellos cuando su ejercicio produce la ruptura del equilibrio entre los intereses que se encuentran en juego en virtud del contrato, puesto que, en estos casos, dejan de emplearse con el fin que les es propio, dejan de ser ejercitados de acuerdo con la destinación económica y social que les corresponde.

Así argumentan los que ven el fundamento de la imprevisión en el abuso de los derechos, como Campien, Ripert, etc..... Según este último, la revisión del contrato en estos casos, se "funda en la idea moral de que el acreedor comete una suprema injusticia usando de su derecho con demasiado rigor". (1).

No parece muy aceptable esta concepción. En efecto, no podría reprochársele abuso a un contratante, cuando demanda la ejecución de un contrato que ha celebrado y que le reporta beneficios, porque al hacerlo está en su derecho, obra dentro del marco de la ley, exige la prestación a que la contraparte se obligó libre y conscientemente (2). El problema debe plantearse en otra forma.

En este caso su proceder puede ser deshonesto, el derecho podrá tal vez ser ejercitado en un sentido contrario a la destinación económico-social que tiene, serán o podrán ser antisociales las consecuencias del ejercicio amplio de ese derecho. Planteada en esta forma la doctrina del abuso de los dere-

(1) Ver el No 66 de esta Memoria.

(2) Lenel: ob. cit. págs. 193 y siguientes.

(1) Ripert: No 86, ob. cit.

(2) Wahl (Bonnet: No 395).

chos, es difícil negar que ella viene a servir de sólido fundamento a la imprevisión.

b). **El enriquecimiento sin causa.** También han intentado algunos encontrar el fundamento de la imprevisión en el enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa exige la pérdida o el desplazamiento respecto de un patrimonio de un valor que pasa a otro patrimonio, bien entendido que esta pérdida o desplazamiento no están justificados en derecho, es decir, están en contradicción con la noción de derecho imperante en un medio social dado (1).

No ha sido muy aceptada esta concepción.

En primer lugar, la acción de *in rem veris*, no procede entre contratantes (2), respecto de obligaciones contractuales, de modo que la solución sería incompleta. En seguida, como dice Wahl (3) el enriquecimiento no es sin causa cuando es la consecuencia de la ejecución de un contrato. La causa del enriquecimiento en esos casos es el contrato mismo. Decir lo contrario es admitir la lesión como causa de revisión del contrato, y no la lesión concomitante a él, sino una posterior.

Por otra parte, y como consideración general relativa al abuso de los derechos y al enriquecimiento sin causa, podemos decir que si bien estas nociones tienen una misma base moral y de justicia, son absolutamente distintas de la imprevisión en su naturaleza y funciones, de modo que no es posible fundar una de ellas en las otras.

El enriquecimiento sin causa tiene una función supletoria. En ausencia de un medio legal positivo que autorice el restablecimiento del equilibrio entre dos patrimonios, viene a restablecerlo como exigencia de moral y de derecho.

El abuso de los derechos, por el contrario, impide a los derechos que consagra la legislación positiva sobrepasar su finalidad y conducir a la injusticia bajo la cubierta de una legalidad aparente. Es un preservativo que protege contra las extralimitaciones del derecho positivo, contra el ejercicio anormal de las facultades que éste concede a los individuos.

La imprevisión, no sólo viene a mantener dentro de sus justos límites el derecho positivo actual — como el abuso de los derechos —, sino a oponerse, a contradecir esas

normas legales positivas, en forma aparente o real (1).

c). **Predominio de la noción moral.** Esta variante puede ser considerada como una manifestación de las tendencias espiritualistas contemporáneas en el campo del Derecho, en cuyo desenvolvimiento se hace sentir constantemente la acción fecunda de la moral cristiana.

Según sus sostenedores, en todo contrato, la moral exige una cierta equivalencia entre las prestaciones. Frente a esta exigencia, la vida económica y el progreso material hacen necesaria la seguridad y la estabilidad de las transacciones. Ahora bien, como la vida moral debe predominar sobre la económica, esta exigencia debe subordinarse a aquélla. Lo contrario sería subordinar la moral a los intereses materiales y esto repugna a la razón.

Para Ripert, que es también sostenedor de esta tendencia, "la imprevisión reposa sobre la idea moral de que el acreedor comete una suprema injusticia usando de su derecho con demasiado rigor" (2).

d). **La noción de Derecho.** Esta concepción es la aceptada por Bonnecase (3).

Según él, si se quiere llegar a una verdadera noción jurídica de imprevisión, es necesario separar el derecho de la moral. A su juicio, en materia de derechos patrimoniales la noción de derecho se basta a sí sola. Tomando en cuenta y como elemento el equilibrio entre las prestaciones y de los intereses concurrentes, la noción de derecho, impidiendo que una de las partes se beneficie en detrimento de la otra, da su fundamento preciso a la teoría de la imprevisión.

La noción de derecho, la justicia, preside el desenvolvimiento y aplicación del derecho positivo. Este no puede reglar las relaciones entre los hombres y ser aplicado, contrariando los dictados supremos de aquél. Desde el momento en que el derecho positivo esté en contradicción con los principios del Derecho, con los dictados de la justicia, cesa de constituir una norma de derecho y pasa a ser una imposición social arbitraria.

e). **Rol económico y social del contrato.** Para Demogue, el fundamento de la teoría de la imprevisión se encuentra en el rol social y económico del contrato.

Según él (4), sólo a primera vista es de-

(1) Bonnecase: N.º 186.

(2) Demogue: N.º 634 bis.

(3) Wahl (Bonnecase: N.º 315).

(1) Bonnecase: N.º 306.

(2) Ripert: N.º 86.

(3) Bonnecase: N.º 306.

(4) Demogue: Nos. 637 y 638.

finitiva y neta la concepción del contrato que fluye de los Códigos Napoleónicos. Es cierto que la seguridad exige que los contratos tengan fuerza de ley (artículo 1134 del Código francés; artículo 1545 del Código Civil chileno), pero la eterna cuestión de la desgracia humana aparece siempre y el legislador ha tenido también que considerarla. Y así lo ha hecho en los artículos 1162 (interpretación del contrato a favor del deudor; 1566, inciso 2º del Código Civil chileno), 1244 (plazo de gracia), 1550 (moderación de las indemnizaciones de perjuicios, artículo 1558 del Código Civil chileno). Ellos demuestran que el contrato no es algo tan absolutamente rígido. Pues bien, en el silencio de la ley positiva ¿no podría ir más lejos?

Desde el punto de vista social, dice, los contratos son en menor grado generadores de derechos individuales e individualistas en sus fines, que combinaciones protegidas por la ley para llegar a fines superiores: creación y distribución de las riquezas para la satisfacción de las necesidades de los seres humanos. Por el contrato, las personas se asocian para su interés común. Frente a circunstancias nuevas, hay que repetirlo, el contrato, que es cosa viva, no puede ser absolutamente rígido. Vivir es transformarse. La revisión del contrato se impone.

Por otra parte, el respeto absoluto al contrato es contrario a su rol económico: hacer circular y proveer al reparto de las riquezas.

La imprevisión dará lugar a una repartición de las pérdidas entre los contratantes, y el contrato satisfará mejor así su papel en la vida económica.

Especialmente, los contratos a largo plazo son, menos un medio de satisfacer un querer de las partes, que un medio de satisfacer una idea, de llenar una necesidad. El contrato tiende aquí a convertirse en institución económica y social.

Demogue reconoce, sin embargo, que la imprevisión se presta a abusos, que no da la solución perfecta; pero, dice, "entre las soluciones opuestas y contradictorias, el hombre, libre, pero impotente, no puede encontrar soluciones plenamente satisfactorias". Es preciso elegir la menos injusta, la que produzca menos males, la mejor.

49. No nos ha sido posible, dado el escaso número de obras de consulta que hemos tenido a la mano, examinar una por una todas las numerosas soluciones que dan los autores para justificar la teoría de la imprevisión.

Hemos estudiado, sin embargo, las más importantes o conocidas dentro de cada una

de las orientaciones anotadas y eso basta para darse cuenta de que el fundamento de la imprevisión no es posible encontrarlo en los textos positivos de códigos como el nuestro o el francés, inspirados en ideas individualistas, ni haciendo de la imprevisión algo inherente a la noción de contrato, ni destruyendo la concepción verdadera de la fuerza mayor o caso fortuito.

El problema de la imprevisión supone el conflicto de la noción económica de seguridad, que exige el respeto absoluto de los contratos, con las nociones de moral, de justicia y de conveniencia económica y social, que requiere la equivalencia de las prestaciones en la obligación contractual, la necesidad de equilibrar los intereses concurrentes, de impedir la ruina de un elemento de progreso económico.

El verdadero fundamento se encuentra, pues, en las consideraciones morales de Ripert, unidas a la noción moral de justicia y de derecho, que según Bonnet-Casse informa todo el derecho positivo, y a la función económico-social del contrato, a que Demogue se refiere.

No pretendemos, como algunos, que los tribunales puedan hacer la aplicación inmediata de la teoría, abriéndoles el camino mediante la sugerencia de interpretaciones audaces, más o menos arbitrarias y no pocas veces disparatadas.

En realidad, como lo veremos, nuestro Código Civil, lo mismo que su inspirador el de Napoleón, no da una solución justa a estas situaciones nuevas. Creemos, entonces, indispensable la consagración legal positiva de la imprevisión, puesto que así lo exigen imperiosamente la moral, la justicia y las necesidades económicas y sociales de nuestro tiempo.

No se debe temer marchar a la vanguardia cuando se sabe lo que se deja y lo que viene atrás y se conoce verdaderamente el fin que se persigue y el camino que se debe recorrer.

Son tan enemigos del orden social los que desean imponer reformas bruscas de acuerdo con sistemas y planes preconcebidos en abstracto, como los que ilusoriamente pretenden detener la marcha y la evolución progresiva de las sociedades.

(Continuará)

(De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile).

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVII

BOGOTA—NOVIEMBRE DE 1938

NUMERO 1942

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

DOMINIO DE LA APLICACION DE LA NOCION DE IMPREVISION

SUMARIO: 42. En el Derecho Administrativo. — 43. En el Derecho Privado. — 44. Obligaciones que nacen de delitos, de cuasi-delitos o de la ley—45. Obligaciones cuasi-contractuales. — 46. Obligaciones contractuales. — 47. Determinación de las obligaciones contractuales que quedan dentro del dominio de la teoría de la imprevisión. — 48. Obligaciones que nacen de contratos aleatorios. — 49. La especulación y la imprevisión. — 50. La imprevisión y las deudas de dinero.

42. Según veremos más adelante, la teoría de la imprevisión ha sido casi unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y casi siempre aplicada durante los últimos años en el Derecho Administrativo.

Nadie discute en la actualidad los fundamentos que ella tiene en el Derecho Adminis-

trativo y la necesidad o conveniencia de aplicarla a los contratos influidos por la noción de servicio público. Los autores suelen solamente diferir en cuanto a la extensión que debe darse a sus efectos.

43. No es posible afirmar lo mismo dentro del campo del Derecho Privado. Más aún, se suele sostener que esta teoría, aplicable al Derecho Administrativo por razones especiales, no lo es en el privado. Examinaremos esta cuestión refutando el argumento que frecuentemente se da para negar a la teoría de la imprevisión un lugar dentro del Derecho Privado.

El contrato administrativo, se dice, tiene diferente carácter que el contrato de derecho privado y diferentes son los fines que se tienen en vista al celebrar uno y otro.

En aquél interviene siempre la noción de servicio público, está sustancialmente influido por esta noción. En efecto, esta clase de contratos se celebran casi exclusivamente para proveer al buen funcionamiento, a la

marcha constante y no interrumpida de un servicio público. Esto es lo que interesa ante todo, la continuidad del servicio público, y la administración tiene que ver modo de asegurarla impidiendo que se arruine el que ha contratado con ella.

En seguida, las mismas necesidades de los servicios públicos hacen que en todo contrato administrativo, además de las cláusulas contractuales corrientes, existan involucradas ciertas cláusulas reglamentarias que lo hacen diferente del contrato de derecho privado, y siendo diferentes, no pueden aplicarse a éstos por analogía las reglas y los principios de aquéllos.

Además, se agrega, la administración no contrata para enriquecerse ni para especular; no persigue fines de lucro; sólo contrata para mejor proveer a las necesidades de los servicios públicos. Lo que interesa, entonces, es que no se interrumpa la marcha del servicio público a que están destinadas las prestaciones del que ha contratado con la administración. Esto les interesa a los ciudadanos, a la administración y al concesionario; existe, pues, entre ellos una intención común; la administración y el concesionario colaboran en la obra de mantener el servicio; son solidarios en lo relativo al interés en que el servicio se mantenga. Este es el fundamento de la imprevisión en el Derecho Administrativo.

Pues bien, se dice, el contrato de derecho privado no tiene ninguno de estos caracteres. Los particulares contratan entre sí con el fin de obtener utilidades, con la mira de enriquecerse. A ellos no los liga ningún vínculo de colaboración. Al contrario, el contrato supone una constante rivalidad de intereses antagónicos, que hace inaceptable la imprevisión en el derecho privado.

Estas razones no han bastado para convencer. Es evidente que el contrato administrativo tiene ciertos caracteres diferentes a los del contrato de derecho privado, pero también es cierto que ambos reposan sobre una base común de ideas generales. El contrato es una entidad jurídica determinada cuyos elementos esenciales no varían al pasar del derecho público al privado. Esta es la opinión de Jeze.

Por otra parte, no sólo el contrato administrativo tiene una función social. También la tiene, como lo hemos visto y más adelante lo repetiremos, el contrato de derecho privado, de modo que nada justifica, bajo este respecto, que se le excluya del dominio de la teoría de la imprevisión.

Y no debe hacerse hincapié en lo referente a la colaboración que existe entre las partes

en el contrato administrativo, porque ella sólo existe respecto de lo que las partes han conocido o podido razonablemente conocer al tiempo del contrato, pero en cuanto las modificaciones de hecho introducidas por circunstancias imprevisibles. Es cierto, en seguida que la administración no contrata para enriquecerse; pero, en cambio, con este fin contrata el concesionario. No es entonces tan clara la ausencia de rivalidad de intereses en el contrato administrativo, y el argumento no tiene fuerza obrando la imprevisión en favor de este último.

Además, las consideraciones anteriores bien pueden servir de base y fundamento a la teoría, en el campo del Derecho Administrativo, pero en ningún caso autorizan para excluirla del derecho privado, como tampoco basta para ello la existencia, en todo el contrato de derecho privado de intereses antagónicos entre las partes, porque con igual razón se podría decir que no les son aplicables los principios de justicia y de equidad.

44. Demostrado que no existe razón alguna para excluir a la teoría de la imprevisión del campo del derecho privado, queda por determinar su dominio de aplicación dentro de éste.

Sabemos que las obligaciones — aunque muchos no aceptan esta clasificación de sus fuentes — nacen de contratos, de cuasi-contratos, de delitos, de cuasi-delitos y de la ley (artículos 578, 1437 y 2254 de nuestro Código Civil).

Examinemos primeramente las obligaciones que nacen de delitos y de cuasi-delitos.

El origen de estas obligaciones se encuentra en la violación de la ley (en un hecho ilícito) y en el daño que causa a otra persona esta violación. Lo dan a entender así los artículos 2284 y 2314 del Código Civil.

No cabe, entonces, como regla general, atenuar los efectos de las obligaciones delictuales y de las cuasi-delictuales en virtud de la teoría de la imprevisión; no quedan dentro de su dominio de aplicación.

En efecto, respecto de las obligaciones contractuales, cabe la teoría de la imprevisión, porque las partes han tenido la intención de obligarse bajo las circunstancias existentes al celebrarse el contrato. Si acontecimientos imprevisibles posteriores hacen variar fundamentalmente estas circunstancias, rompiendo el equilibrio de prestaciones consentido, no es justo ni moral mantener rígidas y sin variación las condiciones del contrato; es necesario restablecer la armonía entre éstas y aquéllas.

Quien comete, en cambio, un delito o cua-

si-delito, no lo hace con la intención de obligarse. Es la ley la que hace nacer la obligación, y sería inexplicable, sería absurdo reducir o atenuar los efectos de esa obligación, porque los acontecimientos la han hecho más difícil o más onerosa en su ejecución, puesto que, no existiendo intención de obligarse, no es posible hablar de imprevisión, de acontecimientos imprevisibles, ya que esta noción supone la voluntad de obligarse bajo ciertas circunstancias dadas.

Existe además otra razón. Por regla general, la obligación que nace de delitos o de cuasi-delitos es de ejecución instantánea, y, como veremos, la teoría de la imprevisión supone obligaciones de ejecución sucesiva o diferida (1).

Lo mismo puede decirse respecto de las obligaciones que nacen de la ley, sin perjuicio de que el legislador atenue sus efectos. Pero, en este caso, no habría aplicación de la teoría de la imprevisión; simplemente se sustituiría un vínculo jurídico por otro diferente. No habría atenuación del vínculo primitivo, aunque así fuera en apariencias.

45. Sabemos que las obligaciones cuasi-contractuales son las que nacen de hechos voluntarios, lícitos, no convencionales que las producen. Lo dan a entender los artículos 1437 y 2284 de nuestro Código Civil. Parece posible afirmar que esta clase de obligaciones no quedan dentro del dominio de aplicación de la teoría de la imprevisión.

Desde luego, por la razón ya dada en el número anterior; porque no existiendo intención de obligarse — el cuasi-contrato suele aún producir obligaciones contra la voluntad del obligado —, no es posible hablar de la noción de imprevisión, que supone la voluntad positiva de obligarse bajo ciertas circunstancias.

En seguida, como doctrina jurídica, la teoría de la imprevisión no parece tener cabida tratándose de obligaciones cuasi-contractuales. En efecto, ella supone obligaciones preestablecidas que acontecimientos imprevisibles hacen más onerosas o difíciles en su ejecución. Mediando un cuasi-contrato, esas obligaciones no suelen estar preestablecidas sino que van naciendo a medida que los hechos se desarrollan. En la estimación de las prestaciones que las partes llegarán a deberse, esos hechos serán tomados en cuenta por el tribunal y la noción de imprevisión le ser-

virá de norma al hacerlo o le podrá servir como tal.

En otros términos y más gráficamente, podemos decir que mediando contrato, el problema consiste en determinar la forma en que serán ejecutadas obligaciones de futura ejecución, mientras que tratándose de un cuasi-contrato, es necesario fijar prestaciones provenientes de obligaciones ya ejecutadas.

46. Examinemos ahora la situación de las obligaciones que nacen de contratos, de "un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa", como dice el artículo 1438 de nuestro Código Civil.

Admitida la teoría de la imprevisión dentro del campo del derecho privado, nadie discute que las obligaciones contractuales quedan comprendidas en su dominio de aplicación. Es innecesario insistir sobre este punto.

47. Conviene, sin embargo, determinar cuáles obligaciones contractuales pueden ser afectadas por ella y atenuadas en sus efectos.

En general, siempre se ha sostenido que sólo son revisables en virtud de la teoría de la imprevisión las obligaciones que tienen por objeto prestaciones sucesivas o a plazo (1).

"Contractus qui habent tractum successivum et dependentem de futuro.....", decían los antiguos jurisconsultos (2).

Y en realidad, la teoría de la imprevisión tiene necesariamente que suponer obligaciones que tengan duración en el tiempo — prestaciones sucesivas o diferidas — o que no están completamente ejecutadas. De otro modo no es posible concebir que sobrevengan acontecimientos imprevisibles y esto es de la esencia de la teoría de la imprevisión. En los casos de obligaciones de ejecución instantánea, el problema se relaciona con la teoría de la lesión o de la causa y no con la que estudiamos.

48. Examinemos ahora someramente las obligaciones que nacen de contratos aleatorios. Veamos si quedan dentro del dominio de la teoría en estudio.

Sabemos que "el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y que, si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ga-

(1) Decimos, por regla general, porque de delitos o de cuasi-delitos pueden emanar obligaciones sucesivas, como la de dar alimentos.

(1) BONNECASE: número 295.

(2) SERBESCO: número 6.

nancia o pérdida, se llama aleatorio" (artículo 1441, Código Civil).

Caracteriza, entonces, y constituye la esencia del contrato aleatorio el hecho de que las ganancias o pérdidas para las partes que lo celebran, dependen de acontecimientos inciertos, de sucesos desconocidos de los contratantes. Y estos acontecimientos inciertos no sólo pueden ser hechos particulares que sólo afecten a las partes que han celebrado un determinado contrato, sino también acontecimientos generales que trastornen en un determinado aspecto la vida colectiva y las relaciones económicas.

Ahora bien, siendo de la esencia de la teoría de la imprevisión el que sobrevengan estos acontecimientos imprevisibles, es inaplicable a las obligaciones que nacen de contratos aleatorios, ya que éstos suponen la intención que tienen las partes de mantenerse inalterablemente obligadas no obstante la sobreviniencia de esos acontecimientos. Admitir, en este caso, la teoría de la imprevisión, sería destruir la esencia misma del contrato aleatorio, sería hacerlo desaparecer.

49. Se ha presentado también la dificultad de saber si la teoría de la imprevisión es compatible con los contratos llamados de especulación.

Nos parece cierta la afirmativa. Los contratos de especulación suponen partes que se proponen obtener beneficios de las variaciones que suele experimentar la condición general de los negocios; pero, necesariamente, pues es lo razonable y lógico, esperan obtener esas ganancias dentro de las variaciones normales a que nos referimos. Ellas prevén ciertas alteraciones corrientes, de esas que continuamente y en virtud de diversos factores suelen presentarse.

Pero, si sobrevienen alteraciones extraordinarias, trastornos de enorme trascendencia y desarrollo que no han podido lógicamente ser previstos por ellas, debemos afirmar que nos encontramos frente a la noción de imprevisión. Las probabilidades de ganancia o pérdida que suponen los contratos de especulación, las partes las pueden apreciar solamente en la medida del máximo que en la época y circunstancias de concluirse el acuerdo de voluntades se podían razonablemente concibir. Las partes no pueden haber tomado en cuenta esas posibilidades como capaces de ir hasta lo infinito.

La especulación supone lo extraordinario dentro de lo normal y corriente. La noción de la imprevisión supone la anormalidad.

La teoría en estudio es, pues, aplicable a los contratos llamados de especulación.

Sin embargo, Planiol y Ripert (1) estiman que estos contratos esencialmente especulativos deben excluirse del campo de aplicación de la teoría de la imprevisión.

50. Un último problema que puede presentarse con respecto al dominio de aplicación de la teoría que estudiamos, es el de saber si ella es susceptible de aplicarse a las obligaciones que importan prestaciones en dinero.

El problema que verdaderamente puede presentarse es el de averiguar si procede aplicar la imprevisión en casos de depreciarse la moneda. Según la opinión más generalmente admitida, no es susceptible de ser aplicada en estos casos.

Los contratantes no son víctimas aquí de una injusticia especial. La depreciación de la moneda afecta a todos los habitantes del país. (2). Se trata de perjuicios que todos sufren por igual y que todos deben soportar.

Además, las variaciones mismas del cambio no producen graves trastornos mientras no varía el poder adquisitivo de la moneda, y esta última variación no guarda una proporción justa con aquélla, sino que se produce lentamente. Sus trastornos no son, por consecuencia, tan graves como los que producen otra clase de acontecimientos y hay posibilidades de defenderse contra ellos.

No entrañan situaciones bruscas y manifestaciones injustas y deshonestas, no hacen perder al contrato su rol económico-social. La imprevisión no se justifica.

Rozis, estudiando este problema en particular, se muestra partidario del mantenimiento integral del contrato y enemigo, por tanto, de la imprevisión aplicada a estos casos. Otros, especialmente en Alemania, la han invocado con ocasión de las alteraciones monetarias. En estos casos creemos preferible la intervención legislativa (3).

(1) PLANIOL et RIPERT: número 297.

(2) RIPERT: ob. cit., página 160.

(3) Conviene hacer notar que este problema se relaciona con el de la cláusula oro. Sin pretender abordarlo, diremos que las opiniones están casi uniformadas en el sentido de que la imprevisión no puede ser aplicada habiéndose estipulado una cláusula oro, por cuanto quienes la estipulan prevén posibles alteraciones monetarias y se aseguran contra ellas o consienten en sufrir los perjuicios que de ellas pueden derivarse respectivamente.

EFECTO DE LA IMPREVISION

SUMARIO: 51. Nociones generales. — 52. La resolución. — 53. La resciliación.—54. La suspensión.—55. La revisión.

51. El problema de los efectos jurídicos de la imprevisión consiste en averiguar cuáles serán o deberán ser las consecuencias de ella una vez consagrada definitivamente por la jurisprudencia o bien por el legislador.

Será posible exonerar completamente al deudor, o habrá que contentarse con atenuar los efectos de la obligación.

Como principio general, a nuestro juicio, debe tenerse presente que la imprevisión supone el conflicto de las nociones de moral, de justicia y de función económico-social del contrato, con la puramente económica seguridad, que exige el respeto absoluto de las condiciones estipuladas.

Ambos elementos en conflicto son necesarios en la vida social y exigidos por las necesidades del progreso; no es, pues, posible, al dar completa satisfacción a uno, olvidar enteramente al otro.

La solución que se adopte en este problema de los efectos jurídicos de la imprevisión deberá contemplar muy especialmente el principio general anotado, si no quiere llegar a exageraciones absurdas y a consecuencias inaceptables.

Por otra parte, los acontecimientos constitutivos de la imprevisión en términos generales, agravan, hacen más onerosas, más difíciles, en forma imprevisible, las obligaciones del deudor, las prestaciones a que una parte se obligó. La injusticia comienza entonces donde terminan las ventajas o pérdidas que las partes podían normalmente prever. El contrato, a pesar del cambio de circunstancias, sigue siendo parcialmente justo y correspondiendo en parte a su fin económico-social.

Se trata de impedir que el acreedor obtenga exorbitantes beneficios de circunstancias ajenas a las previsibles en el momento de celebrarse el contrato y que no sean consecuencia necesaria y directa de la naturaleza de la operación efectuada o de las estipulaciones de las partes; de impedir que la sola fuerza de los acontecimientos arruine al deudor si lleva adelante la ejecución de la obligación en la forma convenida; de impedir que sufra una lesión patrimonial superior a la que podía ser prevista, a la que normalmente podía suponerse.

No es posible dudar, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, que la impre-

visión no debe acarrear jamás como consecuencia la completa exoneración del deudor. Ello sería tan injusto, tan deshonesto, tan contrario a la finalidad económico-social del contrato, como la solución legal ordinaria.

Además, debe tenerse presente que la finalidad de esta teoría es realizar el primitivo equilibrio contractual, reponer la situación de las partes en el estado que tenía al nacer el vínculo jurídico, remediar una situación injusta, deshonesto e inconveniente, sin perjuicio de contemplar los legítimos derechos de la parte no lesionada y los beneficios normales que éstos le deben reportar. No debe llegarse, pues, a la exoneración completa del deudor.

En seguida, es evidente que, por regla general, la legislación positiva, al mismo tiempo que contempla las necesidades sociales, se ajusta a los principios supremos de la moral y de la justicia. Lo contrario repugna a la razón.

La teoría de la imprevisión, que fundándose en estos principios y aquellas necesidades, viene a contradecir los textos positivos, debe tener, entonces, un rol sumamente estrecho y debe ser de aplicación excepcional.

Estimamos, en consecuencia, que esta teoría no está llamada a contemplar casos particulares y asilados, sino aquellos casos en que acontecimientos imprevisibles empeoren en forma que no podía ser conocida con anterioridad la condición de toda una categoría de deudores.

De dictarse una disposición positiva que la consagrara, ésta sólo debería contemplar situaciones generales, so pena de entrañar injusticias y arbitrariedades. Las razones que hemos dado en otra oportunidad (Capítulo 2º) nos evitan volver sobre este punto.

Entrando propiamente a la materia de este Capítulo, no parece difícil decir que los efectos jurídicos de la imprevisión no pueden ser otros que la resolución o la resciliación del contrato, o bien la suspensión de sus efectos o la revisión de sus condiciones. No es posible incluir la rescisión, porque se trata de contratos válidamente celebrados.

Cada una de estas soluciones propuestas las examinaremos separadamente.

52. El primer efecto que puede ser atribuido a la imprevisión es de acarrear la resolución del contrato.

En realidad, no se trata aquí de una resolución, propiamente tal, o sea, de la destrucción de un contrato por el evento de una condición resolutoria cualquiera. El término resolución se emplea queriendo significar que los efectos de la imprevisión, las consecuencias jurídicas que su aplicación produ-

cirá, podrían ser las mismas que produce una condición resolutoria cumplida.

En una palabra, el efecto que puede atribuirse a la imprevisión, según algunos, es el de hacer desaparecer las obligaciones en forma de retrotraer las cosas al estado que tenían al tiempo de nacer el vínculo jurídico extinguido.

Como se ve, esta solución general es muy sencilla y tiene la ventaja de facilitar a las partes el camino para llegar a un nuevo acuerdo, tomando en cuenta las nuevas circunstancias. Fue adoptada transitoriamente durante la gran guerra y en ciertos casos por el artículo 2º de la Ley Faillot. A nuestro juicio y teniendo presentes las consideraciones hechas en el número anterior, esta solución no parece del todo aceptable.

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

Alterada la normalidad, las prestaciones que deberán realizarse mientras duren los trastornos pasan a ser injustas, dadas las nuevas circunstancias, si se exigen en su forma primitiva. Esta es la situación que deberá contemplarse.

Los efectos de la resolución no bastan para ello; no son capaces de contemplar la situación intermedia entre el nacimiento de la obligación y la época en que aparecen las nuevas circunstancias; desconocerían la eficacia del contrato también durante este lapso intermedio. La solución es, pues, injusta, porque sería injusto dar efecto retroactivo a la imprevisión; debe idealmente ser; demasiado radical en cuanto a sus efectos.

En segundo lugar, sus resultados generales no pueden ser satisfactorios. Necesariamente, la resolución brusca e instantánea de un gran número de contratos tiene que producir un trastorno grave en el comercio y en las relaciones económicas en general. La situación de gran número de acreedores se tornaría súbitamente difícil, sobrevendría un desequilibrio en los medios de vida y acción de gran número de personas, y nadie puede desconocer las consecuencias graves que acarrea la mala situación económica de muchos.

Ahora bien, lo que se desea es precisamen-

te, evitar trastornos, anormalidades y llegar a una solución integralmente justa y honesta. Atribuir a la imprevisión los efectos de la condición resolutoria cumplida, es encaminarse a lo contrario. Esta solución es, por consecuencia, contraproducente: nos saca de un extremo y nos hace caer en el contrario.

53. Para otros, el efecto lógico que debe producir la aplicación de la teoría que estudiamos es el de acarrear la resciliación del contrato.

La resciliación, según la generalidad de los autores chilenos, es aquel modo de extinguir obligaciones en virtud del cual las partes acuerdan voluntariamente dejarlas sin efecto, en conformidad al principio de que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen (artículos 1567 y 1545 de nuestro Código Civil).

Para los autores franceses, en cambio, esta palabra tiene una significación muy distinta. Según Colin y Capitant (1), "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". Y en una nota agregan: "La palabra resciliación, que tomamos en su sentido técnico de resolución judicial de un contrato sinalagmático sobre prestaciones sucesivas, o contrato sucesivo, es frecuentemente empleada en la práctica para designar otra cosa, a saber, el acto de voluntad unilateral por el cual una de las partes, pone fin al contrato, en aquellos en que el mutuo disenso no es necesario para producir este resultado".

Nosotros empleamos la palabra resciliación en el sentido que le dan Colin y Capitant.

Este modo de extinguir las obligaciones sólo afecta al futuro. La obligación produce todos sus efectos hasta el momento de la resciliación; subsisten todas sus consecuencias jurídicas producidas antes de este momento. La resciliación no afecta al pasado.

El efecto propio de la imprevisión podría ser, entonces, el de dar facultades al juez para resciliar el contrato, o mejor dicho, para dejar sin efectos futuros a las obligaciones emanadas de ciertos contratos. Los tribunales estarían facultados para precisar hasta qué momento obliga la ejecución a las partes y desde qué instante quedan exone-

(1) COLIN et CAPITANT: "Cours élémentaire de Droit Civil français"; tomo II, página 350; 3ª edición de 1921.

radas, atendiendo a la fecha en que se produzcan los acontecimientos imprevisibles constitutivos de la imprevisión.

Cualquiera de las partes podría solicitar esta resciliación, probando la existencia de la imprevisión. La otra parte estaría obligada a aceptarla.

Con respecto a esta solución puede hacerse, también, la segunda de las observaciones relativas a la anterior. La resciliación brusca de muchos contratos puede producir graves trastornos económicos y alterar fundamentalmente las relaciones comerciales, que es lo que se desea precisamente evitar.

Sin embargo, es bastante más aceptable que la primera, puesto que respeta las prestaciones ya hechas en condiciones normales. Deja, también, libre a las partes para celebrar nuevos contratos que contemplen las nuevas situaciones y necesidades creadas. Pero, esto no es muy satisfactorio para el acreedor, puesto que necesitando las prestaciones que contrató, se las tendrá que proporcionar a un precio muy superior y sufrirá un perjuicio bastante grave. Como se ve, la resciliación se presta también a injusticia.

54. También se puede atribuir como efecto a la teoría de la imprevisión el de suspender la ejecución de la obligación, que circunstancias imprevisibles hacen exorbitantemente onerosa.

Los autores suelen proponer esta solución siempre que se trate de circunstancias o acontecimientos temporales, destinados a durar un breve lapso (1).

Sin que se deje de tener algunos inconvenientes, estimamos que esta solución es más aceptable que las anteriores, puesto que es la que menos atenta en contra de los principios actuales del derecho positivo, en contra de la fuerza obligatoria de los contratos.

Sin embargo, su aplicación a las obligaciones a plazo determinado es muy discutible. Consistiendo sus objetos en prestaciones que deben realizarse en épocas fijas y de antemano señaladas, en la mayoría de los casos, si esas prestaciones se postergan, pasan a ser enteramente inútiles.

Además, no es posible, en la mayor parte de los casos, saber si los acontecimientos constitutivos de la imprevisión son de efectos transitorios, de modo que la suspensión no procederá sino en muy contadas ocasiones o será decretada como una simple solución transitoria y en este caso agravaría, seguramente, los males que se pretende evitar.

En seguida, la suspensión brusca, lo mis-

mo que la resolución o resciliación, de gran número de obligaciones, tiene que producir los graves trastornos que ya hemos enunciado.

Por último, esta solución perjudicaría a gran número de acreedores obligándolos a subvenir a sus necesidades mediante contratos provisorios, celebrados en las pésimas condiciones que suponen la situación anormal, la rapidez de la negociación y la necesidad de procurarse las prestaciones suspendidas.

El artículo 2º de la ya citada ley francesa de 21 de febrero de 1918, adoptó también esta solución, respecto de algunos casos.

Además, según Bonnecase (1), sin usar el término imprevisión, la legislación positiva francesa vigente autoriza en un caso su aplicación, atribuyéndole como efecto el de suspender la ejecución de la obligación. Es el caso del artículo 1244 del Código Civil que autoriza al juez para conceder prudencialmente ciertos plazos de gracia al deudor, atendida su situación personal.

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

Este ha sido el efecto que le ha atribuido el Consejo de Estado francés, por sentencia de 30 de marzo de 1916 (2).

Desde luego, la inapreciable ventaja de conciliar la seguridad de las relaciones económicas, con las exigencias de la moral y de la justicia y con las nuevas necesidades creadas por los acontecimientos, es uno de los méritos con que cuenta esta solución.

Con respecto al mecanismo de la revisión, el ideal y la mejor manera de asegurar el respeto que se debe a la voluntad de las partes, es ver el modo de que estas mismas procedan amigablemente a ella. Sin embargo, esto no será posible obtenerlo sino en muy contadas ocasiones, de modo que es necesario buscar medios que sirvan de complemento a éste.

Uno de ellos podría ser el de dar facultades al juez para obligar indirectamente a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenzándolas con la resolución (3).

Pero, mejor sería dar facultades al juez para proceder directamente a la revisión a

(1) BONNECASE: número 297. Ya hemos aludido a esta sentencia.

(2) PLANIOL et RIPERT: número 398.

(3) BONNECASE: número 314.

(1) PLANIOL et RIPERT: número 398.

falta de un acuerdo de las partes, porque es preferible autorizarlo para revisar las condiciones del contrato que para resolverlo lisa y llanamente. Menos se lesiona así el principio del artículo 1545 del Código Civil chileno (1134 del francés).

Sin embargo, hay autoridades que no aceptan esta solución, basándose en que el contrato tiene por fundamento la voluntad de las partes y no puede por eso ser modificado por la autoridad (1).

Zaki, por ejemplo (2), sostiene que esta solución es inaceptable dados los conceptos actuales del derecho privado. El papel de los tribunales es asegurar y controlar la estricta ejecución de los contratos y no rehacerlos. Ella tiene el inconveniente de dejar libre el campo a la arbitrariedad del juez.

Demogue, por el contrario, en un artículo sobre la modificación de los contratos por voluntad unilateral (3), sostiene que frente a ciertas circunstancias imprevisibles las condiciones de un contrato están llamadas a modificarse, en ciertos casos, sin el consentimiento de todos los que intervinieron en su celebración.

Parece a primera vista que Demogue está en lo cierto. El efecto más lógico y justo que puede atribuirse a la imprevisión es el de acarrear la revisión del contrato. Esta revisión la efectúan las partes o el juez. Lo

primero no será casi nunca posible sin la amenaza de resolución ya indicada. Es necesario, entonces, elegir entre una de estas tres resoluciones: a) la revisión de común acuerdo, que es ilusoria; b) la revisión bajo amenaza de resolución, que es doctrinariamente peligrosa, porque puede llevar consigo la resolución; y c) la simple revisión subsidiaria. A primera vista, como dijimos, parece más aceptable lo último.

Sin embargo, creemos que la mejor solución se encuentra en la revisión del contrato hecha por las partes, bajo la amenaza de resciliación. No se deja el campo libre a la arbitrariedad de los jueces, no se permite que éstos vengan a reglar la situación futura de las partes, la forma en que quedarán obligadas y, por otra parte, desaparece el peligro de caer en la resolución.

De esta manera, la intervención de los tribunales seguirá siendo pasiva. Sus facultades no se habrán extendido peligrosamente. El juez se concretará a procurar el avenimiento entre las partes en lo referente a la revisión de las condiciones del contrato y sólo en el caso de no llegarse a un avenimiento amigable, pronunciará la resciliación en la forma indicada antes.

Solamente nos queda un punto que estudiar, con relación a esta materia. En todos estos casos, procederá la indemnización de perjuicios? Este problema nos interesa en nuestra legislación positiva. Trataremos, pues, de resolverlo en el capítulo siguiente.

(De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile)

(Continuará).

(1) PLANIOL et RIPERT: número 398.

(2) ZAKI: página 108.

(3) Rev. trim. de Droit Civil, 1907. página 245.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento" (Siete partidas. —Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVII

BOGOTA—DICIEMBRE DE 1938

NUMERO 1943

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

LA TEORIA DE LA IMPREVISION ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERAS

SUMARIO: 56. En el Derecho Administrativo. — 57. En el Derecho Internacional Público. — 58. En el Derecho Civil.—59. En Francia. — 60. En Bélgica. — 61. En Suiza. — 62. En Italia. — 63. En Alemania. — 64. En Inglaterra. — 65. El Legislador y la noción de imprevisión. — 66. Algunos Códigos modernos. — 67. La imprevisión en Chile. — 68. Críticas a la imprevisión.

Creemos conveniente hacer un resumen acerca de la orientación de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera en lo referente a la imprevisión.

La ley, por regla general, no orienta a la sociedad. Los hechos sociales son los que diariamente rehacen la ley y la amoldan a sus necesidades, dando cierta flexibilidad a sus principios. Para ello se valen principalmente de los tribunales de justicia de los

jurisconsultos y autores cuyos fallos y opiniones, respectivamente, efectúan, controlan y reglan la aplicación de los textos positivos. Esto sin desconocer la influencia que la ley tiene en ocasiones como reguladora de la conducta de los individuos, en la orientación de las evoluciones sociales.

Las necesidades sociales han provocado el renacimiento de esta teoría y son los jurisconsultos y los tribunales quienes le han dado forma y fundamentos, quienes han señalado su rol y sus efectos. De ahí la necesidad de orientación general de los fallos de éstos y de las opiniones y doctrina de aquéllos, materia de este capítulo.

56. En el Derecho Administrativo la doctrina está casi uniformada en el sentido de aceptar la teoría de la imprevisión. Los autores sólo discrepan en lo referente a los fundamentos, rol y efectos que deberán ser atribuidos.

Según Hauriou, en el Derecho Administrativo, los acontecimientos imprevisibles juegan el rol de la fuerza mayor, atenuadamente. La vida administrativa no sigue

el diapasón de la civil en lo concerniente a la responsabilidad de los riesgos. Es preciso considerar a los proveedores y concesionarios como una especie de clientela que la administración tiene interés en conservar. En las concesiones de servicios públicos a largo plazo se establece como una especie de asociación entre el concesionario y la administración. Este viene a ser el fundamento de la imprevisión en el Derecho Administrativo.

La jurisprudencia administrativa también ha consagrado la aplicación de la teoría de la imprevisión en Francia. Varios fallos del Consejo de Estado han considerado que los acontecimientos posteriores a la celebración de un contrato, e imprevisibles para las partes en esa época, bastan, reuniendo ciertos requisitos, para autorizar una modificación judicial de la obligación.

Por un fallo de 2 de febrero de 1846, el Consejo de Estado de Francia sentó doctrina al respecto, y este mismo principio aplicó en una sentencia de 13 de marzo de 1870. Más tarde la gran guerra de 1914 a 1918 le ha permitido consagrar especialmente la teoría de la imprevisión, y en definitiva, por un fallo de 30 de marzo de 1916.

Esta sentencia, recaída en un juicio entre la Compañía General de Alumbrado de Bordeaux y la ciudad de Bordeaux, estableció que las partes debían fijar ante el Consejo de Prefectura, amigablemente, las nuevas condiciones en que aquélla continuaría sus servicios y consagró, como se ve, la teoría de la imprevisión.

Se basó en que el alza sobrevenida durante el curso de la guerra en el precio del carbón, había cambiado en proporción tal, que no solamente tenía un carácter excepcional en el sentido dado habitualmente a este término, sino que suponía en la fabricación del gas un aumento de costo que sobrepasaba todos los cálculos razonables, desbordando los límites extremos de los beneficios previstos por las partes al celebrar el contrato de concesión, y en que, por consecuencia, se encontraba fundamentalmente alterada la economía del contrato, de modo que manteniéndose las primitivas condiciones, la Compañía no podía continuar el servicio.

La doctrina sentada por este fallo la han aplicado, también, decisiones posteriores del mismo Consejo, pudiéndose decir que constituye la jurisprudencia uniforme de los tribunales administrativos franceses contemporáneos.

La jurisprudencia belga, en cambio, no ha consagrado de manera uniforme la teoría de la imprevisión en el Derecho Administrativo, seguramente debido a la ausencia

de un tribunal superior que la imponga por sus fallos. Sin embargo, en muchas ocasiones sus tribunales han considerado la noción de imprevisión como bastante para atenuar los efectos de las obligaciones.

Lo que ha inducido a la aceptación de esta teoría en el Derecho Administrativo es seguramente el hecho de estar en juego el interés colectivo general.

En materia de Derecho Administrativo, la noción de que la utilidad social debe primar sobre la individual y el conflicto mismo entre ellas aparece con absoluta claridad.

El contrato administrativo se celebra, no en beneficio de la administración, sino en beneficio de todos los administrados. En esta forma, hay solidaridad, hay una especie de asociación entre el concesionario y la administración con el fin de mantener la marcha ininterrumpida del servicio público. Lo que interesa ante todo es el mantenimiento del servicio público, como dice Hauriou (1) y este es el fundamento que justifica la aceptación de la teoría de la imprevisión en el Derecho Administrativo.

Según Ripert (2) es éste el principio fundamental que ha consagrado la jurisprudencia administrativa francesa y no la revisión arbitraria del contrato por los tribunales. Pero esto no parece del todo aceptable. La jurisprudencia ha consagrado los dos principios.

Así se desprende del citado fallo de 30 de marzo de 1916, que en su parte final se refiere a la necesidad de mantener el servicio y en su primera parte a los acontecimientos imprevisibles que han subido el precio del carbón, sobrepasando los límites extremos previstos por las partes y alterando la economía del contrato.

57. Teniendo los tratados muchas de las características del contrato, la teoría de la imprevisión ha sido también largamente discutida en el Derecho Internacional Público (3), desde los tiempos de Grocio y Puffendorf.

En nuestra época, la mayor parte de la doctrina estima peligrosa la aplicación de esta teoría a los tratados, especialmente bajo la forma de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero en ciertos casos la consideran necesaria.

No correspondiéndonos estudiar esta materia, sólo citaremos al respecto el siguiente

(1) Demogue: N° 633.

(2) Ripert: N° 79.

(3) Ver Fauchille: et I, 1ª parte. Ns. 229 a 231.

te párrafo de M. Charles Dupui, profesor de la Escuela de Ciencias Políticas de París:

"La verdad es que la cláusula rebus sic stantibus debe ser interpretada de buena fe y no puede ser aplicada sino en circunstancias muy raras y excepcionales, pues para pasar por encima de los Estados contratantes no basta el deseo de uno de ellos de sacudir el yugo de compromisos que lo desagradan, ni basta un cambio cualquiera de la situación existente cuando se firmó el tratado. Es necesario que el cambio sea tal, que el mantenimiento del pacto vaya contra las intenciones manifiestas de quienes lo suscribieron. La cláusula podría ser aplicada, por ejemplo, en el caso de que un país se hubiera comprometido a entregar una cantidad de productos agrícolas y como consecuencia de una calamidad no se haya recolectado para abastecer siquiera su consumo interno..." (1)

58. Examinemos ahora la orientación de la doctrina y de la jurisprudencia en el campo del Derecho Privado, en lo relativo a la imprevisión, refiriéndonos a los principales países de Europa.

59. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles, durante todo el siglo 19 y los años corridos del nuestro, se ha mostrado particularmente hostil a la noción de imprevisión. Ha respetado la regla de que solamente el caso fortuito o fuerza mayor en cuanto impiden en absoluto la ejecución de la obligación, liberan al deudor y lo eximen de responsabilidad. De la doctrina, en su conjunto, puede decirse lo mismo. Estima que el Juez carece de facultades para modificar las obligaciones y contratos. (2)

"En el Derecho Civil, dice Demogue (3) la jurisprudencia ha rehusado en forma inquebrantable adoptar la teoría de la imprevisión". La Corte de Casación francesa en un fallo de 6 de marzo de 1876, recaído en un juicio entablado por el propietario del Canal Craponne, pidiendo un alza de las tarifas, sentó doctrina al respecto diciendo: "En ningún caso pertenece a los tribunales, por muy ajustadas a la equidad que pudieran parecer sus decisiones, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir por cláusulas nuevas aquellas que han sido libremente aceptadas". Esta bella y noble fórmula, ha dicho Capitaint (4) me-

recería estar escrita en el frontispicio del templo de la Justicia".

Por otra parte, esta Corte ha anulado regularmente los fallos de algunas Cortes de Apelaciones que aceptaban en forma más o menos indirecta la doctrina de la imprevisión (1). Entre éstos, citaremos una sentencia de 10 de marzo de 1919 que anula un fallo, fundándose en la violación del artículo 1134 del Código Civil (1545) del Código Civil chileno) y considerando que los tribunales no están facultados para modificar, por consideraciones de equidad, las cláusulas formales y precisas de un contrato; lo cual es también extensivo a los contratos de ejecución sucesiva.

Respecto de los demás tribunales franceses, son raros los que han dictado fallos admitiendo la exoneración completa del deudor o la intervención de los tribunales a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones, roto por acontecimientos imprevisibles (2).

La mayoría de ellos han preferido satisfacer las exigencias de la equidad acordando plazos de gracia, o bien, al pronunciarse sobre la resolución del contrato, han estimado moderadamente los perjuicios, valiéndose de su poder soberano para apreciar los hechos (3). En general, pues, la jurisprudencia francesa estima que no pertenece a los tribunales modificar las condiciones de un contrato. (Trip. de Poitiers, 12 de julio de 1915, Nancy, 22 de junio de 1916, Grenoble, 12 de julio de 1916. (4).

Entre los fallos que directa o indirectamente han aceptado la noción de imprevisión, citaremos los siguientes:

Una sentencia del tribunal de Loches de 21 de febrero de 1915, que considera que este conjunto de circunstancias, imprevistas, simultáneas y fortuitas inherentes a un estado de conflagración internacional sin precedentes, ha paralizado la marcha regular de la industria, la ha colocado en la imposibilidad ineludible de ejecutar sus compromisos en la forma en que habían sido contratados y agenciados bajo el régimen de una vida económica normal. (5)

Este fallo dejó sin efecto un contrato de compraventa a plazo.

Una sentencia del tribunal de Lyon de 1º de abril de 1920, que reduce el monto de unos perjuicios fijados por cláusula penal,

(1) Citado por el señor Ministro de Colombia. Artículo de "El Diario Ilustrado."

(2) Planiol et Ripert: Nº 395.

(3) Demogue: Nº 634 bis.

(4) Rev. Trim., 1922.

(1) Bonnecase: Nº 312.

(2) Serbesco: Nº 2.

(3) Planiol et Ripert: Nº 392.

(4) Planiol et Ripert: Nº 395.

(5) Campion: Nº 230.

estimando que el vínculo contractual no puede ser estrictamente aplicado sobreviniendo circunstancias imprevisibles a la época de celebrarse el contrato. (1)

En lo referente a los contratos de trabajo y arrendamiento de servicios, el tribunal de Tolosa, por sentencia de 1º de junio de 1915, declaró que no era posible mantener un contrato, pues ello importaba, dadas las circunstancias, la ruina de ciertas explotaciones, comerciales e industriales. (2)

El tribunal civil de Cap, por sentencia de 5 de mayo de 1920, estableció en materia de arrendamiento de cosas, que pertenece a los tribunales establecer ciertas modificaciones a las convenciones de las partes, dados los trastornos económicos consecutivos a la guerra que no pudieron las partes prever. (3)

Otras sentencias, — la mayoría — mantienen a cargo del arrendatario la obligación de pagar íntegramente los precios, aunque a consecuencia de la guerra no haya podido obtener del inmueble todo el provecho comercial ordinario. (4)

Por su parte, los grandes tratadistas franceses no aceptan la teoría de la imprevisión.

Baudry-Lacantinnerie et Barde (5) citando a Demolombe y a Laurent sostienen que cuando el acontecimiento fortuito sólo hace más difícil o más onerosa la ejecución de la obligación, los tribunales no pueden dejarla sin efecto ni reducir el monto de la indemnización de perjuicios. (6)

Tratándose de los autores modernos, las opiniones están divididas: Planiol et Ripert, por ejemplo, dicen que es tan injusto e inhumano aprovecharse de las circunstancias futuras imprevisibles en el momento de celebrarse el contrato, como de las contemporáneas ignoradas por el otro contratante. (7)

Ripert, sin embargo, no acepta la revisión del contrato, fundándola en la imprevisión. Según él, contratar es prever; quien contrata se asegura contra las contingencias del futuro, contra lo imprevisible, de modo que la teoría de la imprevisión importa destruir el objetivo supremo del contrato. (8) Si fue-

re permitido a los tribunales modificar el contrato en caso de alterarse las circunstancias, el beneficio de la previsión (de contratar) vendría a faltar en el momento en que es más necesario. Pertenece a cada cual dice Capitant, ver modo de no ajustar sus negocios a la ligera.

Para los que aceptan la imprevisión, las consideraciones anteriores no tienen la fuerza que les atribuye Ripert. Contratar es asegurarse contra las contingencias del futuro, pero solamente contra las previsibles y normales.

Cuando las partes contratan, cada una piensa en los riesgos normales que pueden ocurrir y formula al efecto sus condiciones para precaverse contra ellos. Nunca entran bajo sus puntos de vista los acontecimientos anormales, imprevisibles.

Ripert acepta la revisión de los contratos, pero basándose en la idea moral de que el acreedor comete una suprema injusticia si usa de su derecho con demasiado rigor (1).

Demogue, en su obra fundamental acerca de las obligaciones (2) se muestra partidario de la teoría, cuyo fundamento, según él, se encuentra en la función económica y social del contrato y en consideraciones de justicia. Según Capitant, que no es partidario de su aceptación, "Demogue cede a ese vago sentimiento de equidad tan justamente condenado por la Corte de Casación cuando acepta esta teoría (3).

Otros autores, como Bonnecase, la aceptan fundándola en la idea de justicia, en la noción del Derecho que informa todo el derecho positivo (4).

Bruzin (5) y Serbesco (6) en el examen de los principios que rigen la formación de los contratos y de la extensión del consentimiento. Fyot (7), Magnan de Vornier (8), Wahl en diversas disposiciones del Código Civil. Voirin (9), Louvua (10), Lebon (11) Gueulette (12), en diversas otras consideraciones de carácter moral y jurídico.

(1) *Campion*: Nº 233.

(2) *Campion*: Nº 234.

(3) *Campion*: Nº 236.

(4) *Planiol et Ripert*: Nº 394.

(5) *Baudry et Barde*: Nº 459.

(6) *Lorombiere*, sin embargo, dice: "Las obligaciones se destruyen por un cambio tal de circunstancias, que las partes no habrían contratado si lo hubieran previsto."

(7) *Planiol et Ripert*: Nº 395.

(8) *Ripert*: Nº 84.

(1) *Ripert*: Nº 86 y siguientes.

(2) *Demogue*: Nos. 632 a 642.

(3) *Rev. Trim. Jul. a Sep. 1932*, pág. 723.

(4) *Bonnecase*: Ob. cit.

(5) *L'imprevision*, Bordeaux, 1932.

(6) Ob. citada.

(7) *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de L'imprevision*. Dijon, 1921.

(8) *Théorie de L'imprevision*. Montpellier, 1924.

(9) *L'imprevision*. Nancy 1922.

(10) *L'imprevision* Rennes. 1920.

(11) *Rev. Pol. et Parl.* 1916, pág. 172.

(12) *Effet de la guerre sur les contracts*. París, 1917.

Henri Capitant, como hemos visto, se muestra absolutamente enemigo de la aplicación de esta teoría.

60.—Especialmente debido a los trastornos producidos por la guerra, la teoría de la imprevisión ha sido muchas veces aceptada por los tribunales belgas. Y se comprende: Bélgica fue el país que sufrió más a consecuencias de ella, de modo que el problema tuvo que presentarse con más frecuencia y en mayores proporciones que en los demás países beligerantes.

Por sentencia de 14 de febrero de 1917, el tribunal de comercio de Lieja declaró con respecto a un contrato de compraventa de mercaderías requisadas, que el vendedor no estaba obligado a adquirirlas a más alto precio para cumplir su obligación de entregarlas al comprador, porque ello sería contrario a la equidad y a la intención evidente de las partes, ya que el vendedor de buena fe y sin haberse hecho culpable de falta alguna, se encontraba en la imposibilidad de comprar mercaderías en las condiciones que habría podido razonable y lógicamente prever al tiempo de celebrar el contrato (1). En el caso de esta sentencia, no hay aplicación de la noción de fuerza mayor, puesto que se trata de una obligación de género. Hay en realidad una aplicación de la teoría que estudiamos y en su forma más avanzada, puesto que libera al deudor de su obligación en vista del extremo gravamen que su ejecución le reportaría.

Este mismo tribunal declaró más tarde, por sentencia de 28 de abril de 1920, que el derecho común permite al juez decidir que las partes han contratado bajo reserva de la cláusula *rebus sic stantibus* (2).

En materia de arrendamiento de cosas, algunos tribunales han aceptado pero sólo indirectamente la teoría de la imprevisión, recurriendo a una interpretación audaz de los textos legales. Otros, en cambio, como la Corte de Gante por sentencia de 12 de mayo de 1923, han preferido declarar que un consentimiento válido dado al concluirse una convención no puede ser viciado retroactivamente por el advenimiento de circunstancias imprevistas y ruinosas (3).

Entre los autores belgas que aceptan esta teoría podemos citar a De Page, sustituto del Procurador del rey, que la funda en el rol y extensión de la voluntad contractual; a De Harven, que también es partidario de ella, pero reconociendo que los mejores ensa-

yos para fundarla son los que han recurrido a consideraciones de orden moral y de justicia, y a Campion, que la funda en el abuso de los derechos, manifestándose este abuso por el carácter antisocial de las consecuencias del ejercicio de esos derechos: ruina del deudor.

En resumen, la jurisprudencia civil belga no repudia la teoría de la imprevisión pero tampoco la ha consagrado en definitiva. La doctrina, representada por los autores más modernos, se inclina a aceptarla.

61.—El artículo 2º del Código Civil suizo dice: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está permitido por la ley".

Este artículo, que se aplica también en materia de obligaciones, ha sido invocado corrientemente en Suiza para justificar la teoría de la imprevisión y en él se han fundado los tribunales algunas veces para aceptarla. No conocemos sentencias de los tribunales suizos al respecto, pero los autores Rossel y Mentha, en su "Manual de Derecho Civil Suizo" expresan al comentar este artículo y como un principio aceptado, que cuando la situación se modifica radicalmente de modo que el mantenimiento de los precios fijados violaría las reglas de la buena fe, cualquiera de los contratantes a quien perjudique el nuevo orden de cosas frente a la obligación, puede desistirse del contrato, si no logra convenir con la otra parte la fijación de un precio que guarde armonía con las nuevas circunstancias (1). La aceptación de esta interpretación importa consagrar la teoría de la imprevisión, fundándola en la buena fe y en el abuso de los derechos.

Otros autores aceptan la doctrina alemana de Oertmann y la fundan en el artículo 24 del Código de las Obligaciones que declara impugnabile el contrato por razón de error cuando el error afecta a determinadas circunstancias consideradas por quien sufre el error como base del contrato, según los principios de la buena fe.

Además, tratándose de la ejecución de obras materiales, se ha invocado el artículo 373, inciso 2º del Código de las Obligaciones, según el cual, si esa ejecución se hace imposible o excesivamente más difícil, por circunstancias extraordinarias imposibles de prever o excluidas por las previsiones de las partes, el juez puede resolver en virtud de su poder de apreciación, sea el aumento del pre-

(1) Campion: Nº 244.

(2) Campion: Nº 244.

(3) Campion: ob. cit., Nº 248.

(1) Campion: ob. cit., Nº 315.

cio estipulado, sea la resciliación del contrato. (1)

Tanto el Código Civil como el de las Obligaciones abren, pues, amplio margen a la aplicación de esta teoría y permiten a los tribunales aplicarla en casos excepcionales. Además, según Zaki (2), la jurisprudencia del tribunal federal la ha admitido prácticamente en muchos casos.

62.—En principio, la jurisprudencia italiana anterior y posterior a la guerra ha aceptado la teoría de la imprevisión, salvo naturalmente algunas excepciones. (3)

Entre los tribunales que la han consagrado se encuentran las Cortes de Apelaciones de Catania, Trani y Venecia y las de Casación de Turín y Livorno. Se han pronunciado en forma variable las de Casación de Nápoles, Roma y Florencia y las de Apelaciones de Milán y Casale. (4)

La base legal que han tenido los tribunales que la aceptan se encuentra en el artículo 1224 del Código Civil Italiano, según el cual las obligaciones deben ser ejecutadas con la diligencia de un buen padre de familia. Según estos tribunales, y de acuerdo con los artículos 1224, 1225 y 1226 del Código Civil, la imposibilidad de ejecución comienza donde termina la diligencia normal. Se reputa legalmente imposible la ejecución de una obligación, cuando impone sacrificios y esfuerzos superiores a los normales de un buen padre de familia. Este es el fundamento que le han dado las Cortes de Roma, Nápoles y Florencia en fallos de 3 de junio de 1914, 10 de febrero de 1913 y 3 de diciembre de 1914. (5)

Por su parte, los jurisconsultos aun antes de la guerra habían discutido ya mucho la teoría de la imprevisión. Para algunos, la base y fundamento de ellas se encuentra en las disposiciones del Código Civil, interpretándolas en la forma a que hemos aludido. Otros invocan como fundamento de la imprevisión la teoría general del error. En este sentido se pronuncia Gionève en su artículo "Sul fon-

damento specifico dell' istituto della sopravvenienza". (1)

Sin embargo, los autores más recientes se contentan con invocar argumentos de carácter moral. El fundamento de la teoría se encuentra para ellos en la equidad, la buena fe y los principios generales de derecho. En este sentido se pronuncia Ramella en un artículo sobre "La funzione dell' equità nel campo d' esecuzione del contratti". (2)

Otro autor italiano, G. Osti, ve el fundamento de la imprevisión en el equilibrio que debe existir entre las prestaciones de las partes en los contratos onerosos y sobre todo en el equilibrio de los beneficios objetivos que cada parte debe obtener del contrato.

Sin embargo, buena parte de la doctrina se muestra enemiga de aplicar esta teoría, especialmente bajo la forma de la cláusula *rebus sic stantibus*. (3)

63. Probablemente es Alemania uno de los países en que más se ha estudiado y discutido la teoría de la imprevisión, sea en la forma expuesta, sea según las concepciones de Windscheid, de Oertmann o de Klückmann, tres ensayos que bien pueden ser invocados como fundamento de la teoría misma. Los tribunales alemanes han debido también pronunciarse acerca de ella, especialmente durante la guerra y en los años que inmediatamente la siguieron.

Desde luego, una de las secciones del Tribunal Supremo ha aceptado la doctrina de Oertmann o de "la base de los negocios jurídicos" (4). Sin embargo, la mayor parte de los tribunales alemanes y la mayoría de los autores que aceptan la imprevisión, han buscado para fundarla principios diferentes a los de Oertmann. La fundan en los artículos 112, 157 y 242 del Código Civil, que establecen que los contratos deben ser ejecutados e interpretados como lo exige la legalidad y la confianza recíproca en armonía con los usos corrientes de los negocios; lo mismo que en el artículo 119 que autoriza la anulación en caso de probar una de las partes que no se habría obligado de haber tenido conocimiento del estado de cosas existentes o de haber hecho una razonable apreciación de las circunstancias.

La jurisprudencia alemana ha estimado que se viola la legalidad y la confianza recí-

(1) Campion: Nº 315.

(2) Zaki: pág. 26.

(3) Rozis: pág. 33.

(4) Lenel: ob. cit., págs. 193 y siguientes.

(5) Campion: Nº 322. Según Rozis (pág. 31) la Corte de Roma sentó la siguiente doctrina: "Todo contratante ligándose, quiere obligarse, no de una manera ilimitada, sino dentro de los límites de una proporción razonable entre la prestación y la contraprestación, y más allá de estos límites que coinciden con los del art. 1224 del Código Civil, no hay voluntad de obligarse."

(1) Rev. Trim., de D. C. 1923, pág. 443.

(2) Rev. Trim., de D. C., 1924, pág. 645.

(3) Lenel: ob. cit., pág. 193 y siguientes.

(4) Verla desarrollada en Lenel: ob. cit. Más adelante nos referimos a ella.

proca, cuando se exige una prestación a la cual jamás se habría obligado el deudor, si hubiera tenido conocimiento a la fecha del contrato de las circunstancias en que tendría que ejecutar las obligaciones de él emanadas. (1)

Así lo resolvió el Reichsgericht por sentencia de 1º de febrero de 1924. (2)

De los muchos estudios jurídicos hechos en Alemania conocemos tres ensayos doctrinarios de los cuales se deduce un fundamento para la imprevisión.

El primero fue formulado por Windscheid a mediados del siglo 19 bajo el nombre de doctrina de la presuposición, —entendiéndose por presuposición toda expectativa o creencia sin la cual el que emite una declaración no la habría emitido.

La doctrina de la presuposición consiste, entonces, en negar una justa causa a los efectos jurídicos de una declaración de voluntad que se ha emitido bajo presuposición, por cuanto quien así lo hace emite la declaración, teniendo en cuenta las circunstancias existentes en esa época y suponiendo que éstas han de mantenerse en el mismo estado.

Los efectos de la declaración de voluntad se producirán aunque la presuposición resulte falsa, pero, en este caso, esos efectos carecen de fundamento que justifique su existencia, ya que no guardan armonía con la verdadera voluntad del declarante. Este tendrá entonces una excepción en contra de quien pretenda invocar y hacer valer esos efectos.

El único requisito que se exige a la presuposición es que sea conocida de la otra parte. No es necesario que conste de un modo expreso y puede consistir en un hecho pasado, presente, futuro, positivo o negativo.

En una obra publicada en 1921, el profesor Oertmann ha formulado una doctrina semejante. La llama doctrina de la base del negocio jurídico.

Según él, lo que una parte piensa respecto de la existencia, subsistencia o aparición de ciertas circunstancias es lo que constituye la base del negocio jurídico. Para que se produzcan los efectos que luego indicaremos, basta que sin esta base no se hubiera tomado la resolución de celebrar el negocio jurídico. La base no es un requisito positivo, no constituye un motivo en la determinación de celebrar el acto. Es, sin embargo, necesario que las circunstancias que dan base al convenio se hagan notorias en la estructura ex-

terna del negocio jurídico, y que la creencia que forma la base del negocio corresponda a una convicción absoluta.

Los efectos que atribuye a esta doctrina son los siguientes: En caso de no corresponder a la realidad lo que para una parte ha sido la base del negocio, ella podrá solicitar que se deje sin efecto el contrato, salvo que la otra parte acceda a introducir en él las modificaciones que la equidad exija.

Esta doctrina, según lo hemos dicho, ha sido aceptada en Alemania por una de las Secciones del Tribunal Supremo, y según Lenel, en Inglaterra, en los Coronation cases.

El profesor Klückmann, por su parte, se ha basado en las concepciones de los antiguos autores y las ha hecho reaparecer bajo un aspecto nuevo, abandonando el sistema basado en la simple interpretación de la voluntad de las partes. Para él, el fundamento de la liberación de la parte exorbitantemente gravada se encuentra en la necesidad de mantener el equilibrio de intereses que debe existir en todo contrato.

Hemos visto cómo los tres ensayos anteriores pueden ser invocados como fundamento de la teoría de la imprevisión.

Como hemos dicho, buena parte de la doctrina funda la imprevisión en los artículos 119, 112, 157 y 242 del Código Civil. Otros encuentran ese fundamento en el abuso de los derechos e invocan como base jurídica el artículo 226, según el cual el ejercicio de un derecho no es permitido cuando no tiene otro objeto que casar un daño a otro.

En resumen, en Alemania la teoría de la imprevisión cuenta con muchos partidarios y el Código Civil de 1900, reflejo de las doctrinas jurídicas alemanas contemporáneas abre un camino amplio a su aplicación y acepta, según Rozis, la doctrina de la imposibilidad relativa, esto es, autoriza la exoneración del deudor cuando se encuentre en la imposibilidad de ejecutar su obligación con los solos medios que posee y en las circunstancias en que se encuentre. (1)

64. Con respecto a la orientación de la doctrina y de la jurisprudencia inglesa en lo referente a la teoría de la imprevisión, basta remitirse a la magnífica tesis de doctorado de Hamed Zazi "L'imprévision en Droit anglais", publicada en 1930 en el tomo 23 de la colección de estudios de Derecho Comparado que dirige Henri Levi-Ullmann.

El derecho inglés, aunque de por sí es rígido, se adapta mejor que el continental a

(1) Campion: ob. cit., N° 305.

(2) Lenel: ob. cit., pág. 193 y siguientes.

(1) Rozis: ob. cit., pág. 31.

las necesidades creadas por los acontecimientos y a las variaciones del medio social.

Cuenta para ello principalmente con dos elementos importantes: la "common law" y la doctrina del "standard jurídico".

La "common law" es un derecho no escrito; es la "general inmemorial custom" según Blackstone, declarada de tiempo en tiempo por los jueces; es una especie de derecho creado por los tribunales, según Austin; y según Salomón es a la vez el producto de la costumbre inmemorial y de la creación de los tribunales o "judge-made law". Se conserva gracias a la teoría del "precedente" que según Freeman, consiste en que una decisión de justicia recaída en un caso particular se impone al tribunal que la ha dictado y a los tribunales inferiores a él respecto de todos los casos idénticos que puedan presentarse en el porvenir.

El segundo medio para armonizar el rigor de la ley con las necesidades de la evolución social, se encuentra en la doctrina del "standard jurídico" o sea en la regla que prescribe a los jueces tomar en consideración los tipos medios de conducta social correcta, para la categoría determinada de actos, que se trata de juzgar.

Gracias a estos principios que dan flexibilidad a su derecho, los ingleses han podido llegar teniendo en cuenta las circunstancias que las necesidades revelan a sus jueces, desde no aceptar como causa de exoneración la fuerza mayor, mediando relación contractual (caso *Paradine con Jane*—1647), hasta consagrar en el derecho civil la doctrina de Oertmann en los "coronation cases" y, en el derecho marítimo la doctrina de la "frustration of adventure" que consiste en dar derecho a una de las partes o a ambas para considerar roto el contrato en caso de sobrevenir un retardo en su ejecución, debido a fuerza mayor, fortuna de mar, etc., y siempre que la especulación que tuvo en vista al contratar se frustre a consecuencia de ese retardo.

También han aceptado en derecho civil una doctrina análoga a esta última, en el caso *Taylor con Caldwell*, según la cual si las partes pensaron al concluirse el contrato que su ejecución exigiría la existencia de cierta cosa, el contrato debe ser resciliado si esa cosa se ha destruido antes de ese momento.

El problema referente a la ejecución hecha más difícil o más onerosa sólo se presenta en Inglaterra, propiamente hablando, después de la guerra.

Haciéndose imposible la ejecución bastaba invocar la regla del caso *Taylor con Caldwell*, los principios de los coronation cases y la doctrina de la "frustration of adventure".

Respecto de la imprevisión, en muchos casos se declara que el simple aumento en el costo de la ejecución o su dificultad no basta para hacerla imposible.

Los tribunales, para exonerar al deudor se han apoyado siempre en cláusulas liberatorias contenidas en el contrato, para el caso de hacerse más difícil o más onerosa su ejecución y sólo dieron lugar a esa exoneración cuando de esas cláusulas se desprendía claramente que esa había sido la intención de las partes al estipularlo.

También se forma al respecto la teoría de la imposibilidad comercial, que consiste en considerar físicamente, materialmente, imposible la ejecución de una obligación en el caso de hacerse impracticable en el sentido comercial de esta palabra.

Los efectos que se le han atribuido son diferentes: para unos es suficiente para entrañar la exoneración del deudor; para otros sólo debe provocar la suspensión de la ejecución y un tercer grupo no la considera bastante para producir estos efectos.

En lo referente a la imprevisibilidad del acontecimiento, la jurisprudencia inglesa adopta el standard jurídico del hombre razonable — "razonnable man". Es imprevisible el acontecimiento que no ha podido ser conocido con anterioridad y normalmente por un hombre razonable. Este criterio lo aplica en abstracto.

65. Antes de pasar adelante debemos referirnos someramente a ciertos casos en que el legislador ha aceptado la noción de imprevisión, consagrándola a lo menos temporalmente por un texto expreso.

Se ha sostenido que el legislador la ha consagrado en forma permanente en los casos de los artículos 953, 1443, 1889, 1944 del Código Civil francés. (En el Código chileno los artículos 1428 — revocación de las donaciones por ingratitud — 155 — que autoriza la separación de bienes — 2180 número 2º — necesidad urgente de la cosa dada en comodato — y 2226 — derecho de reclamar en todo momento la cosa depositada) (1). Se citan también otros casos y se dice que en todos éstos se ha hecho un lugar a la teoría de la imprevisión en la legislación positiva (2).

A nuestro modo de ver, no puede afirmarse seriamente lo anterior. En esos casos no concurren los requisitos necesarios para que exista la noción de imprevisión; se trata simplemente de cambio de circunstancias parti-

(1) Serbesco: pág. 361.

(2) Demogue: Nº 638.

culares, que afectan a individuos y obligaciones determinados, pero no tienen las características propias de la imprevisión.

Donde se la ha aplicado propiamente por el legislador, es en ciertas leyes especiales de carácter transitorio, dictadas con ocasión de la gran guerra.

En Bélgica, una ley de 11 de octubre de 1919, autorizó la resciliación pura y simple en algunos casos, o en las condiciones que el juez determinara; en otros, de ciertos contratos cuya ejecución, debido a la guerra, traía consigo para las partes o para una de ellas cargas excesivas que no pudieron ser normalmente previstas (1).

En Francia, la ley de 6 de julio de 1915, que autorizó la revisión pura y simple de los contratos de arrendamiento a largo plazo (2), la de 17 de agosto de 1917 sobre contratos de arrendamientos rurales (3) y varias otras que sería largo enumerar.

Pero en Francia, sin duda, la ley más importante de todas las que han consagrado transitoriamente la teoría de la imprevisión y la que la consagró en forma análoga a la aceptada por el Consejo de Estado en el derecho administrativo, es la ley Failliot, de 21 de febrero de 1918 (4).

Esta ley aplicable solamente a ciertas clases de contratos y operaciones especialmente mercantiles, autoriza en ciertos casos a los tribunales para pronunciar la resolución del contrato, en otros para suspender su ejecución. Y en algunos para conceder ciertas facilidades al deudor, todo con o sin indemnización de perjuicios, según los casos (5).

Según Bonnetcase, esta ley excepcional aplicó la teoría de la imprevisión en su forma más avanzada, puesto que su restringido dominio le atribuye el máximo de sus efectos, autorizando aun la resolución del contrato (6).

En Italia, podemos citar el Decreto de 27 de mayo de 1915 que vino a declarar como fuerza mayor a la guerra, no sólo en los casos en que hiciera imposible el cumplimiento de la obligación, sino aun en los casos en que lo hiciera más oneroso. (7)

En Inglaterra, la ley de 3 de agosto de 1914 autorizó al Gobierno para suspender temporalmente el pago de las letras de cam-

bio, de otros efectos negociables, u otros actos destinados a ejecutar algún contrato (1).

La ley de 30 de agosto de 1914, modificada por leyes de 17 de mayo y de 1º de julio de 1916, concedieron ciertos poderes a los tribunales, y prepararon el camino para llegar a la ley de 10 de julio de 1917, que autorizó a la Corte para suspender o anular el contrato, a solicitud de una de las partes, en vista de las circunstancias; para revisar sus condiciones, etc., pero, solamente respecto de ciertos contratos especiales concluidos antes del 4 de agosto de 1914. (2)

66. Hemos dicho o dado a entender que son las necesidades y hechos sociales quienes escriben la ley y la rehacen diariamente. Estas se concretan en las doctrinas jurídicas de los autores que son los que directa o indirectamente redactan los Códigos y las leyes. Por eso, al hablar de la teoría de la imprevisión en relación con la doctrina, hemos citado algunos textos legales que le abren camino y queremos terminar aludiendo a otros Códigos modernos que dejan margen a su aplicación.

El Código Soviético, dice en su artículo 1º: "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". La parte que pretende ejercer su derecho y obtener todos los beneficios que su ejercicio puede reportarle, habiendo variado fundamentalmente las condiciones de hecho existentes al celebrarse el contrato, lo ejercería en un sentido contrario a su destinación económica y social, puesto que, al hacerse exorbitantemente gravosas o difíciles las prestaciones de la otra parte esta se arruinaría y es lógico que esto se oponga a la destinación económica y social de los derechos que la ley confiere. Este Código ha adoptado plenamente la tendencia moderna del derecho-función. El contrato confiere derechos en vista de su finalidad económico-social en caso de imprevisión deja de tener, en parte, esa finalidad y no debe subsistir.

Por su parte el Código Polaco dice, también en su artículo 1º: "Las disposiciones de la ley son las fuentes de las reglas de conducta que obligan a los hombres a fin de que se realicen los fines sociales y económicos determinados por aquéllas". Es evidente que no puede ser un fin determinado por la ley la ruina de una de las partes a consecuencia de acontecimientos imprevisibles e independientes de su voluntad.

(1) De Harven: pág. 249.

(2) Zaki: pág. 99.

(3) Bonnetcase: Nº 211 bis.

(4) Planiol et Ripert: Nº 393.

(5) Bonnetcase: Nº 311. Zaki: pág. 97.

(6) Bonnetcase: Nº 311.

(7) Miñana: ob. cit.

(1) Zaki: pág. 361.

(2) Zaki: ob. cit., pág. 362 y siguientes.

Por último el Proyecto de Código de las Obligaciones común para Francia e Italia expresa en una de sus disposiciones: "Debe igualmente reparación el que ha causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual le ha sido conferido".

Podría considerarse que el acreedor excede en el ejercicio de sus derechos la finalidad en vista de la cual le han sido conferidos, si los ejercita íntegramente contra su deudor, habiendo cambiado fundamentalmente y en forma imprevisible, las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato.

Este proyecto tiene una fuerza enorme doctrinaria, porque en su redacción intervinieron los juristas más eminentes de Francia e Italia. El fin que se persiguió al redactarlo fue unificar en un solo cuerpo las legislaciones francesas e italianas en materia de obligaciones como punto de partida para conseguir la unificación de las legislaciones de todos los países que han seguido a Francia y al Derecho Romano en esta materia.

Estos cuerpos legales autorizan, a nuestro juicio, un avance de la jurisprudencia en el sentido de dar cabida en sus decisiones a la teoría de la imprevisión, o demuestran al menos, abriéndole un camino, que la orientación actual de la doctrina es favorable a su aceptación.

67. La teoría de la imprevisión es casi desconocida en Chile. Fuera de unos cuantos estudiosos profesores, especialmente de Derecho Civil, la mayoría de los abogados la desconocen. No es raro entonces que no se haya escrito nada acerca de ella y que jamás se haya discutido ante la justicia.

El problema se ha presentado muchas veces en Chile, durante los últimos años, pero no ha sido llevado a los tribunales por existir la seguridad de obtener un fallo adverso, dado el artículo 1545 del Código Civil. Además, dadas las circunstancias, aún el acreedor se aviene en estos casos, a perder algo. (1)

Se comprende que solamente durante los últimos años se haya presentado este pro-

blema entre nosotros. Hasta hace pocos años no conocíamos las mil complicaciones que consigo trae la vida moderna, muchas veces hecha difícil por los factores del progreso material, y que son principalmente el fruto de las necesidades concurrentes de muchos habitantes que sólo cuentan para satisfacerlas con los medios que proporciona una extensión territorial pequeña y no siempre fértil. Las perturbaciones generales que se podían producir en nuestro país, no tenía, pues, las consecuencias enormes que tenían en otros países y, por consecuencia, no producían situaciones difíciles de salvar ni alteraban fundamentalmente las relaciones económicas y sociales, las condiciones generales de nuestra vida colectiva. (1)

Las anteriores consideraciones nos explican la falta de jurisprudencia en nuestro país acerca de la teoría en estudio.

Nuestros tribunales ni aun indirectamente han llegado a tocar el punto, y si existen fallos que con él se relacionen, ellos dejan ver claramente que sería un fallo adverso el que sobre esta materia recaería si se promoviera.

Por ejemplo, se desprende un repudio franco de la teoría de la imprevisión y una consagración categórica del principio del artículo 1545 de nuestro Código Civil, de la sentencia de nuestra Corte Suprema, dictada con fecha 10 de enero de 1925, en la causa de Augusto Caltier con el Fisco, sobre cobro de pesos.

(1) Desde 1931 hasta la fecha, se han dictado en Chile varias leyes que aplican la noción de imprevisión. Tales son, por ejemplo, las leyes sobre rebaja de precios de arrendamiento y los decretos leyes dictados en 1932 otorgando facilidades de pagos.

Sin embargo, sólo estos últimos pueden ser considerados como una aplicación, mas o menos imperfecta, de la teoría en estudio. Las leyes sobre arrendamiento, en cambio, no constituyen una consagración de ésta.

En efecto, cuando se alude a la "teoría de la imprevisión", se alude a la modificación de los contratos, de las obligaciones que de éstos emanan, hechas por los tribunales: se alude a la intervención del Juez en la ejecución de las obligaciones contractuales sucesivas o a plazo.

En cambio, los problemas que se presentan con respecto a las leyes sobre rebaja de los precios de arrendamiento, son, entre otros, el de la retroactividad de la ley, el de si una ley puede modificar las condiciones estipuladas en un contrato celebrado con anterioridad a su dictación, y el problema de la inviolabilidad del derecho de propiedad.

(1) Nuestro Código Civil, como casi todos los dictados durante el siglo XIX, se caracteriza por su extremo individualismo. Las tendencias a que corresponde la teoría de la imprevisión, encuentran en él un campo muy poco propicio. Por ejemplo, se desprende un repudio de esta teoría, de las disposiciones del art. 2003, N° 1° del art. 1983, etc.

Esta sentencia sienta la doctrina siguiente:

"Los tribunales carecen de facultad para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad, o bien de costumbre o reglamentos administrativos". (1)

Esta sentencia importa un repudio franco de la teoría de la imprevisión, pues, si bien recayó en un caso que nada tiene que ver con ella, consagra, en cambio, como definitivo el principio de que los tribunales no pueden intervenir en la ejecución de las obligaciones, para modificar las estipulaciones que las partes han libremente acordado, o para restar fuerza obligatoria al contrato, sea en virtud de consideraciones de equidad, de costumbre, etc.

68. Los trastornos económicos y sociales producidos por la gran guerra son, como lo hemos hecho notar, los que principalmente han orientado cierta parte de la doctrina y de la jurisprudencia en el sentido de aceptar la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, una gran mayoría de los autores, entre ellos Capitant, se muestran enemigos de su aplicación, sosteniendo que debe mantenerse incólume la fuerza obligatoria de los contratos.

Ya hemos citado al respecto la opinión de Georger Ripert, según el cual, admitir la revisión de los contratos siempre que se presente una situación que no ha podido ser prevista por las partes, sería privar al contrato de su utilidad misma, que consiste en garantizar al acreedor y aun al deudor en contra de lo imprevisible (2), e hicimos notar las razones por las cuales no parece del todo aceptable su opinión.

Se ha dicho también que la imprevisión es ilegal, anti-social, que carece de técnica y que es difícil y nociva su aplicación. (3).

Es ilegal, porque va en contra del artículo 1545 de nuestro Código Civil; anti-social, porque destruye la seguridad contractual, base de la económica; carece de técnica, porque no posee la rigidez suficiente para marcar el límite a partir del cual el deudor se encuentra con una dificultad excesiva en la ejecución de sus obligaciones; es difícil de aplicar y peligrosa, porque abre un poder demasiado amplio a las facultades de los tribunales, consagrando la arbitrariedad. (4)

A lo primero, se podría contestar con Ser-

besco, diciendo que la imprevisión, lejos de contradecir los principios de la legislación actual, está de acuerdo con ellos, ya que el artículo 1134 del Código Civil (1545 del nuestro) francés, encuentra su razón de ser sobre la idea de un concurso de voluntades que, habiendo cambiado imprevisiblemente las circunstancias, no puede existir (1); pero, preferimos aceptar esta crítica que sólo puede afectar a quienes pretenden la inmediata aplicación de esta teoría.

Estimamos, por nuestra parte, que ella necesita ser consagrada por una ley permanente de aplicación restringida que la haría tan legal como el principio del art. 1545 del cual sería una simple excepción.

No puede decirse, en seguida, que su aplicación sea anti-social, porque destruye en determinados casos la estabilidad de los contratos. Es necesario tener presente que el contrato es respetable y respetado en su fuerza obligatoria por la finalidad económico-social que tiene y porque consagra una relación justa y honesta entre dos partes. Pero, si su mantenimiento se presta a injusticias, a abusos deshonestos, si viene a consagrar situaciones contrarias a su finalidad, creación y distribución de las riquezas para la satisfacción de las necesidades de los seres humanos, no merece este respeto, so pena de hacer prevalecer un principio económico, sobre principios supremos de moral, de justicia y en contra de la conveniencia misma social y económica. Entre dos soluciones opuestas y contradictorias, dice Demogue (2) el hombre libre, pero impotente, no puede encontrar soluciones plenamente satisfactorias. Elige la mejor. Además, el principio de la inmutabilidad contractual, como dice Zaki (3), no da la seguridad económica buscada, más que en períodos normales; pero en períodos de crisis, que son verdaderamente períodos revolucionarios, el principio cesa de producir sus efectos. Su aplicación rigurosa podría convertir al contrato, que un instrumento de cambio de riquezas, en una verdadera operación de especulación, en una especie de lotería.

Con respecto a la amplitud que puede dar a las facultades de apreciación de los tribunales, veremos más adelante que no son excesivas, que no exceden de las que actualmente tienen. Además, dado el concepto de imprevisión ya señalado, no existe ningún peligro en la determinación del hecho impre-

(1) Gaceta de 1925. 1er. sem., pág. 23.

(2) Ripert: ob. cit., N° 84.

(3) Zaki: pág. 118.

(4) Zaki: Págs. 119 y 120.

(1) Serbesco: Nos. 13 y 14.

(2) Demogue: N° 637.

(3) Zaki: pág. 122.

visible, si se adopta un criterio objetivo con este fin, tanto más cuanto que el peso de la prueba deberá recaer sobre el deudor.

Por último, no consideramos peligrosa la aplicación de esta teoría.

Su campo de aplicación es restringido, como lo acabamos de ver. Sus efectos nunca alcanzarán a la exoneración completa del deudor, y como el juez tendrá muy restringidas facultades en esta materia, su aceptación no equivale a consagrar la arbitrariedad.

En cambio, su rechazo equivale al rechazo de evidentes principios de derecho moral y de conveniencia, a la consagración de la injusticia y de la deshonestidad en el seno de las relaciones contractuales y de la vida social.

(Continuará)

(De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile).

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento”. (Siete partidas.—Ley XIII).

“Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite”.
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVII

FEBRERO DE 1939

NUMERO 1944.

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

P O R

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Conclusión)

LA IMPREVISION Y LA LEGISLACION CHILENA

SUMARIO: — 69. La fuerza obligatoria del contrato. — 70. El caso fortuito o fuerza mayor. — 71. La imprevisión. — 72. Fundamentos de la imprevisión en la legislación chilena. 73. Verdadero fundamento de la imprevisión.—74. Efectos de la imprevisión. Indemnización de perjuicios.

69.—Siguiendo la tradición romana y copiando las disposiciones del art. 1134, incisos 1° y 2° del Código de Napoleón, el artículo 1545 de nuestro Código Civil dice: “Todo contrato legal-

mente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Esta disposición ha consagrado en nuestro derecho positivo el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, atribuyéndoles el valor de una ley respecto de los que han intervenido en su celebración legal.

Según nuestros comentadores, el sentido de este artículo es perfectamente claro y, por tanto, de acuerdo con el artículo 19, no debe desentenderse su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Dos consecuencias importantes se desprenden del principio anterior: En primer lugar, ninguno de los contra-

tantes puede eximirse de la ejecución de lo convenido, si no es en virtud de un acuerdo celebrado con la otra parte o de causas legales. En segundo lugar, el juez encargado de aplicar el contrato, sólo puede establecer cuál ha sido la verdadera intención de las partes, si éstas no están de acuerdo al respecto. Jamás puede modificar ni alterar el contrato, fundándose en razones de equidad, o de análoga naturaleza, ni puede rehusar la ejecución de las obligaciones que de él emanen, por muy justas que pudieran parecer sus decisiones. Así lo ha dicho nuestra Corte Suprema. (1) Pero, no se infringe el artículo 1545, que es la ley del contrato, "si los jueces del fondo lo interpretan dentro de sus facultades privativas" (2).

Los fines que inspiraron la redacción de nuestro artículo 1545, fueron los ya enunciados en otra parte: resguardar la estabilidad de las transacciones; afianzar la seguridad de las relaciones económicas; garantizar el respeto a la buena fe, que constituye el alma del comercio. En nuestra legislación, lo mismo que en la francesa, la estabilidad de los contratos es una de las bases del orden social.

Teniendo los contratos legalmente celebrados fuerza de ley respecto de las partes que intervinieron en su celebración, las obligaciones que de ellos emanen deben ser ejecutadas íntegra y oportunamente, cualesquiera que sean los cambios de circunstancias ocurridos entre la época en que nacieron y la de su ejecución.

En caso de negarse el deudor a ejecutar esas obligaciones, en los casos en que sólo las ejecute imperfectamente, o en aquellos en que restarde su cumplimiento, el acreedor tiene los derechos que ya hemos señalado.

El deudor, entonces según nuestro

Código Civil, sólo tiene dos caminos: ejecutar íntegra y oportunamente la obligación, o avenirse a indemnizar los perjuicios consiguientes al incumplimiento o la mora, una vez que a ello sea condenado.

70. — Sin embargo, puede suceder que un hecho posterior a la fecha en que fue concluido el contrato haga absolutamente imposible la ejecución de las obligaciones que de él emanen. Qué ocurre en estos casos?

Si se trata de un hecho imprevisto, ajeno a la voluntad de las partes, que hace material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación, nos encontramos frente al caso fortuito o fuerza mayor, frente al "imprevisto a que es imposible resistir", como dice el artículo 45 de nuestro Código Civil.

En este caso, habiéndose hecho absoluta y materialmente imposible la ejecución de la obligación, el deudor queda exonerado (artículos 1547, 1558, 1672, etc., del Código Civil), salvo "las disposiciones especiales de las leyes y las estipulaciones expresas de las partes" (artículo 1547, inciso final del Código Civil), según ya lo hemos señalado.

En consecuencia, en nuestra legislación positiva, de acuerdo con el aforismo de "que a lo imposible nadie está obligado", el caso fortuito o fuerza mayor, exime de responsabilidad al deudor por el incumplimiento (1547 o por el retardo en el cumplimiento (1558) de sus obligaciones. Pero, para que un hecho produzca esos efectos, es menester que reúna las características del caso fortuito.

71.—Ahora, si entre la época en que se celebró el contrato y la época en que deben ser ejecutadas las obligaciones que de él emanen, sobreviene un acontecimiento imprevisible, ajeno a la voluntad de las partes, que provoca trastornos tales que exista la convicción de que si toda la categoría de contratantes a quienes afecta lo hubieran conocido,

(1) Gac. 1925; 1er. sem. pág. 23, sent. 5.

(2) Rev. Der. y J., t. 15, sec. 1ª, pág. 75.

no habrían contratado en la forma en que lo hizo, y que sólo haga más onerosa o difícil la ejecución de esas obligaciones, sin hacerla imposible como la fuerza mayor, ¿qué consecuencias le atribuirá la legislación positiva y el Derecho chileno? He aquí planteado el problema de la imprevisión.

No creemos necesario volver a precisar la noción de imprevisión, determinar de nuevo su dominio de aplicación, indicar otra vez las diferencias entre ella y la noción de fuerza mayor. Son cuestiones que ya hemos estudiado relacionándolas, en líneas generales, con los principios de nuestro Derecho positivo.

Nos interesa examinar si existe en nuestra legislación vigente alguna ley que pueda servirle de fundamento o permitir su aplicación inmediata por nuestros tribunales. Si llegamos a un resultado negativo, nos tocará estudiar cuáles pueden ser sus fundamentos verdaderos y sus efectos, y dada, según veremos, la insuficiencia de las leyes transitorias como medios de consagrarla, cuál puede ser la redacción de una ley permanente que lo haga.

72.—En nuestra legislación positiva vigente, no existe a nuestro juicio, ninguna disposición que permita de un modo expreso y franco la aplicación de la teoría que estudiamos. Si se quiere invocar con este objeto una ley permanente, es menester recurrir a interpretaciones poco aceptables.

Hemos dado a conocer los ensayos hechos para dar a la imprevisión un fundamento legal dentro del derecho positivo. De éstos, nos pueden servir con el mismo objeto los ensayos hechos en Francia, por la semejanza de las disposiciones de nuestro Código Civil con las del Código francés que, junto con los comentarios de Pothier, Rogron, Delvincourt, etc., han servido de fuente principal al nuestro, sobre todo en materia de obligaciones.

a) Ya vimos la forma en que se ha invocado el inciso 3° del artículo 1134 del Código Civil francés. Equivale a la primera parte del art. 1546 de nuestro Código Civil, que dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe...”

Lo que ya hemos dicho respecto de esta concepción, basta para refutar la argumentación que pudiera fundarse en el artículo 1546 citado, que es aún menos aceptable en nuestro Código que en el francés.

En efecto, en nuestro Código no puede caber duda acerca de que la frase “los contratos deben ser ejecutados de buena fe” tiende a constreñir al deudor a que cumpla íntegramente la obligación, en toda la extensión que marca la buena fe, puesto que el artículo citado agrega a continuación: “...y por consiguiente obliga no sólo...” La frase aquella, no solamente no sirve para reducir la obligación, sino que por el contrario le da mayor extensión y esta mayor extensión, el artículo 1546 la hace una consecuencia de la buena fe, al decir: “y por consiguiente”...

b) La segunda parte de nuestro art. 1546 dice: “y por consiguiente obliga (los contratos), no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Equivale al art. 1535 del Código francés, que también ha sido invocado, como fundamento de la imprevisión.

Tampoco podemos aceptar las argumentaciones basadas en este artículo por las mismas razones ya dadas anteriormente en este trabajo.

Además la piedra angular del argumento hecho en Francia fundado en el artículo 1135, es la palabra “equidad” que contiene este artículo. Nuestro art. 1546 no contiene esa palabra, de modo que menos que aquél puede servir de base a un argumento de por sí ya poco sólido.

c) El artículo 1558 de nuestro Código Civil expresa en su inciso 1º: "Si no se puede imputar dolo al deudor sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato..." Esta disposición permite hacer en nuestra legislación los mismos argumentos que Fyot apoya sobre el artículo 1550 del Código francés.

Ya hemos dado las razones que hacen poco aceptable la contracción doctrinaria de Fyot.

d) Whal y Magnan de Bornier han invocado el art. 1156 del Código francés. Este artículo es equivalente al art. 1560 del Código Civil nuestro que dice: "Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

También hemos expuesto anteriormente los argumentos basados en ese artículo y las razones que aconsejan rechazarlos.

c) La argumentación hecha en Italia ~~podría~~ también hacerse en la legislación chilena.

Sabemos que cuando el deudor no cumple su obligación o cuando sólo la cumple imperfectamente, o cuando retarda su cumplimiento, el acreedor tiene derecho para exigir la indemnización de perjuicios, de acuerdo con el art. 1556 de nuestro Código Civil. Pero para que pueda exigir esta indemnización, es necesario que la infracción de la obligación sea imputable al deudor.

Tres son los obstáculos que pueden oponerse al cumplimiento de la obligación: el caso fortuito, la culpa y el dolo. Apartemos el caso fortuito, que exonera al deudor (artículos 1547 y 1558) y también al dolo que supone la intención positiva de causar un mal, no cumpliendo la obligación (art. 44, inciso final). Nos queda por examinar la culpa.

Según el artículo 1547 del inciso 1º, el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor;

es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. Tomemos como ejemplo un contrato celebrado en beneficio recíproco de las partes.

En la ejecución de las obligaciones que de él emanan, el deudor responde de la culpa leve, de acuerdo con el artículo citado; y la culpa leve, según el art. 44, consiste en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

En otras palabras, si el deudor, tratándose de alguna obligación emanada de algún contrato de los que hemos elegido como ejemplo, deja de ejecutarla íntegramente, debido a no haber empleado toda la diligencia y cuidado que los hombres suelen emplear ordinariamente en sus negocios propios, tendrá que indemnizar los perjuicios que el incumplimiento acarrea al acreedor. Para que el deudor se exima de esta responsabilidad, de esta indemnización, deberá probar, entonces, que ha empleado la debida diligencia, según el inciso 3º del artículo 1547.

Ahora bien, interviniendo un acontecimiento constitutivo de imprevisión que haga más onerosa o difícil la ejecución, el deudor podría negarse a cumplir sus obligaciones en su tenor primitivo, probando y fundándose en que se le exigen esfuerzos superiores a los que supone el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios. Los artículos citados autorizarían para asimilar esta imposibilidad jurídica y legal, a la fuerza mayor, si se les interpretara en la forma expuesta. La obligación debería ser ejecutada en tanto cuanto su ejecución no demandara esfuerzos superiores a los que un hombre cuidadoso y diligente emplea ordinariamente en sus propios negocios.

Como ya lo hemos dicho, esta argumentación asimila la imprevisión a la fuerza mayor y es inaceptable por las razones que ya hemos expuesto.

f) Por último, en nuestra legislación podría hacerse una doble argumentación, además de las expuestas. Nuestro Código Civil, en sus artículos 19 a 24 inclusive, señala las reglas según las cuales deben interpretarse las leyes en general y especialmente sus propias disposiciones. El último de estos artículos, el 24, dispone: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Pues bien, cuando la interpretación estricta de la ley, llevara a consecuencias injustas, deshonestas, inconvenientes, como las que resultan en los casos en que sobrevienen acontecimientos constitutivos de imprevisión, ¿no será posible aplicar la regla del artículo 24?

La interpretación de la ley, en estos casos, hecha de acuerdo con las demás reglas que señala el Código Civil, lleva necesariamente a consecuencias inaceptables, a situaciones injustas, inconvenientes y deshonestas, y no es posible, es absurdo suponer que el legislador haya querido consagrar estas situaciones.

Podría decirse, entonces, en estos casos, que las reglas de interpretación "precedentes" no pueden aplicarse, y el tribunal interpretaría las disposiciones legales de acuerdo con el citado art. 24, fallando el asunto de acuerdo con la equidad natural, con los principios generales de justicia, que son los que informan el espíritu general de nuestra legislación.

También se podría sostener que estos casos anormales no están previstos en nuestra legislación. En efecto, de aplicarse a ellos las leyes corrientes, se llegaría a las situaciones absurdas que

hemos señalado y, como la ley no puede querer los absurdos, es necesario concluir que se trata de casos no previstos y aplicar el artículo 193 N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

En contra del primero de los anteriores argumentos, se podría argüir que interpretar la ley es determinar su verdadero sentido y alcance, o sea, su verdadera inteligencia, su significación real, cuando esos sentido y alcance, y esa significación real sean oscuros o contradictorios.

En consecuencia, sólo en presencia de una ley oscura y contradictoria es posible aplicar las reglas de interpretación, según el artículo 19, y entre ellas la regla del artículo 24. Esto lo dice, además, expresamente el mismo artículo 24: "se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios..."

No parece posible, entonces, aplicar esta regla a disposiciones claras y precisas como son las que reglan la ejecución de las obligaciones, y menos aún para darles un alcance distinto del que realmente tienen.

En contra del segundo puede decirse, que la regla del artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a los casos no previstos por la ley y no a los previstos y resueltos por ella, aunque sea en forma absurda. "Dura lex sed lex" (1).

73.—A nuestro juicio, el fundamento verdadero de la teoría de la impre-

(1) Debemos hacer notar, sin embargo, que de acuerdo con las nuevas tendencias en materia de interpretación judicial de la ley, que sostienen la necesidad de que la interpretación se oriente en el sentido de amoldar la ley a las necesidades del momento y de que el juez se convierta, muchas veces, en legislador de casos concretos, la teoría de la imprevisión encontraría fácil cabida en las decisiones de los tribunales. Los Códigos Suizos y el Alemán se orientan en este sentido. Este último ha suprimido las reglas de interpretación.

Véase, también, sobre esta materia, la Memoria de Prueba de don Manuel Risueño Ferraro: "De las obligaciones precontractuales, págs. 76 a 79.

visión, no se encuentra en las disposiciones de las leyes vigentes. Ellas podrían servir, a lo sumo, para permitir su inmediata aplicación por los tribunales, pero jamás de fundamento, que justifique su existencia.

El que se pretenda interpretar la ley en un sentido que permita a los tribunales la aplicación de esta teoría, revela que ella existe con independencia de toda legislación positiva, como un principio supremo de moral y de justicia.

La imprevisión es una concepción jurídica derivada de los aludidos principios de justicia y de moral, que sirven de base y orientan el Derecho de todos los tiempos. Lo único que se necesita es precisar su fundamento con el fin de incorporarla a la legislación positiva, del mismo modo que lo han sido los demás principios análogos que la informan.

Nuestra legislación no ha contemplado la situación de los contratantes en caso de una alteración esencial de las circunstancias bajo las cuales se obligaron. Lo demuestra la insuficiencia de los argumentos basados en sus disposiciones y la insuficiencia de éstas para permitir su inmediata aplicación por los tribunales. Siguiendo las tendencias individualistas que imperaban en la época de su dictación (me refiero al Código Civil), sólo se preocupó de asegurar la estabilidad de las relaciones económicas, dando fuerza obligatoria y haciendo intangibles los contratos una vez concluidos.

Los trastornos producidos por la gran guerra han demostrado plenamente, debido a sus caracteres excepcionales, la insuficiencia de las legislaciones antiguas en esta materia, provocando el renacimiento de la teoría de la imprevisión, forma especial de ciertos principios de moral y de justicia.

Es necesario entonces, averiguar si real y verdaderamente merece ser contemplada la situación del contratante perjudicado en el caso de sobrevenir

acontecimientos imprevisibles, que alteren fundamentalmente la situación de hecho y el estado de cosas imperante al tiempo de concluirse el contrato.

La respuesta afirmativa nos parece evidente. El contrato no tiene por objeto asegurarse en contra de todas las variaciones posibles de las condiciones económicas. El contrato es el medio de realizar el cambio de las prestaciones de los servicios que el hombre necesita para satisfacer sus necesidades. Esta es su finalidad económica y social.

Las partes cambian lo que poseen en exceso por lo que no poseen. La igualdad absoluta no es posible en estos cambios, pero, en todo caso, los contratantes buscan una cierta equivalencia en cuanto a sus recíprocos sacrificios, al estipular las condiciones del contrato.

No es, entonces, justo ni moral mantener las primitivas condiciones de ese contrato, cuando a causa de circunstancias imprevisibles, su mantenimiento provoque la ruina de uno y el enriquecimiento excesivo del otro. Es cierto que las partes, al contratar, se han asegurado contra las contingencias del porvenir, pero solamente contra las que podían ser previstas, contra las alteraciones normales. No es posible que hayan tenido en vista circunstancias que quedan fuera de toda previsión humana.

Debe tenerse, además, presente, que el contrato sólo es respetable en cuanto tiene por finalidad permitir a los hombres procurarse los medios de satisfacer sus necesidades en forma honesta y justa. La ruina de uno y el enriquecimiento excesivo de otro de los contratantes se opone a esta finalidad económico-social del contrato y a la honestidad y justicia que en él deben imperar.

Las conveniencias económico-sociales, la justicia y la moral ordenan, entonces, contemplar la situación del contratante víctima de las circunstancias. Para darles satisfacción se ha ideado la teoría de la imprevisión. Esta mere-

ce ser consagrada en nuestra legislación positiva.

74.—Las consideraciones generales que hemos hecho anteriormente, relativas a los efectos de la imprevisión bastan para dar base a nuestra opinión en el sentido de que no pueden ser otros que la revisión del contrato de común acuerdo, bajo la amenaza de resciliación, o de simple suspensión en el caso de que inequívocamente las alteraciones producidas sólo sean de efectos transitorios.

El alcance de la revisión, si llega a realizarse, será el que las partes determinen. La dificultad se presenta en los casos en que el juez pueda ordenar la suspensión, o se vea obligado a resciliar el contrato.

Con respecto a la suspensión hemos dicho que sólo la juzgamos procedente en caso de que inequívocamente sean transitorias las alteraciones producidas. Pues bien, si es posible saber en un determinado caso la duración que ellas tendrán (sólo así procederá la suspensión), bastará con suspender por ese tiempo la ejecución de las obligaciones emanadas del contrato.

Ahora, con respecto a la resciliación, su alcance será el que común y corrientemente tiene; es decir, dejar sin efectos la obligación, pero sin retrotraer las cosas a su primitivo estado.

Pero, en estos dos casos, ¿tendrá uno de los contratantes derecho para exigir indemnización de perjuicios de aquel a cuyo favor se pronuncie la suspensión o la resciliación?

Hemos dicho (Nº 11), que como requisito necesario para que el acreedor pueda exigir indemnización de perjuicios está el de que la infracción de la obligación sea imputable al deudor, que provenga de un hecho de su responsabilidad (arts. 1547 y 1558 del Código Civil). Cuando la inejecución se debe a fuerza mayor, no concurre este requisito y por eso queda exonerado el deudor de toda responsabilidad.

No puede decirse lo mismo tratándose de la imprevisión. Es cierto que las circunstancias que hacen más onerosa o difícil la ejecución de la obligación, no pueden imputarse al deudor, puesto que no suponen falta de su parte; pero, debe tenerse presente que la imprevisión no es un medio normal de exonerarlo, sino un medio de establecer el primitivo equilibrio entre las cargas de los contratantes, impidiendo que uno se enriquezca excesivamente mientras se arruina el otro; un medio de ayudar a la parte víctima de las circunstancias imprevisibles.

Además, el caso fortuito perjudica al deudor y al acreedor; hace imposible la ejecución de la obligación e impide que ambos, sin su culpa, obtengan las ventajas que el contrato les reportaría. La imprevisión perjudica sin su culpa al deudor, pero también beneficia sin hecho suyo al acreedor. Ahora, bien, como el perjuicio de aquél y el beneficio de éste son exorbitantes, como exceden los límites razonables y normales de lo que podía esperarse del contrato, es necesario restablecer la normalidad ayudando al deudor mediante la revisión, suspensión o resciliación; pero, perjudicando al acreedor sólo en lo que exceda de los beneficios que normal y razonablemente esperaba del contrato. Es solamente esto lo que exigen la moral, la justicia y la conveniencia.

Los efectos que hemos atribuido a la imprevisión contemplan la situación del deudor; pero no es menos atendible la situación del acreedor a quien deberá indemnizársele los perjuicios que sufra.

Es necesario, pues concluir que la indemnización de perjuicios procede en estos casos.

Pero, sabemos que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, según el art. 1556 de nuestro Código Civil. En el caso que analizamos también debe comprender ambas.

En efecto, el cumplimiento del contrato en condiciones normales iba a producir ciertos beneficios al acreedor. La suspensión o la resciliación le producirán un daño que naturalmente debe indemnizársele; en esto no hay cuestión. Pero, también lo privan de esos beneficios a que aludimos y es justo que también se le indemnice por esta pérdida. Naturalmente, eso sí, en la avaluación de los perjuicios, sólo deberá tomarse en cuenta lo que normalmente habría podido ganar y el daño que habría sufrido en condiciones normales de no haberse ejecutado la obligación. También podría tenerse presente la disposición del artículo 1558, que viene a dar una cierta base legal a nuestras afirmaciones anteriores, por cuanto ordena que sólo se indemnicen los perjuicios previstos o que pudieron preverse al tiempo del contrato. Sin embargo sería caer en la concepción de Fyot.

Como hemos dicho y lo repetiremos, lo deshonesto, lo injusto, lo inconveniente es que el acreedor obtenga ganancias excesivas a consecuencia de los trastornos imprevisibles producidos. Pero también lo es que se le prive de las ganancias que legítima y razonablemente le habría reportado el contrato en condiciones normales.

Analicemos ahora separadamente el caso en que deberá suspenderse la ejecución y el caso en que el juez se verá obligado a resciliar el contrato.

Pronunciada la suspensión, el acreedor se verá privado por un tiempo de las prestaciones que necesita y sufrirá naturalmente un perjuicio. Deberá, pues, indemnizársele el daño emergente. El monto de esta indemnización será calculado de acuerdo con los perjuicios que habría sufrido si, en condiciones normales, se hubiera adoptado la misma medida. La indemnización no podrá comprender el lucro cesante, por la muy sencilla razón de que no existirá, ya que el contrato volverá a ser eje-

cutado una vez expirado el término de suspensión. En este caso, la indemnización tendrá el carácter de moratoria.

En el caso de resciliación, el acreedor perderá las prestaciones futuras que en épocas normales habría recibido; debe pues, indemnizársele de los perjuicios que esta pérdida le acarrea, según el valor de aquélla tendría sin la existencia de los acontecimientos constitutivos de imprevisión. Pero, esta indemnización, que vendrá a tener el carácter de compensatoria, también debe comprender el lucro cesante. El acreedor, de haber sido ejecutado el contrato en condiciones normales, habría obtenido una cierta ganancia; de de esta ganancia normal no es justo privarlo. El lucro cesante deberá estimarse, pues, tomando como base el curso normal de los negocios, haciendo abstracción de los acontecimientos imprevisibles.

Para concluir, agregaremos algunas observaciones acerca del "onus probandi".

Para obtener las anteriores indemnizaciones el acreedor sólo necesitará probar la existencia de la obligación, porque la culpa contractual se presume, según el inciso 3° del artículo 1547 de nuestro Código Civil y según lo da a entender el artículo 1671 del mismo.

En seguida, lo más razonable sería asimilar en este punto la imprevisión a la fuerza mayor y hacer recaer el peso de la prueba sobre el que la alega, de acuerdo con el artículo 1547, inciso 3°. Existen razones para ello.

Según el artículo 1698, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Ahora bien, aunque la imprevisión no extingue por completo las obligaciones, las reduce, las disminuye, las extingue parcialmente, atenuando su fuerza obligatoria. Lo más lógico parece, entonces, de acuerdo con este artículo, hacer recaer el peso de la prueba sobre el que alega la imprevisión.

Doctrinariamente, incumbe la prueba al que sostiene algo contrario a lo normal u ordinario, o a una situación ya establecida por la ley o en conformidad a ella. Probada la existencia de la obligación por el acreedor, la situación establecida por la ley, con respecto a las partes es la situación de obligados y consecuencia de ella que el deudor la ejecute en su tenor literal. Si pretende obtener la resciliación, la revisión, etc., de este vínculo jurídico, él deberá probar las circunstancias que invoca para sostener algo contrario a una situación ya consagrada por la ley.

Con respecto a los perjuicios mismos, si el acreedor pretende que se le indemnicen, debe probar que efectivamente, se los han causado (artículos 1542 y 1559, N° 2 del Código Civil, interpretados a contrario sensu), porque en caso contrario no habría razón ninguna para hacer recaer sobre el deudor esta indemnización. Lo mismo habrá que sostener en caso de imprevisión.

En cuanto a su monto habrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con la disposición que consagra la imprevisión. Al acreedor corresponderá, también, de acuerdo con el párrafo anterior, probar la especie y monto de los perjuicios.

NECESIDAD DE UN TEXTO LEGAL EXPRESO

SUMARIO: — 75. Consideraciones generales.—76. Consagración de la teoría de la imprevisión por la jurisprudencia.—77. Insuficiencia de las soluciones dadas por leyes transitorias.—78. Inconvenientes y ventajas de consagrarla mediante una ley permanente.—79. Redacción posible de la disposición respectiva. — 80. Texto expreso en nuestra legislación.

75.—Dada la insuficiencia de la legislación vigente para contemplar las

exigencias morales, de justicia y económico-sociales en que se apoya la teoría de la imprevisión, creemos necesario consagrarla en el derecho positivo mediante una disposición legal expresa y permanente que haga posible su aplicación por los tribunales. Sabemos que repugna a la moral, a la justicia y a las conveniencias económicas y sociales que uno de los contratantes se arruine, mientras el otro obtiene enormes ganancias, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles que destruyen todas las expectativas normales previstas por ellos.

Sabemos, también, que la estabilidad de las relaciones económicas y el respeto de la fuerza obligatoria de los contratos, son bases necesarias al orden social y económico, elementos indispensables al progreso de toda sociedad civilizada, defensa irremplazable de la honestidad y de la buena fe en las relaciones entre los individuos.

Se trata, entonces, de conciliar estos principios aparentemente opuestos y contradictorios. Tres medios se han buscado para obtener esta conciliación:

a) La consagración de la teoría que estudiamos por la jurisprudencia, apoyándose en algún texto legal vigente y dándole una interpretación audaz;

b) La dictación de leyes transitorias que vengán a contemplar las necesidades creadas por el cambio de circunstancias;

c) La dictación de una ley permanente que consagre en forma definitiva la imprevisión.

Cualquiera que sea la solución que se adopte, será, sin embargo, necesario obrar con prudencia. Lo que se desea es conciliar los dos principios aludidos y no subordinar completamente uno al otro. Sólo sería posible hacerlo aplicando la imprevisión en casos excepcionales y prudentemente. Consideramos imposible dar una solución precisa y fijar con absoluta nitidez los res-

pectivos dominios de los principios que se trata de armonizar: Una solución humana tiene que ser imperfecta.

76.—En opinión de algunos, la jurisprudencia, fundándose en determinadas disposiciones legales vigentes o en los principios generales de derecho y en la equidad natural, podría consagrar la teoría de la imprevisión.

Ya hemos anotado la imposibilidad de encontrar un fundamento sólido a la imprevisión en los textos positivos de las legislaciones que han seguido de cerca el Código de Napoleón. Pretender, pues, que los tribunales apliquen esta teoría, basándose en Códigos como el francés, es obligarlos a proceder arbitrariamente, obligarlos a forzar las leyes, obligarlos a dar a éstas una interpretación antojadiza, que no correspondería ni a su letra, ni a su espíritu, ni a su historia. Ciertos Códigos modernos, como el alemán, el suizo, es discutible que permitan su aplicación. Pero no se puede afirmar que la hayan consagrado.

Es cierto que hoy día se ataca con mucho vigor el método de interpretación que considera a la ley como la obra de un grupo de individuos de suma inteligencia y que aconseja buscar en ella el sentido que quiso darle la voluntad inteligente que la produjo, tomando en cuenta el momento en que fue formulada. Y se pretende reemplazarlo por otro método, cuyo objeto primordial sería adaptar a la ley a los hechos, a las nuevas necesidades, armonizar la rigidez del derecho escrito con las exigencias de la transformación del medio social. (1)

Es necesario, sin embargo, tener presente, que doctrinariamente esta nueva tendencia es aceptable y fundada, tan fundada y aceptable como la imprevisión; pero en la práctica se estrella contra esa misma rigidez que tanto ataca.

En efecto, las facultades que los tribunales tienen en materia de interpretación legal son estrechas y nunca discrecionales. La misma ley se encarga de determinar los límites extremos dentro de los cuales podrá moverse el juez en esta materia y fija al mismo tiempo las sanciones en que éste incurrirá si sobrepasa aquéllos.

Mientras el legislador mismo no acepte la doctrina a que nos referimos, el juez no podrá salirse del marco estrecho que se le ha fijado.

Pero, ¿no podrían los tribunales fundarse en los principios generales del derecho, en la equidad natural, en el espíritu general de la legislación? Evidentemente que podrían interpretando los textos en armonía con estos principios; pero no parece posible entre nosotros. Más adelante volveremos sobre este particular.

77.—Según Ripert (2), pertenece al legislador, teniendo presente consideraciones morales y tomando en cuenta las necesidades económicas del momento, tomar las medidas necesarias, en caso de que una categoría entera de deudores se encuentre perjudicada por un determinado acontecimiento.

Las necesidades producidas por un cambio dado de circunstancias las contemplarían, entonces, una o más leyes de carácter transitorio, como las dictadas en Europa durante la gran guerra.

Evidentemente, esta solución es perfectamente necesaria y aceptable a falta de una ley de carácter permanente que consagre la imprevisión. Pero de estas dos soluciones parece mejor la última.

Desde luego, se trata de proveer a necesidades que son consecuencias de acontecimientos que bruscamente aparecen o que rara vez se pueden conjurar mediante soluciones anticipadas. Si así no fuera jamás esos acontecimientos hubieran producido trastornos

(1) Ver Zaki: Introducción capítulo 1º.

(2) Ripert: Nº 88.

graves, pues siendo conocidos con anticipación, sería fácil conjeturar sus consecuencias y tomar las medidas conducentes a evitar sus males.

Las leyes transitorias que vienen a contemplar las necesidades que producen esos acontecimientos, sólo sirven, por consecuencia, como medios de atenuar sus desastrosos efectos.

Además esta atenuación no siempre llega con la debida oportunidad. La obra legislativa es larga y debe serlo, de modo que es imposible solicitar del legislador la dictación instantánea de las disposiciones necesarias para salvar un peligro que se ha convertido en actual desgracia.

Por otra parte, las soluciones que dan las leyes transitorias, no siempre son adecuadas a las necesidades que se trata de proveer.

La redacción de una ley, su orientación, sus efectos, su finalidad, dependen de diversos criterios y en último término de la voluntad de una mayoría que bien puede no haber comprendido con exactitud el momento que vive y las necesidades que requiere su intervención. Esto, unido a la precipitación con que tendrán que dictarse esas leyes, tienen que dar por resultado el que no siempre guarden armonía las disposiciones de éstas con las aludidas necesidades.

Más aún, la intervención legislativa se irá solicitando a medida que se vayan presentando las necesidades que se trata de llenar. Sus resultados serán leyes fragmentarias, mal concluidas, inarmónicas entre sí; en una palabra, soluciones inadecuadas. Sin embargo, Capitant, siendo enemigo de la imprevisión, admite en épocas de crisis la intervención del legislador mediante disposiciones excepcionales y transitorias.

(1)

En ciertos casos y no obstante los inconvenientes anotados, esa interven-

ción puede bastar y ser satisfactoria.

78.—Las anteriores consideraciones nos hacen pensar que la consagración legal definitiva de la imprevisión es preferible.

Las necesidades producidas por los acontecimientos imprevisibles serían llenadas en cualquier momento por los tribunales. Sus soluciones, inspirándose en una jurisprudencia uniforme, guardarían entre sí la debida cohesión; y debiendo fundarse en la apreciación separada y particular de cada caso, serían perfectamente adecuadas a las necesidades que se tratare de proveer y les darían completa satisfacción. Se prestaría, naturalmente, esta facultad dada a los tribunales, para que éstos sustituyeran su voluntad arbitraria a la de las partes. Pero, contra este peligro general que ya existe en la actualidad, están los recursos que la ley concede y franquea. Además, este peligro se compensa sobradamente con el que presentan las soluciones legislativas, exageradas o tímidas en exceso, mal estudiadas y obra, no pocas veces, de personas faltas de la debida preparación o movidas por intereses no siempre honestos. Nos referimos a las transitorias.

También podrían los tribunales desnaturalizar el contrato, bajo pretexto de estar interpretándolo. Pero este peligro es casi ilusorio, dada, si no la preparación, al menos la larga experiencia de los jueces. Además, los peligros anteriores no pueden presentarse, si aceptamos como efecto de la imprevisión, la revisión del contrato hecha por las partes bajo amenaza de resciliación.

En una palabra, a nuestro juicio, la solución más aceptable se encuentra en la consagración de la teoría de la imprevisión por un texto expreso y permanente.

79.—No es posible ocultar la dificultad que presenta la elaboración de una regla general al respecto, de modo que

(1) Courst de Dotorat, 1923—1924.

razonablemente puede decirse, es que en su redacción debe obrarse con prudencia y meditando bien el alcance de los términos que se emplean y del sentido general de ella.

Ripert no se muestra partidario de introducir en la legislación positiva un texto al respecto, pero sostiene que de llegarse a ello no deberá pasarse de la fórmula siguiente: (1)

“El juez puede ordenar la resolución o la revisión del contrato primitivo cuando por consecuencia de circunstancias que no pudieron ser previstas, el deudor sufra un perjuicio considerable y el acreedor reporte un beneficio injusto, de un contrato que no ha sido inspirado por un móvil de especulación”.

Le parece imposible ir más lejos.

El profesor Morin, en su obra *La loi et le contrats*, pág. 92 (2), propone la disposición siguiente:

“El juez podrá ordenar la resolución o efectuar la revisión de un contrato cuando, por consecuencia de circunstancias que no pudieron ser previstas, la ejecución integral de los contratos entañaría una lesión tan enorme para una de las partes, que la otra cometería un abuso de fuerza si rehusara tenerla en cuenta”.

Zaki (3), por su parte, propone la que sigue:

“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”.

80.—Hemos expuesto las razones que existen para sostener que la imprevisión debe ser consagrada por un texto expreso en nuestra legislación positiva.

En ella se han concretado ciertos principios de moral y de justicia y ciertas consideraciones de conveniencia económico-social que merecen ser tomadas en cuenta y consagradas por nuestra legislación.

La mejor forma de hacerlo es incorporando a nuestro derecho positivo una ley permanente sobre este particular. La redacción que deberá tener, depende de la noción de imprevisión que se acepte y de los efectos que se atribuyan a esta teoría.

De acuerdo con lo que hemos sostenido al respecto, nos parece aconsejable la siguiente disposición:

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:

1º En caso de un trastorno temporal, solicitando que la ejecución de esas obligaciones sea suspendida;

2º 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 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.

(1) Ripert: Nº 88.

(2) Zaki: pág. 125.

(3) Zaki: págs. 124 y 125.

(De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile).

INFORME DE LA CORTE SUPREMA AL SR. MINISTRO DE GOBIERNO SOBRE LA REFORMA PROYECTADA DEL CODIGO CIVIL

Febrero 21 de 1939.

Señor Ministro de Gobierno.

E. S. D.

Tengo el honor de transcribir a continuación a Su Señoría, en respuesta a sus atentas comunicaciones sobre la reforma del Código Civil, el siguiente informe aprobado por unanimidad por la Corporación que tengo el honor de presidir:

“Señor Presidente:

Reiteramos la expresión de nuestro agradecimiento por el honor que se nos hizo al comisionarnos para redactar la respuesta que esta Corporación dé al oficio en que el señor Ministro de Gobierno solicita concepto sobre la reforma a nuestro Código Civil que el Gobierno ha proyectado.

Al cumplir nuestro cometido por medio de este informe aspiramos a que él traduzca fielmente y resuma con la posible brevedad la opinión de los señores Magistrados en todo aquello que la hallamos unánime después de oírlos tanto en las reuniones de la Sala Plena habidas al efecto como en conversaciones sostenidas con varios de ellos separadamente.

Pueblo joven el nuestro, en progreso visible, en desarrollo creciente, es decir, en constante transformación, no puede menos de tropezar con modalidades de las leyes escritas, cuya correspondencia sabía con épocas anteriores testimonia su desconformidad con la situación y necesidades actuales. Y en estas materias es dominante y palpitante la necesidad de que lo preceptivo consue-ne con la realidad del momento. De ahí un clamor de renovación que se ha atendido ya en ciertos sectores legales y se está atendiendo en otros, como lo ponen de manifiesto los nuevos Códigos de Procedimiento Civil y del Criminal, el Penal, el de Comercio, el de Minas, obras realizadas unas y en camino de realización otras.

Imposible que a esa tendencia, y necesidad escapase el Código Civil, regulador de la familia y de la propiedad, guía del hombre en sus relaciones con los demás y consigo mismo en deberes personales y patrimoniales y guarda de la actividad social y económica, de los actos, de los contratos y de las mismas omisiones.

En aquellos tópicos en que la aludida necesidad suprema de consonancia entre la ley escrita y la realidad económica individual y social de la época ha ido teniendo mayor intensidad y relieve, se han ido acordando por nuestro Legislador las adecua-

das reformas, de que son ejemplo estas leyes: la 120 de 1928 sobre prescripción y registro de propiedad, la 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio, la 60 de 1935 sobre derecho herencial de los colaterales, la 45 de 1936 sobre filiación natural, la 50 del mismo año de 1936 sobre prescripciones y nulidades civiles.

Estos antecedentes concurren a justificar sobremanera el propósito del Gobierno a que nos referimos, muy inteligentemente expuesto por el señor Ministro en su circular de septiembre último y reiteradamente sostenido con noble empeño por él en comunicaciones posteriores, la última de las cuales, dirigida el pasado enero a esta Corporación, manifiesta con toda claridad que la reforma propuesta no busca por ahora y desde luego el reemplazo completo del Código Civil por otro redactado en todos sus artículos, a ejemplo de lo acontecido, v. gr., con el Penal y de lo que se adelanta para el de Comercio, sino mediante esa atención singular y parcial en leyes especialmente estudiadas y redactadas para cada grupo de problemas de cierta índole o, por mejor decir, para cada determinado sector, tal como ha sucedido con las ya citadas aquí, que constituyen al respecto un precedente de la mayor valía.

Por este medio cabe escuchar cada clamor prontamente y a la vez con la meditación suficiente para evitar los peligros de lo festinado; al paso que la redacción de la obra, nueva en su totalidad y desde luego, es labor que exige estudio y preparación muy detenida que permita indagar y establecer firmemente cuál es la realidad colombiana, so pena de exponerse a ser infiel con esta nuestra realidad nacional y reducirse a apropiación irreflexiva de textos extranjeros.

Como indica nuestra cita anterior de algunas leyes relativamente recientes, se han llevado a cabo reformas parciales del Código Civil sobre cuestiones de grande importancia, con justiciero espíritu de modernización, en la oportunidad que situaciones nuevas han ido exigiendo la concomitante innovación en lo preceptivo y en lo reglamentario de la ley; de suerte que el viejo Código injertado de estos cambios, ha podido subsistir como ordenación de nuestra vida civil sin sufrir contra su imperio la rebelión conflictiva de los hechos sociales.

Esta corriente general y sostenida hacia la modernización del Derecho ha encontrado, por lo visto, acogida de simpatía y el

consiguiente apoyo en la opinión pública, sin embargo de lo cual el plan de reforma general tropezó en un principio, cuando se creyó que se trataba de algo total e inmediato, con el escollo del temor. Agregábasele un elemento no por sentimental menos poderoso, cual es el cariño, por decirlo así, mezclado de respeto y hasta de veneración, con que juzgadores, comentadores, profesionales, en una palabra, nuestro Foro, y los particulares también, aun los que parecen extraños a estas disciplinas, han mirado siempre nuestro Código Civil, el que no tiene por fuente tan sólo el Código de Napoleón, lo que de suyo determinaría admiración y prestigio, sino también el genio de don Andrés Bello, a través del cual nos llegó aquel monumento.

Es de tan señalado predicamento este último detalle, que, como lo patentizan diversos fallos de esta Corporación en su período actual, se ha podido seguir el ritmo de esta hora de nuestro país y del mundo sin forzar ni desviar los textos y antes bien hallando en ellos venturosamente firme respaldo, a diferencia de lo que acontece en otros países a la verdad avanzadísimos, en donde se ha llegado a la misma meta pero a poder de ímproba y sostenida labor jurisprudencial y en cuyas leyes escritas ha hallado en ocasiones valla en vez de respaldo. Y así nociones jurídicas de fecunda aplicación, tales como el fraude a la ley, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión, el influjo y alcance del error sobre el consentimiento, las teorías modernas sobre responsabilidad civil, la imprevisión, el riesgo creado, las limitaciones a la autonomía de la voluntad, han ingresado a nuestro Derecho y enriqueciéndolo, por la amplitud y segura vía de la elaboración jurisprudencial.

Y el acuerdo entre el tenor literal de nuestro Código y esas teorías modernas y fecundas, sobre el cual nunca se insistirá demasiado, demuestra cómo una interpretación científica ha podido redimirlo de los vicios y taras que se le han atribuido por obra de una interpretación netamente exegética y de que orgullosamente está libre.

Innegable y protuberante es el alcance en prestigio, solidez y seguridad nacidos de la consagración de una regla o principio dados en el texto de una ley, supremo regulador de las actividades ciudadanas, de la marcha económica de las relaciones de los individuos entre sí, en una palabra, de la vida social. Pero ello no obsta ni podría obstar a reconocer la eficacia de la interpretación científica en la actualización del Derecho, en cuanto comunica a la letra escrita un poder biológico de comprensión y de acomodación ante las sucesivas y variables situaciones económicas y sociales. La multiplicidad de los

fenómeno y de sus aspectos no es aprisionable en la letra de una ley, y, de otro lado, la constante variación de ese texto es inconveniencia visible, por desconcertante como generador de agitación e incertidumbre.

La consagración de ciertos principios jurídicos en la ley escrita como otras tantas reglas para interpretarla y aplicarla, ofrece el grande aliciente de la aludida certeza y firmeza, pues en lo posible los impone sobre las vicisitudes y alternativas a que dan ocasión diversas circunstancias, hasta la misma fugacidad del personal respectivo. Esa consagración, pues, tiene el apoyo de su conveniencia. Sin que al propio tiempo deje de pensarse que las mismas disposiciones que tal hagan no podrán escapar a cambios de interpretación con el correr del tiempo, siempre mudable.

No creemos facticia la formación de dos grupos de disposiciones entre las que el señor Ministro indica o sugiere: uno el de las que consagren principios reguladores, de que ya hablamos, y otras que son propiamente las reformatorias de la reglamentación, ya de los bienes en general, ya de determinado contrato, etc. Respecto de este segundo grupo queda anotado ya aquí la conveniencia y practicidad de atender a ellos en forma singular en que a los varios problemas correspondan sendas leyes.

Extraño al presente informe y además prematuro sería señalar aquí los temas de reforma y los lugares en que falte una disposición o en que la hay pero incompleta, u absoluta, o inoperante, o reñida con la situación y necesidades del día, y en que por lo mismo haya de llenarse un vacío o allanarse un obstáculo. La Corte Suprema prestará en su día su concurso atenta y gustosamente en lo atañadero a cada una de las reformas que vayan emprendiéndose, o las sugerirá o pedirá de suyo, dentro de sus deberes por una parte y con sus facultades y limitaciones constitucionales por otra.

Concretado este informe a la respuesta a cuya formulación se encamina, podemos resumirlo manifestando que la opinión de la Corte Suprema de Justicia es favorable a la reforma del Código Civil por medio de leyes que separada y sucesivamente establezcan sobre cada problema o grupo de problemas la consonancia debida entre la ley escrita y la realidad de nuestra época.

Bogotá, febrero de 1939.

Con todo respeto. Señor Presidente,

Ricardo Hinestrosa Daza.—Liborio Escallón.—Hernán Salamanca".

Me es grato suscribirme de S. S. como su obsecuente servidor,

Pedro Alejandro Gómez Naranjo